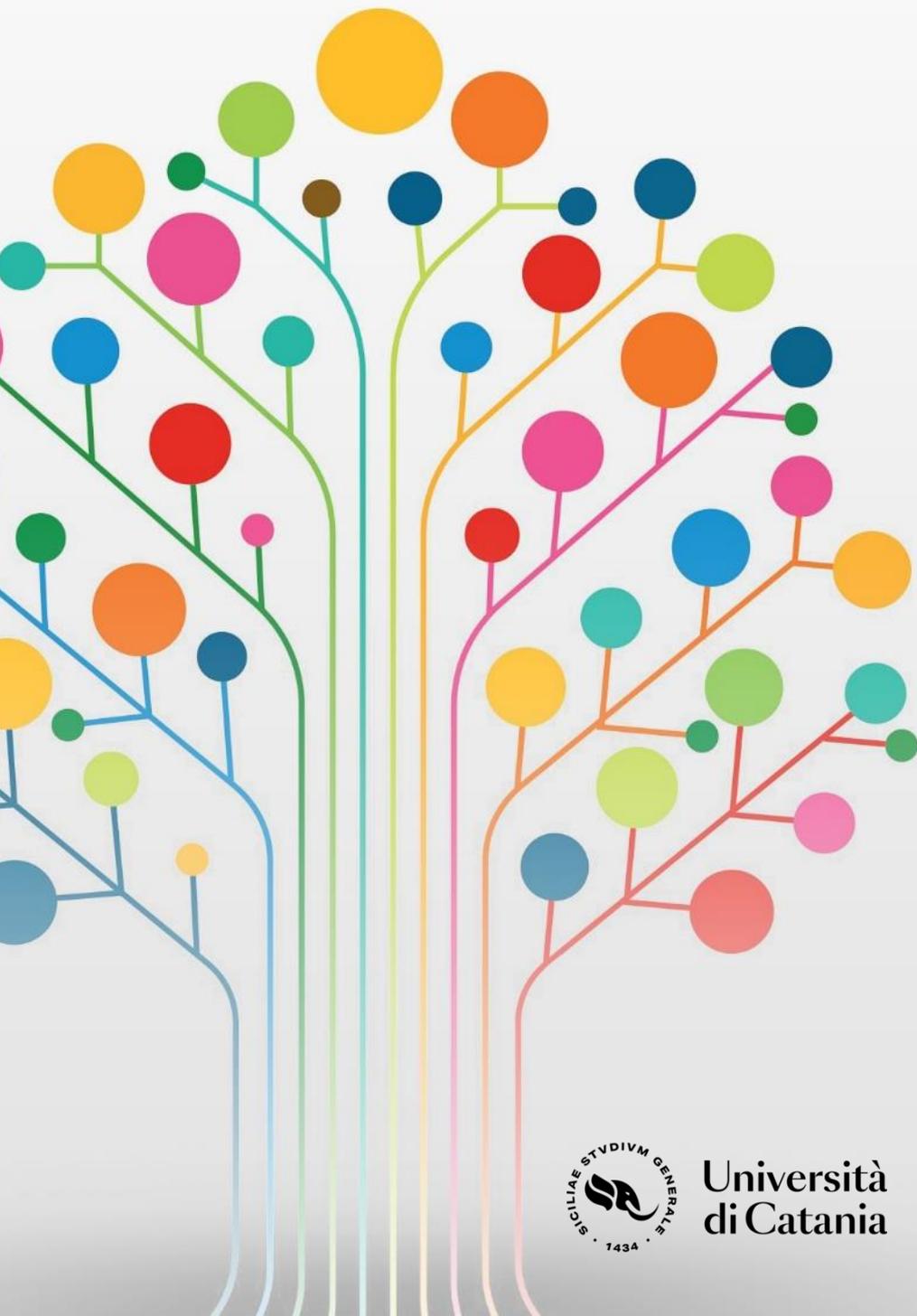


2/2003

20 20 Venti Maggio

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



Università
di Catania



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

Con contributi di

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

LUCA NOGLER, Università di Trento

TOM ARCHIBALD, University of Toronto

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, Università di Napoli "Federico II"

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 9791280569363

SOMMARIO

Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro Mariella Magnani	1
La certificazione dei contratti di lavoro Luca Nogler	23
Health Human Resource Planning Values, "Reinvented" Delivery Structures, and Collective Bargaining in Health Care: The Ontario Home Care Experience Tom Archibald	74
La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di <i>soft law</i> Silvana Sciarra	122
Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto" Raffaele De Luca Tamajo	137

Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*

Mariella Magnani

“Il giurista deve avere la abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditata dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista che prendono le distanze dalle certezze proprie delle forme tradizionali di vita e si fanno portatori di nuove ragioni”

L. Mengoni, L'argomentazione nel diritto costituzionale, in Ermeneutica e dogmatica giuridica, 1996.

“Esattamente che cosa morirà e che cosa sussisterà della civiltà attuale? In quali condizioni, in quale senso la storia si svolgerà in seguito? Questi quesiti sono insolubili. Ciò che noi sappiamo sin d'ora è che la vita sarà tanto meno inumana quanto più grande sarà la capacità individuale di pensare e di agire”

Simone Weil, Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale, 1934.

1. Tra diritto ed economia, vecchi e nuovi linguaggi	2
2. Le capacità professionali nel nuovo quadro di riferimento generale macro e micro-economico.	2
3. Contrattazione collettiva ed evoluzione dei sistemi di classificazione del personale.	3
4. La progressione del tema della formazione.	6
5. Criteri e funzioni della classificazione professionale nell'impresa.	7
6. Il quadro legale di riferimento.	9
6.1 Le (supposte) tensioni tra l'art. 2103 c.c. e le nuove classificazioni contrattuali.	9
6.2 Flessibilità funzionale e stabilità del rapporto di lavoro.	12
7. Organizzazione, professionalità e teoria del contratto di lavoro.	13
8. I rapporti di lavoro orientati al mercato. Riflessioni tratte dall'esperienza nordamericana.	17
9. Il modello di <i>welfare capitalism</i> v. il modello di <i>welfare state</i> .	20
10. Sull'attuale pluridimensionalità del tema della professionalità.	21

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 7/2003

1. Tra diritto ed economia, vecchi e nuovi linguaggi

Dire che il giuslavorista si sobbarca ormai da decenni il difficile compito di mantenere in collegamento “due territori sottoposti a movimenti tellurici dirompenti” (L. Zoppoli), il mondo dell’economia e il mondo del diritto, è non solo scontato, ma probabilmente anche scorretto. Da sempre il diritto del lavoro incontra (o si innesta con) le ragioni dell’economia e sotto questo profilo è da considerare un diritto di frontiera.

Lo stile dell’incontro tra diritto ed economia è però cambiato. Si è prodotto o si sta producendo un vero e proprio mutamento culturale: le categorie prima sociologiche, oggi economiche, non rappresentano più una “contaminazione”, e neppure solo un arricchimento culturale, ma addirittura una chiave di lettura.

Il tema scelto per il congresso AIDLASS si presta ad una trattazione che mette in evidenza tale mutamento culturale. E consente un esercizio che permette di mettere in relazione le categorie tradizionali, frutto di un lavoro scientifico decennale se non secolare, con le emergenti analisi, linguaggi, prospettazioni (non ancora categorie), troppo spesso avulsi, o afasici, rispetto a quelle categorie.

Credo che proprio in questo consista il compito cui è chiamato il giurista nell’epoca presente e forse la responsabilità della generazione di mezzo, non ancora immemore del passato: colmare lo iato tra i linguaggi del passato e quelli del presente. L’impresa non è facile perché, tramontati i vecchi paradigmi, non se ne vedono ancora di nuovi all’orizzonte.

2. Le capacità professionali nel nuovo quadro di riferimento generale macro e microeconomico.

È ormai luogo comune l’affermazione che il futuro dell’occidente, nella competizione con i paesi a basso costo della manodopera, sta nell’ulteriore sviluppo di conoscenze utilizzabili che generino valore.

Ciò vale sia per le imprese *hi-tech* che per quelle tradizionali, per le grandi e le medie, per quelle di produzione e quelle di servizio. Il lavoro basato sulla conoscenza è cruciale per la legittimazione e la sopravvivenza delle pubbliche amministrazioni. Secondo una analisi assai raffinata circa il significato economico e politico delle capacità professionali, data la crescita irreversibile della concorrenza e dell’integrazione dei mercati a livello mondiale in quest’ultimo decennio (non la chiamiamo globalizzazione, ma è sempre quello l’orizzonte), la salvaguardia del modello degli alti salari (che ha caratterizzato le società industriali europee) richiede una rapida ristrutturazione economica orientata ad una gamma di prodotti la cui competitività si basi meno sul prezzo e più sulla qualità, che è l’unico mezzo per il raggiungimento degli alti profitti necessari per sostenere salari elevati. E la produzione di questo tipo di prodotti richiede un grosso *input* di capacità professionali. Lo stesso dicasi per la diversificazione e la personalizzazione dei prodotti, altri fattori utili per sottrarre la produzione alla morsa della concorrenza basata sul prezzo. Tuttavia, lo spostare le gamme di prodotto “verso l’alto”, verso una domanda maggiormente diversificata e mercati di alto livello qualitativo richiede non soltanto l’investimento di capitali nella ricerca e nello sviluppo di prodotti migliori e più diversificati, ma anche l’investimento di risorse umane per lo sviluppo di capacità nuove e più elevate.

L’enfasi posta dalle indicazioni europee sull’economia basata sulla conoscenza si iscrive in questo contesto analitico. Ma analoghe indicazioni circa i vantaggi di una forza lavoro meglio educata,

che aumenta la competitività domestica e internazionale, provengono da oltreoceano: vi sono anzi evidenze empiriche che gli investimenti in formazione giovano alla redditività delle imprese, anche se il rischio che l'imprenditore deve assumere, a causa dell'incertezza relativa alla possibilità della azienda di recuperare i costi della formazione in un mercato del lavoro aperto, rende nel sistema nordamericano ancor più dilemmatico il problema della formazione.

Se, per quanto riguarda il nostro tema, questo è il quadro di riferimento a livello macro, a livello micro le mutate condizioni della competizione mondiale e dell'innovazione tecnologica hanno spinto un numero crescente di imprese e di interi settori a ristrutturarsi. Dopo un secolo, il processo di integrazione industriale realizzato in verticale dentro l'impresa ha preso la direzione opposta e si sta ora realizzando in orizzontale tra le imprese. Senza pronunciarsi sulla definitività della tendenza, una parte di quello che viene chiamato post-fordismo sta proprio in ciò: per competere, l'impresa si concentra sul *core business* vale a dire su quel che sa fare meglio – onde le funzioni di servizio si avviano ad essere la prima linea del sistema, mentre quelle produttive diventano le retrovie – e compra tutto il resto. D'altra parte, i mutamenti dei modelli organizzativi delle imprese e delle tecnologie cambiano i modi di lavorare, producendo risultati diversificati che coinvolgono trasversalmente un po' tutti i lavoratori: sta riducendosi, da un lato, la parte di manualità richiesta in tantissimi lavori (sebbene molta manualità resti necessaria anche nei servizi) e, dall'altro, il numero dei lavori ove si richiede della manualità. Nello stesso tempo, come evidenziano le indagini sociologiche, i contenuti della prestazione sono meno manipolativi e più cognitivi, i compiti sono meno esecutivi e più cooperativi, le attitudini meno specializzate e più polivalenti.

Dal più al meno, la tendenza che si sta affermando in ogni contesto è che, per affrontare la complessità, serve un approccio per problemi che sia sperimentale e reticolare (chi ha un problema può rivolgersi direttamente, per linee orizzontali, a chi ha le competenze o le soluzioni utili). E questo chiama in causa il lavoratore come "soggetto attivo che deve costruire il contesto e l'architettura della prestazione lavorativa, mettendo a punto il suo significato e gli scambi di conoscenza e di attività che di volta in volta servono" (E. Rullani).

Gli studi sui "lavoratori della conoscenza" - protagonisti delle nuove forme organizzative in cui sulle strutture e sulla organizzazione del lavoro cristallizzata prendono il sopravvento i processi; il controllo del processo e non l'organizzazione dei compiti è l'obiettivo di riferimento delle nuove microstrutture; l'ottenimento di un risultato e non l'adeguamento alla procedura è il principio operativo; il rifornimento di conoscenze e di energie, l'apprendimento, il governo del *sense making* e non la omogeneità delle strutture è la regola del gioco - indicano che essi stanno diventando la categoria centrale della forza lavoro nelle imprese di medie e grandi dimensioni. E si arriva a prevedere che i lavoratori della conoscenza possano essere la locomotiva di una generale qualificazione.

3. Contrattazione collettiva ed evoluzione dei sistemi di classificazione del personale.

Se è vero che la nozione di professionalità, dovendosi misurare con la complessità, tende a divenire essa stessa complessa, ossia caratterizzata da grande varietà e indeterminazione, ciò crea un problema alle nostre intenzioni classificatorie, diventando difficile fissare tipi professionali esauritivi e stabili, e allo stesso funzionamento del mercato del lavoro. In un mercato del lavoro in cui i lavoratori investono nella propria professionalità, in vista di una carriera professionale a lungo termine, è essenziale poter misurare e comunicare le capacità che vengono acquisite mediante

l'apprendimento professionale: ma come farlo, senza tradire la complessità delle competenze che si vorrebbe stimare con una misura, riducendole alle dimensioni (necessariamente povere) di uno standard comunicabile?

Quanto al primo profilo, vale a dire alla classificazione ai fini del mercato interno del lavoro, è in effetti cambiata – o comunque sta cambiando – la nomenclatura dei lavori utilizzata nelle classificazioni professionali e dunque sta mutando contenuto e senso delle medesime. Il primo impulso ad una diversa regolazione si ha nell'epoca della "qualità totale", in un periodo in cui le già diffuse esperienze di nuovi fenomeni organizzativi sembrano trovare un più sicuro modello complessivo di riferimento. È stata la teorica della qualità totale a porre la flessibilità professionale in funzione non più esclusivamente dell'interesse del datore di lavoro, ma anche del lavoratore, con l'attenzione dedicata ai temi della formazione e della partecipazione, e a consentire di avviare processi di regolazione organica e contrattata.

Nel corso degli anni – in realtà fin dall'inizio degli anni '70, e dunque ancora all'interno del modello di produzione taylorista – si sono succedute e variamente combinate diverse tipologie di innovative forme di organizzazione del lavoro, ben descritte ed analizzate dagli scienziati dell'organizzazione e dagli studiosi delle relazioni industriali: allargamento delle mansioni, arricchimento delle mansioni, rotazione su più mansioni o compiti, gruppi di lavoro o di produzione, al cui interno normalmente si dà luogo a forme di rotazione o di arricchimento delle mansioni. Tali forme organizzative sono state poi parzialmente riproposte, nella prospettiva della qualità, dai circoli di qualità. Nei nuovi modelli organizzativi le strutture formali permanenti, pur mantenendo rilievo ai fini dell'allocazione delle risorse, sembrano divenire sempre meno importanti "per definire che cosa le persone devono fare, come lo devono fare e in che cosa si identificano" (F. Butera). E là dove essi sono stati adottati sono emerse evidenti difficoltà dei tradizionali sistemi di inquadramento, anche a causa della loro indifferenza al controllo e allo sviluppo delle politiche di formazione.

È comunque a partire dai rinnovi contrattuali successivi al protocollo del 23 luglio 1993, nella tornata 1994-95, complice il complessivo quadro di concertazione, che i contratti collettivi cominciano ad affrontare il problema di creare un quadro normativo in linea con le modifiche organizzative che si erano prodotte all'interno delle imprese e dunque incidono, sia pure in modo diseguale nei diversi settori, sui sistemi classificatori. Non è da oggi, e neppure da tempi recenti, peraltro, che la classificazione contrattuale, così come rimodellatasi a partire dalla tornata del 1973, viene giudicata inadeguata. Si può prescindere qui dai motivi dell'insuccesso della filosofia (o della scommessa) che stava dietro l'inquadramento unico. Anche a prescindere da quell'insuccesso, fin dai primi anni ottanta poteva intravedersi la "crescente obsolescenza di classificazioni costruite su declaratorie a misura della tradizionale attività di trasformazione, con tipologie statiche di mestieri e mansioni". E ricordo che, fin dal congresso AIDLASS del 1985, si valutava, con parole che potrebbero essere oggi ripetute, che "le nuove classificazioni dovranno essere atte a graduare una mutata realtà professionale, in relazione alle conoscenze e capacità richieste non per svolgere attività ben definite, ma per agire e reagire rispetto a situazioni mutevoli, create da un'organizzazione produttiva informatizzata e automatizzata. Dovranno, insomma, scontare una più o meno ampia polivalenza, valutata in misura della maggiore o minore complessità dell'azione e risposta attesa di volta in volta, all'interno di una struttura articolata non su posti fissi ma su ruoli variabili" (F. Carinci).

A conferma dell'arduo procedere nella materia, per la difficoltà di fissare tipi esaustivi e stabili, si è detto che i contratti hanno inciso in modo diseguale sui sistemi classificatori. Si è infatti andati

dalla semplice rimozione del divieto per la contrattazione aziendale di intervenire sul tema della classificazione dei lavoratori, aprendo in tal modo spazi di sperimentazione al livello decentrato di contrattazione; all'istituzione di apposite commissioni miste sull'inquadramento incaricate dello studio e della proposta di nuovi criteri di inquadramento del personale; a modifiche del sistema di inquadramento direttamente realizzate dal contratto nazionale, attraverso il superamento dei tradizionali 7-8 livelli, ed il loro accorpamento in un numero ridotto di fasce o aree professionali a "maglie larghe", articolate al loro interno in più livelli retributivi corredati da corrispondenti profili professionali esemplificativi. Nei contratti collettivi che hanno modificato il tradizionale sistema di classificazione derivante dall'esperienza dell'inquadramento unico, la filosofia della operazione è chiarita dalle parti attraverso il richiamo all'esigenza che la struttura degli inquadramenti sia maggiormente orientata al riconoscimento della professionalità, delle competenze e delle concrete capacità del dipendente ed al contempo sia flessibile, onde consentire alle imprese una "gestione funzionale e fungibile del personale".

Non è detto peraltro che al nuovo sistema classificatorio cd. a maglie larghe si accompagni una revisione dei criteri di inquadramento. Solo in pochi contratti, come ad esempio il contratto collettivo per il settore energia e petrolio del 1° gennaio 2000, si abbandona il classico modello di inquadramento basato sulle qualifiche per l'adozione di un modello basato sulla nozione di "ruolo". Si tratta di un modello in cui la valutazione complessiva della professionalità espressa è rappresentata dalla combinazione tra l'inquadramento nelle singole categorie e l'apprezzamento dell'apporto professionale all'interno delle stesse, sulla base di una valutazione analitica e complessiva di diversi fattori, definiti "oggettivi" e "soggettivi": complessità, responsabilità, esperienza, autonomia.

Il sistema di inquadramento per aree professionali, se suggerisce il tramonto delle vecchie tipologie professionali, può avere nell'immediato, rispetto al passato, un effetto flessibilizzante, allargando l'arco delle mansioni esigibili.

Talora si afferma espressamente la piena fungibilità di tutte le attività di pertinenza dell'area professionale di appartenenza, cui può essere adibito il lavoratore anche in via promiscua, senza che ciò comporti riduzione del trattamento economico; talaltra si richiamano esigenze aziendali organizzative, tecniche, produttive e di mercato per legittimare la mobilità all'interno dell'intera categoria, mentre scontata dovrebbe essere l'equivalenza all'interno della posizione organizzativa; talaltra ancora si afferma la piena fungibilità delle mansioni a fronte della previsione di percorsi professionali collegati a filoni operativi omogenei.

Peraltro, non può essere considerato privo di significato che anche i contratti che restano ancorati al sistema di classificazione professionale tradizionale auspichino, per usare le espressioni del contratto di una storica categoria industriale, "l'introduzione di modalità di organizzazione della produzione e del lavoro tendenti a ridurre la parcellizzazione, a consentire una intercambiabilità nelle prestazioni, a ricomporre le operazioni, ad ampliare le mansioni e ad arricchirne il contenuto professionale per adeguare le modalità di svolgimento del lavoro alle accertate sostanziali innovazioni tecnologiche/ di processo/ organizzative".

Ciò che impressiona, ed è indice di una diversa qualità dell'intervento contrattuale in materia, è la volontà espressa direttamente dalle parti contrattuali al massimo livello di riappropriarsi di un terreno, quello del giudizio di equivalenza professionale delle mansioni, che dovrebbe essere considerato di propria competenza elettiva. Probabilmente ciò è avvenuto sull'onda di quanto, anche

sulla base di specifiche ragioni, si andava prevedendo nel pubblico impiego; ma questa considerazione nulla toglie al carattere di svolta dell'intervento contrattuale.

E si può già anticipare che, di fronte alla chiara volontà di occupare un terreno prima pressoché interamente lasciato alla mediazione giudiziaria, sarebbe un'operazione culturale di retroguardia la pretesa di sottoporla a controllo ed eventualmente contestazione alla luce del principio legale di equivalenza. Non solo di retroguardia, ma financo, se se ne comprendono le ragioni, impossibile, come avremo modo di evidenziare più avanti.

4. La progressione del tema della formazione.

Alla flessibilità interna, direttamente, se c'è valutazione espressa di equivalenza, o comunque indirettamente – per la filosofia che sottende e dunque per la sua valenza persuasiva – guadagnata con il sistema delle aree, fa da contraltare l'attrazione tra gli oggetti negoziali del tema della formazione continua. Dal punto di vista degli equilibri contrattuali – collettivi, nella materia che ci occupa lo scambio è avvenuto tra flessibilità interna e formazione.

Se i contratti collettivi degli anni '70 sono stati caratterizzati dalla centralità del tema dell'inquadramento (e delle politiche retributive ad esso connesse), quelli della fine degli anni '90 e dell'inizio del nuovo secolo si caratterizzano per l'irruzione del tema della formazione, in particolare di quella continua.

La materia, fino alla tornata contrattuale degli anni 1994-95, considerata strettamente inerente alle prerogative imprenditoriali, è oggi sempre più attratta nel campo delle relazioni industriali. Già presente nei precedenti testi contrattuali quale oggetto degli obblighi di informazione, consultazione, partecipazione rinvenibili nella prima parte dei contratti, poi oggetto di disposizioni strumentali relative all'istituzione di organismi bilaterali, è approdata solo nelle tornate contrattuali più recenti, talora, ma non sempre, in connessione con la riforma dei sistemi di classificazione, ad una disciplina di carattere più o meno compiutamente normativo. Certo, hanno indubbiamente agito come volano le previsioni di cui agli artt. 5 e 6 della l. n. 53/2000: la prima, ispirata al *congé individuel de formation* francese, e finalizzata al soddisfacimento di interessi personali e di elevazione culturale e professionale del lavoratore; la seconda, finalizzata esclusivamente alla crescita di conoscenze e competenze professionali, corrispondente anche, se non prevalentemente, all'interesse del datore di lavoro. Entrambe queste disposizioni chiamano in gioco i contratti collettivi demandando ai medesimi, la prima, di prevedere le modalità di fruizione del congedo formativo individuale; la seconda, di "definire il monte ore" da destinare ai congedi per la formazione continua, "i criteri per l'individuazione dei lavoratori e le modalità di orario e di retribuzione connesse alla partecipazione ai percorsi di formazione".

Si tratta dunque di una disciplina, in particolare quella di cui all'art. 6, non "autoapplicativa": ed in effetti, le variegate disposizioni in materia di formazione continua presenti nei contratti collettivi stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge si collegano esplicitamente alla medesima.

Tuttavia il tema era già oggetto di previsione contrattuale anche prima dell'entrata in vigore della legge nei settori che avevano sperimentato nuovi metodi di classificazione del personale. Ad esempio, il contratto collettivo nazionale per l'industria chimica del 4 giugno 1998, nel riconoscere che la valorizzazione professionale delle risorse umane riveste importanza strategica per

entrambe le parti, demandava ad accordi aziendali la definizione di piani formativi che prevedessero la possibilità di utilizzare risorse esterne in grado di coprire almeno il 50% dei costi, la partecipazione paritetica delle imprese e dei lavoratori ai costi di frequenza residui, modalità di svolgimento compatibili con la normale attività qualora gli interventi formativi fossero coincidenti con gli orari di lavoro, la salvaguardia della non adesione individuale. Oltre è andato il contratto collettivo nazionale del 12 febbraio 2002, attraverso l'interessante previsione del "patto formativo".

Altrettanto, se non più significativo, è il contratto collettivo nazionale dell'11 luglio 1999 per le aziende di credito che ha previsto, a favore dei lavoratori in servizio, sempre con rapporto di lavoro non a termine, "pacchetti formativi" annuali da usufruire in parte durante l'orario di lavoro in parte fuori orario.

Ma anche in settori, in cui non si è messo mano al sistema di classificazione professionale, o comunque ci si è limitati a ridescrivere i profili professionali, si prevede un forte irrobustimento del capitolo consacrato alla formazione. Ad esempio, il contratto collettivo nazionale del 19 maggio 2000 per l'industria tessile, nella parte relativa alle iniziative a sostegno della formazione continua, contempla il diritto dei lavoratori a permessi retribuiti a carico di un monte ore annuo definito aziendalmente sulla base di criteri fissati dal contratto nazionale, non cumulabili con i permessi previsti per i lavoratori studenti. Il diritto ai permessi retribuiti è condizionato alla frequenza a corsi di formazione continua afferenti all'attività generale dell'azienda o inerenti ad altre funzioni presenti nella stessa, organizzati da enti pubblici, nonché da istituti scelti di comune accordo a livello territoriale; ovvero a corsi cui il lavoratore sia avviato dal datore di lavoro e previsti da piani formativi aziendali o territoriali concordati tra le parti sociali ex art. 17 della legge n. 196/1997. Analogamente deve dirsi per il recente contratto per l'industria metalmeccanica privata che, per quanto riguarda la modifica del sistema di inquadramento professionale, si limita a prevedere l'istituzione di un gruppo di lavoro paritetico, ma rafforza il capitolo sulla formazione, in particolare continua, anche in attuazione della l. n. 53/2000.

Allo stato, non vi è dunque una formale connessione tra modifiche del sistema degli inquadramenti e rafforzamento delle previsioni sulla formazione. Certo anche a seguito dell'impulso dato dalla legge, il tema è indubbiamente progressivo e, quel che conta realizzare, a prescindere dalla capacità (o dalla volontà) di mettere mano alle classificazioni.

5. Criteri e funzioni della classificazione professionale nell'impresa.

Purtroppo mancano – o almeno personalmente non ne sono a conoscenza – recenti ricerche significative sulla contrattazione aziendale e, più in generale, sulle esperienze aziendali (non necessariamente contrattate) di gestione degli inquadramenti e di definizione dei percorsi professionali e di carriera dei lavoratori.

Sebbene sia difficile dire quanto diffusi, si conoscono tuttavia innovativi modelli (cfr. ad es. l'accordo Dalmine del 1993, modificato nel 1998) in cui viene superato il sistema della classificazione dei posti e delle mansioni in favore di un sistema basato sul "ruolo" professionale, alla definizione del quale concorrono una sommatoria ideale di competenze, il cui effettivo possesso, graduato su una scala che ne rileva il diverso grado di espressione, costituisce la professionalità espressa in un dato momento. E a partire da essi può svilupparsi qualche riflessione sul dibattito in corso circa l'attualità dei criteri e le funzioni della classificazione professionale dei lavoratori nell'impresa. Un

dibattito che interessa prevalentemente sociologi ed economisti, ma di cui il giurista non può restare ignaro.

In quei modelli la classificazione dei lavoratori non sarebbe più data dalle mansioni assegnate al momento dell'assunzione o successivamente acquisite, ma dalle competenze possedute ed esplicitate dal lavoratore, periodicamente rilevate da apposite procedure di valutazione rimesse al superiore gerarchico. Il sistema attraverso il quale si realizza la misurazione è ripreso da quelli tipici della *job evaluation*, comprendente una serie di fattori per ciascuno dei quali si prospetta una scala di punti. La differenza con i vecchi meccanismi di *job evaluation* non dipende solo dalla sostituzione della mansione con il ruolo. Muta infatti sostanzialmente la natura dei fattori presi in considerazione, quali ad esempio la capacità di assumere, cercare, trasmettere e utilizzare informazioni; l'impegno nel proprio lavoro e la verifica dei risultati; il grado di autonomia decisionale, le capacità relazionali; le conoscenze, la disponibilità alla loro trasmissione e all'aggiornamento; la polivalenza/polifunzionalità in condizioni di sicurezza. È evidente il superamento della logica squisitamente taylorista della *job evaluation*, così come l'apertura di ampi spazi per logiche di codeterminazione.

Ma vi sarebbero anche pratiche manageriali – non negoziate – di valorizzazione delle risorse umane *competence oriented*. E l'assunto comune da cui muovono questi nuovi modelli, di matrice sia manageriale che consensuale, è la progressiva inadeguatezza del metodo classificatorio tradizionale, sganciato dai concreti processi organizzativi posti in essere dalle imprese.

In effetti, più in generale, ed anche rispetto ai nuovi sistemi di classificazione, si è osservato che il limite maggiore sia il permanere dei precedenti profili professionali e, quindi, dei vecchi criteri di valutazione della professionalità. In sostanza - assumono i sociologi - si tratta di criteri di valutazione delle mansioni rispetto ad un lavoro che è invece sempre più organizzato per obiettivi e sempre meno per procedure, dove contano più i ruoli che ciascuno è chiamato a svolgere e meno le mansioni descritte in dettaglio.

La classificazione del personale è stata, nella storia delle relazioni industriali, uno strumento fondamentale per valutare il valore del lavoro prestato, sia a fini retributivi che a fini di riconoscimento di status. La funzione principale della classificazione è quella di applicare il principio classico di garantire un salario uguale ad un lavoro uguale in un contesto di forte variabilità dei contenuti del lavoro. La classificazione inoltre è un dispositivo per far corrispondere i valori del mercato del lavoro esterno con quello interno.

Il nodo principale del sistema di classificazione è se l'inquadramento sia univocamente determinabile sulla base del posto ricoperto e delle mansioni svolte, oppure se si debba tener conto anche del patrimonio professionale e delle competenze possedute e sviluppate dal lavoratore. In altre parole, il lavoro uguale da retribuire in modo uguale è definito dal posto (*job*), dalla mansione o anche dalle capacità effettivamente messe in campo nonché dalle prestazioni che esse rendono possibili?

Ebbene, come si è visto, a causa dell'introduzione di modifiche nelle strutture organizzative (ora più piatte e snelle), nonché dell'impiego massiccio della conoscenza in tutti i processi produttivi, si è determinato un cambio di paradigma del lavoro e dell'organizzazione, così come era avvenuto, con l'affermarsi dell'operaio-massa durante l'industrializzazione di inizio secolo, nel paradigma organizzativo proposto dal taylor-fordismo. Si è osservato che, non solo lo sviluppo delle

organizzazioni verso modelli orientati al risultato economico, più flessibili, caratterizzati da strutture più piatte sia nelle funzioni gerarchiche sia nelle stratificazioni del personale, non è favorito da sistemi nati in una fase di spinta divisione verticale del lavoro e di parcellizzazione e prescrittività di profili e mansioni, ma si è registrata una perdita di centralità dei sistemi di inquadramento come fonte primaria di regolazione dell'organizzazione del lavoro e di riconoscimento della professionalità delle persone. Tale tendenza si è già manifestata nei fatti nel settore del lavoro privato sul piano organizzativo e retributivo; nel settore pubblico, nella gestione informale della organizzazione del lavoro.

Si può prevedere tuttavia che la classificazione del personale in classi o qualifiche rimarrà rilevante come struttura che consente di regolare il mercato del lavoro interno e di correlare quest'ultimo al mercato del lavoro esterno. Solo che – si osserva da parte degli studiosi dell'organizzazione – per essere aderenti ai nuovi paradigmi organizzativi a tipi di classificazione semplificati, a maglie larghe, che esprimono la macrodifferenziazione di classi di lavori, diversi per rilievo aziendale dei processi trattati, per complessità di realizzazione, per importanza dei risultati perseguiti, dovrebbero accompagnarsi sistemi di classificazione che misurino e compensino la preparazione professionale (riflettendo dunque una combinazione di elementi oggettivi e elementi soggettivi). E le dinamiche retributive potrebbero non essere necessariamente legate a cambiamenti di mansione o di posizione organizzativa, ma essere correlate alla crescita professionale e delle competenze anche all'interno della stessa categoria di inquadramento.

6. Il quadro legale di riferimento.

Come reagisce il quadro legale ai mutamenti di contesto prima fattuali e poi contrattuali? Le regole legali e la relativa elaborazione sono adeguate a rispondere a tali mutamenti di contesto? E la stessa teoria del contratto di lavoro quale si è finora consolidata appare idonea a comprendere i nuovi dati di contesto o ne subisce degli attacchi tali da indurre a ripensarne qualche elemento portante?

Anticiperò le mie conclusioni osservando che nelle discussioni aperte su questi temi vi è un'eccedenza del discorso sociologico, in un duplice senso: sia nel senso che la relativa analisi spesso sovrasta l'analisi giuridica e non è sufficientemente mediata dalle sue categorie; sia nel senso che si dà per scontata la generalizzazione e la definitività di quelle che, al più, appaiono linee di tendenza o semplici direzioni di marcia.

6.1 Le (supposte) tensioni tra l'art. 2103 c.c. e le nuove classificazioni contrattuali.

a) La tutela della "professionalità" - sarebbe non solo inutile ma anche scorretto domandarsi in astratto che cos'è professionalità: le aperture cognitive consentite dagli apporti delle altre discipline devono essere tradotte nel linguaggio giuridico, sicché l'individuazione del concetto non può che incentrarsi primariamente sui dati provenienti dall'ordinamento, confrontandoli poi funzionalmente con la realtà sociale - è sempre stata declinata nel rapporto di lavoro nel contesto dell'art. 2103 c.c., che disciplina il mutamento di mansioni del lavoratore. È stata anzi la novella statutaria a segnare l'ingresso nel mondo giuridico, o più precisamente del rapporto di lavoro, quale dimensione di tutela della dignità della persona. Sebbene la norma non faccia alcun riferimento alla professionalità, che quella sia la sua *ratio* politico-giuridica lo si desume, oltre che dal contesto regolamentare in cui si colloca la novella (lo Statuto dei lavoratori, col suo corredo di

limitazioni dei poteri datoriali in funzione della tutela della dignità e della sicurezza del lavoratore), dalla rigida delimitazione del cd. *ius variandi* alle mansioni equivalenti oppure superiori. Per la verità, la norma non parla di equivalenza professionale; tuttavia, per una serie di ragioni che sarebbe troppo complesso indagare, non ultima la lettura della norma alla luce della tipologia delle esistenti classificazioni professionali, basate su qualifiche divenute ormai “scatole vuote” – indicatori di livelli salariali più che di *status* professionali – si è ritenuto insufficiente la mera equivalenza retributiva, richiedendosi appunto la equivalenza “professionale”. Nell’elaborazione circa il rapporto tra disciplina legale dello *ius variandi* e classificazione contrattuale peraltro vi è più di una ambiguità. La predicata irrilevanza della classificazione ai fini di delimitare lo *ius variandi* non è assoluta, dal momento che si ritiene che, se le nuove mansioni non garantiscono l’equivalenza retributiva, vi sarebbe la prova che l’equivalenza professionale non c’è; non solo, ma l’appartenenza ad un livello superiore della scala di classificazione professionale sarebbe indice della superiorità della mansione, cui dunque può essere adibito il lavoratore.

Una volta pronunciata la “parola magica”, vale a dire precisato che la equivalenza deve essere professionale, non si sono con questo fatti molti progressi, perché si tratta di stabilire quando due mansioni possono essere considerate professionalmente equivalenti.

Una volta formalmente interrotta la comunicazione con la classificazione contrattuale, si è finito per dover rilevare – e non da oggi – la intrinseca vacuità della tecnica utilizzata per arginare lo *ius variandi* del datore di lavoro o, meglio, della nozione impiegata, che indica solo un generico criterio relazionale tra la mansione di provenienza e quella di destinazione, sfornito di precisi referenti su cui tarare l’operazione di comparazione. Tale vacuità, per lo più - giova ricordarlo - in assenza di specificazioni contrattuali, è stata colmata dalla giurisprudenza, in presenza degli assetti organizzativi stabili del taylorismo imperante con minor fatica; con maggiore difficoltà con la modifica dei contesti organizzativi. Non è un caso che i giudici sentano ora la necessità di spiegare che l’equivalenza non va intesa come “identità delle nuove alle precedenti mansioni”, essendo sufficiente che il mutamento non comporti un aggravio della prestazione e non pregiudichi il lavoratore sul piano della carriera; ovvero, secondo la formula più stereotipata, non determini uno stravolgimento, un depauperamento del patrimonio professionale, “che non ricorre automaticamente nell’ipotesi in cui le mansioni siano diverse”. Ed anche il passaggio dai criteri cd. oggettivi a criteri soggettivi di valutazione dell’equivalenza, col riferimento alla professionalità “potenziale”, è indice di tale difficoltà.

Gli è che la differente organizzazione del lavoro ha reso inservibile buona parte dell’armamentario escogitato per rilevare l’equivalenza: si pensi alla naturale obsolescenza del criterio del potere gerarchico, in organizzazioni divenute appunto più piatte e meno gerarchiche.

Si comprende allora perché si è affermato che, a fronte di una qualificazione contrattuale di equivalenza, sarebbe operazione non solo di retroguardia ma anche impossibile assoggettarla a controllo ex art.13 St. lav.

È bensì vero – è perfino banale rilevarlo – che il contratto collettivo non possiede capacità derogatorie rispetto alla regola imperativa dell’art. 13. Tuttavia deve ricordarsi che non solo vi è in quella norma, tramite il concetto di equivalenza, un rinvio a dati di tipicità ambientale “registrati e valutati con maggiore consapevolezza dalla contrattazione collettiva” (F.Liso). Gli è piuttosto che la contrattazione collettiva vanta una competenza specifica nella materia: sarebbe strano che il soggetto legittimato a individuare, qualificare e classificare le mansioni non sia poi abilitato a

specificare l'equivalenza delle medesime. Come da altri è già stato evidenziato, la determinazione contrattuale dell'area di fungibilità delle mansioni dovrebbe avere quanto meno la stessa forza di resistenza della determinazione contrattuale della retribuzione ex art. 36 Cost.

b) La conferma di una sorta di "allentamento della presa" dell'art. 13 (non tanto della sua obsolescenza, quanto della necessità – ma anche della possibilità – di una lettura aggiornata, vale a dire in connessione con le classificazioni contrattuali) si ha nella diversa qualità dell'intervento giurisdizionale richiesto nella materia. La tutela della professionalità viene sempre più spesso declinata nel contesto di controversie relative alla responsabilità risarcitoria in caso di "demansionamento" o di forzata inattività del lavoratore. Ed infatti il giudice per affermare l'esistenza di un diritto al risarcimento del danno, può (e deve) ricostruire a posteriori la storia professionale dell'individuo e l'incidenza della condotta datoriale sulla professionalità.

Ne emerge indirettamente – ma più precisamente che nella mera elaborazione sull'art. 13 St. lav. – una definizione di professionalità e delle ragioni della sua protezione. Si possono utilizzare le parole di una recente sentenza (Cass. n. 14199/2001) che, assai limpidamente, puntualizza lo stato del "diritto vivente". Il danno alla professionalità, innanzitutto, può consistere "nel danno patrimoniale derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità (un danno molto evidente e grave nell'esercizio di alcune particolari professioni, soggette a una continua evoluzione e quindi bisognose di continui aggiornamenti)". Ma il danno professionale potrebbe essere costituito anche dal fatto che "la minore qualificazione professionale ha impedito al lavoratore di sfruttare particolari occasioni di lavoro o... ha determinato la perdita di *chances*" (cfr. sempre Cass. n. 14199/2001). Si tratta, in entrambi i casi, di un danno patrimoniale, con la differenza che nel primo il danno incide direttamente sulle capacità professionali del lavoratore, nel secondo deriva dalla perdita di una ulteriore possibilità di guadagno.

Del tutto in sintonia con la tendenza, inesausta, al proliferare dei "titoli" di danno, al danno professionale potrebbero aggiungersi altre voci o, come avverte la giurisprudenza, il danno professionale potrebbe assumere anche aspetti non patrimoniali. Potrebbe, ad esempio, costituire una lesione del diritto del lavoratore all'integrità fisica o, più in generale, alla salute quando la forzosa inattività, o l'esercizio di mansioni inferiori, ha determinato nel lavoratore non soltanto un dispiacere, una afflizione dello spirito, ma una vera e propria patologia psichica (cfr. Cass. n. 13299/1992) e, secondo alcune decisioni, potrebbe anche costituire una lesione del diritto all'immagine o del diritto alla vita di relazione (cfr. sempre Cass. n. 13299/1992).

Non interessa soffermarsi qui sui notevolissimi nodi problematici che la "dequalificazione" quale fonte di responsabilità risarcitoria evidenzia, che, oltretutto, se non in minima parte sono specifici alla materia trattata, attenendo alla generale tematica della tutela della persona – nel nostro caso la persona-lavoratore – attraverso la tecnica risarcitoria e, ancora oltre, agli orizzonti della tutela risarcitoria nel diritto civile. Merita solo di evidenziare che tali nodi non concernono solo, a valle, l'individuazione delle voci di danno risarcibili, la necessità della prova dell'esistenza del danno o la sua configurazione in *re ipsa*, i criteri per la quantificazione del danno che in qualche modo rifluiscono verso lo stesso *an* del danno, ma, a monte, la stessa identificazione dei diritti o interessi protetti e delle modalità della loro penetrazione nel rapporto di lavoro.

Interessa piuttosto proporre una riflessione sulle cause della vera e propria "esplosione" delle controversie di tipo risarcitorio. Ebbene, non vi è dubbio che, a parte il caso della forzata inattività,

controversie di tal fatta in ipotesi di demansionamento impongono (e consentono) al giudice quella ricostruzione a posteriori della storia professionale del lavoratore di cui si parlava, dalla quale può desumersi con maggior evidenza l'esistenza o meno della lesione della "professionalità", che non nella valutazione atomistica del singolo passaggio da una posizione di lavoro ad un'altra.

Può allora configurarsi l'ipotesi che l'avanzata ed in definitiva il predominio del diritto comune nella materia siano direttamente connessi all'"ottusità" del diritto speciale, qualora non gli venga in soccorso la contrattazione collettiva.

6.2 Flessibilità funzionale e stabilità del rapporto di lavoro.

Se la tendenziale estensione dell'area delle mansioni esigibili derivante dal mutamento di contesto organizzativo e consacrata dalle qualificazioni contrattuali non trova ostacolo, da una parte, nella disciplina legislativa della mobilità, d'altra parte, sembra che ne derivi una maggior resistenza del rapporto di lavoro agli stessi mutamenti organizzativi. Si tratta di una connessione da sempre instaurata dalla dottrina, seppure prevalentemente muovendo dalla disciplina del licenziamento per giustificato motivo obiettivo. E la giurisprudenza sull'esistenza di un obbligo di *re-pêchage* del lavoratore, quanto meno nel limite dell'esistenza di mansioni equivalenti, utilmente ricopribili dal medesimo, è idonea ad ospitare tale conclusione: quanto maggiore è l'area della equivalenza tanto maggiore è, come si è detto, la forza di resistenza del rapporto (e dunque del lavoratore) ai mutamenti organizzativi.

Questa giurisprudenza (così come la dottrina conforme) giunge a tale conclusione muovendo dalla disciplina del licenziamento e dalla stessa nozione di giustificato motivo: la verifica della mancanza di alternative al licenziamento fisiologicamente assorbibili dall'organizzazione produttiva, tra le quali specialmente l'adibizione ad altre mansioni, rappresenta il mezzo per l'accertamento della reale esistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ed invero, una volta escluso qualsiasi sindacato di merito sull'opportunità della scelta produttiva od organizzativa, se si escludesse anche una valutazione di congruità del licenziamento quale strumento prescelto per darvi attuazione, il giustificato motivo finirebbe per negarsi come regola.

In concreto, tutto si riduce, per il datore di lavoro, alla prova di non aver proceduto, in un arco di tempo ragionevole, all'assunzione di un lavoratore per ricoprire un posto che il licenziato avrebbe potuto ricoprire, senza che però egli abbia l'onere di una riqualificazione. L'espressa qualificazione contrattuale delle mansioni come fungibili, pure in funzione della mobilità interna, tende dunque ad aggravare l'onere probatorio del datore di lavoro.

Tuttavia, se ci si muove unicamente sul piano della disciplina del licenziamento e della nozione di giustificato motivo, non può escludersi il rilievo degli oneri del riadattamento del lavoratore. In altri termini, potrebbe negarsi l'equazione tra fungibilità delle mansioni ai fini del controllo del potere datoriale unilaterale di variazione ed obbligo (onere) di adibizione alle medesime (in alternativa al licenziamento). La determinazione della fungibilità delle mansioni, potrebbe dirsi, è funzionale all'individuazione dell'ambito di esercizio del potere unilaterale di variare le mansioni; ma non tutto ciò che è lecito è pure dovuto. E si è visto che, limitandosi a ragionare sulla base della disciplina del licenziamento, possono assumere rilievo i costi di adattamento che l'adibizione ad una posizione di lavoro nuova, seppure fungibile, comporta.

È possibile però continuare a predicare la totale irresponsabilità dell'impresa in ordine alla manutenzione della professionalità, come bene spendibile, si è visto, nel mercato interno e nel mercato esterno del lavoro?

La giurisprudenza francese, a partire dalla famosa sentenza della *Chambre sociale* della Corte di Cassazione del 1992, nel caso *Expovit*, ha fondato un generale obbligo di adattamento del lavoratore alle evoluzioni del suo impiego – con conseguente esclusione della legittimità del licenziamento tecnologico di una lavoratrice che avrebbe potuto essere adibita ad un lavoro compatibile con le sue capacità – sugli obblighi di correttezza e buona fede, di cui all'art. 1134, al. 2, del codice civile. E il riferimento alla buona fede contrattuale permette al giudice di qualificare le iniziative e i comportamenti richiesti al datore di lavoro rispetto alla riqualificazione ovvero alla formazione. Certamente in quel sistema lo strumentario attraverso il quale si incoraggia la formazione, incentivandola anche nei confronti dei datori di lavoro, è incredibilmente più ricco rispetto a quanto avviene nel sistema italiano e di ciò, dunque, va tenuto conto, al fine di evitare trasposizioni arbitrarie.

Tuttavia, anche nel nostro ordinamento, le clausole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. ben potrebbero rappresentare il referente teorico e il medio tecnico atto a consentire di delineare con maggiore sicurezza, definendone anche i confini, un obbligo di adattamento del prestatore di lavoro quale obbligo di manutenzione della sua professionalità; definendone anche i confini, se si considera che la buona fede in *executivis*, come obbligo di ciascuna parte di salvaguardare gli interessi dell'altra, incontra un limite di ragionevolezza (riassunto nella nota formula "nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico") (C.M. Bianca).

Certo, come è stato ben notato rispetto al sistema francese, il controllo del giudice, secondo la sua natura, arriva a posteriori, al momento della valutazione della legittimità del licenziamento. Ma allo stato del diritto positivo solo la contrattazione collettiva potrebbe imporre un'obbligazione di gestione previsionale dei lavori e delle qualificazioni. In più deve aggiungersi che il dovere di adattamento – per il tramite degli obblighi di correttezza e buona fede – non è sinonimo dell'obbligo di fare acquisire una qualificazione professionale a coloro che ne sono sprovvisti o addirittura una qualificazione superiore. Credo insomma che resti ancora vero che lo sviluppo dei valori professionali è affidato ad un momento di "amministrazione collettiva" del rapporto.

7. Organizzazione, professionalità e teoria del contratto di lavoro.

Negli studi recenti, per la verità alquanto rapsodici, sui temi che andiamo discutendo ritorna, con una certa insistenza, sebbene mai direttamente e completamente affrontata, la questione dell'oggetto del contratto di lavoro, come se il quadro fattuale e normativo che abbiamo tracciato possa avere ricadute su questo piano. E vi ritorna da angoli visuali particolari: da questi angoli visuali particolari si intravede uno spezzone di realtà che bisogna guardarsi dal prendere per la realtà intera.

Il tema è per la verità alquanto antico e si riconnette al profilo della identificazione della fattispecie lavoro subordinato. Quali sono dunque le nuove declinazioni della questione?

Vi è, intanto, una declinazione di tipo problematico, propria di chi ritiene che, a fronte della maggior fluidità ed evanescenza delle declaratorie contenute nei contratti collettivi ovvero del ridimensionamento del riferimento alle mansioni per definire l'oggetto dell'obbligazione lavorativa

nei nuovi modelli organizzativi (ed in specie quelli indotti dalla qualità totale), possa essere messa in discussione la stessa determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di lavoro.

Ma, al di sopra, e direi all'opposto, vi è anche una declinazione di tipo sistematico propria di chi propone di considerare la "professionalità", vale a dire l'esplicazione di attitudini professionali richieste dalla natura delle mansioni - e non il mero dispiego di energie psico-fisiche - il vero oggetto dello scambio. E ciò nel contesto di una operazione volta meritoriamente a saldare il contenuto della collaborazione ex art. 2094 c.c., valorizzata come dato, anzi il dato di fattispecie, con la disposizione di cui all'art. 2103 del codice civile. Ma vi è chi va oltre e rilancia, osservando che, se si ripensano i termini dello scambio e si condivide la premessa che il contratto di lavoro realizza uno scambio tra professionalità e retribuzione, i corollari che sarebbe coerente trarne sono tutt'altro che marginali. Ad esempio si dovrebbe ammettere che bisogna prevenire il "furto" della professionalità non solo perché danneggia il lavoratore, ma anche perché compromette il fisiologico dispiegarsi dello stesso sinallagma funzionale: si potrebbe prospettare insomma un diritto alla formazione continua che non sarebbe che uno strumento di più intensa tutela dell'interesse del debitore alla collaborazione all'adempimento da parte del suo creditore (un interesse di cui il licenziamento tecnologico sarebbe una lampante lesione).

a) Cominciando dal primo aspetto, evanescente e frutto di una mera suggestione mi appare il rilievo per cui, a seguito delle nuove caratteristiche richieste alla prestazione lavorativa, potrebbe essere compromessa la stessa determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto. Me ne occupo qui in quanto si tratta di un'osservazione ricorrente, sebbene sempre solo suggerita e mai argomentata, come è testimoniato anche dalla estrema eterogeneità degli indici di rilevazione del problema. Ed in effetti il rilievo viene avanzato o in relazione alla polivalenza delle prestazioni lavorative richiesta dalla nuova organizzazione del lavoro; ovvero in relazione all'accentuazione della definizione dinamica ed autocontrollata dei contenuti della prestazione soprattutto nelle esperienze di qualità totale; ovvero ancora in relazione alla perdita di rilievo centrale delle mansioni quale dato oggettivo alla cui stregua determinare il corretto inquadramento del lavoratore. Dietro queste osservazioni vi è evidentemente l'esigenza di non dilatare in modo incontrollato la sfera del debito del prestatore di lavoro, minando in definitiva lo stesso principio di libertà personale, che sta alla base dell'art. 1346 c.c., la quale appunto non può essere limitata, attraverso la costituzione di un vincolo obbligatorio, se non in relazione ad un oggetto (prestazione) determinato. Con il risultato di un'accentuazione della subordinazione.

Si tratta però, come detto, di rilievi poco chiari. Cominciando dall'ultimo rilievo, va subito ricordato che il termine mansioni (od anche posto di lavoro) altro non è, nel linguaggio giuridico, che l'equivalente di "attività convenuta" in cui si sostanzia l'oggetto della obbligazione. Da sempre si è sottolineato che, per quanto riguarda l'oggetto del contratto di lavoro, v'è un problema, che è però più pratico che teorico, derivante dal fatto che, nella maggior parte dei casi, la volontà delle parti in ordine alla prestazione risulta appena abbozzata (e ciò sia per ragioni soggettive, sia per ragioni oggettive: secondo qualcuno, potrebbero essere proprio le esigenze organizzative, in relazione alla caratteristica del contratto di lavoro come contratto a esecuzione continuata, ad indurre le parti a determinare l'oggetto della obbligazione di lavoro prevedendo non uno ma più comportamenti, di solito facendo riferimento al livello di inquadramento).

Solo in apparenza però nel contratto di lavoro si può ritenere che manchi la determinazione dell'oggetto del contratto (come è stato ritenuto dalle posizioni, sostanzialmente istituzionalistiche, in base alle quali, prima dell'esercizio del potere direttivo, non sussisterebbe obbligazione di lavorare).

Il problema non è di mancanza di determinazione dell'oggetto del contratto, ma semmai di ricostruzione della volontà delle parti in ordine al medesimo. E, come da tempo è stato puntualizzato, la volontà contrattuale può essere ricostruita, magari partendo dalla iniziale adibizione ad un posto di lavoro, o attraverso il riferimento ai tipi o profili professionali (qualifiche) creati dal mercato esterno del lavoro o, secondo una visuale più aggiornata, in relazione alla posizione che il lavoratore andrà ad occupare nella divisione concreta del lavoro.

Comunque sia, l'art. 2103 c.c. ha risolto lo iato tra la concretezza dei compiti ai quali il lavoratore è adibito e la (per certi aspetti obbligata) genericità della previsione contrattuale. Come è stato ben detto dal più autorevole studioso della materia, col riferimento alle mansioni effettive e collegando ad esse le mansioni professionalmente equivalenti, lo stesso legislatore ha in definitiva dettato una norma determinativa dell'oggetto del contratto, ovvero un criterio di determinazione della prestazione che renderà superflua, il più delle volte, l'analisi puntuale della volontà delle parti.

Dunque appare del tutto improprio evocare genericamente la questione della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto del contratto.

Il più intenso orientamento della mansione verso l'organizzazione, tipico ad esempio della qualità totale, semmai introduce ad altri problemi quale quello dei criteri di misurazione della diligenza richiesta al prestatore di lavoro. Se però si tiene conto che la diligenza è un criterio di corrispondenza del prestato al dovuto e dunque non serve a determinare il contenuto della prestazione, e che il discorso giuridico sui criteri appare sufficientemente delineato, non ritengo che neppure questo sia il "punto di attacco" delle nuove modalità organizzative alla teoria del contratto di lavoro. E ciò anche a voler prescindere dalle incertezze che circondano l'effettiva caratterizzazione di queste modalità flessibili di organizzazione interna del lavoro – si parla troppo, come già accennato, di modelli astratti e poco di esperienze concrete – e il loro grado di estensione. Sicché il discorso giuridico rischia di essere costruito sulle sabbie mobili.

È bensì vero che i mutamenti organizzativi investono il cuore del contratto di lavoro, ma sotto altro profilo: alla subordinazione - controllo si sostituisce la subordinazione-coordinamento, compatibile con livelli anche molto elevati non solo di professionalità ma anche di autodirezione e di responsabilità del risultato del lavoro. È evidente che la (tendenziale) evoluzione della subordinazione da controllo (o eterodirezione) a semplice coordinamento dell'attività del lavoratore nello spazio e nel tempo in funzione del suo inserimento nell'organizzazione aziendale segna una forte riduzione della distanza dal lavoro autonomo.

Risulta confermato, anche dal particolare angolo visuale che abbiamo adottato, che questo è il nodo del diritto del lavoro (o meglio del rapporto di lavoro) che, non a caso, andiamo dibattendo ormai da tempo con diverse proiezioni sia *de iure condito*, sia soprattutto – e direi ormai inevitabilmente – *de iure condendo*.

Il riferimento all'organizzazione ha sempre svolto un ruolo decisivo nello svolgimento del discorso sulla subordinazione, allorché si è trattato di puntualizzare la posizione debitoria del prestatore

di lavoro. Ed anche là dove non si perseguiva espressamente tale finalità, ma più generali intenti di sistemazione dogmatica del contratto di lavoro, aveva evidenti ricadute su questo piano. Nella fase logicamente successiva – e anche temporalmente successiva, dal punto di vista della progressione degli studi –, cioè quella incentrata sulla individuazione della fattispecie lavoro subordinato e sulla sua distinzione rispetto alla fattispecie lavoro autonomo, la costruzione del contratto di lavoro come contratto di organizzazione non ha dimostrato altrettanta efficienza euristica. Come è stato ben sottolineato, nella subordinazione-coordinamento diviene prevalente l'elemento della inserzione del lavoratore nell'impresa - organizzazione: è questo però un elemento tipico, ma non esclusivo, del lavoro subordinato.

b) Di tutt'altro spessore, anche perché sganciata da dati sociologici non solo contingenti, ma perfino impalpabili, è l'altra prospettazione che sollecita a ridefinire i termini dello scambio considerando la professionalità il vero oggetto del medesimo. Si tratta di una prospettazione sollecitata da esigenze reali (la nuova configurazione della collaborazione richiesta dall'impresa, cui fa riscontro l'irruzione della formazione continua nel rapporto di lavoro) che tuttavia a mio avviso denunciano l'esistenza di aporie o di ingiustificate segmentazioni nella riflessione scientifica, più che la necessità di rimettere in discussione i termini dello scambio.

Si può discutere sull'adeguatezza espressiva del termine "professionalità" a tradurre l'oggetto dello scambio, che, per inciso, da tempo non viene più considerato come la semplice messa a disposizione di grezze energie psico-fisiche di cui il creditore si approprierebbe. Ciò invece con cui non si può consentire è che da tale formula definitoria si pretenda di ricavare una conseguenza, l'esistenza di un diritto alla formazione continua che, al contrario, deve essere giuridicamente fondata e il cui riscontro potrebbe contribuire a spiegare la puntualizzazione della "professionalità" – ma si tratterebbe di definizione stipulativa – quale oggetto dello scambio.

Rilievo analogo può rivolgersi alla tesi per la quale la formazione continua sarebbe ormai entrata a far parte della struttura causale del contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato (con conseguente difficoltà di continuare a distinguere, all'interno del lavoro subordinato, tra contratti speciali a causa mista – retribuzione e formazione – e normali contratti a tempo indeterminato); e ciò a causa del fatto che quel che viene scambiato nel rapporto di lavoro è un capitale "intellettuale" – come tale bisognoso di continuo aggiornamento – con la retribuzione. Questa tesi enfatizza il dato sociologico della valorizzazione delle risorse umane, strumento essenziale per il successo dell'impresa, attraverso un aggiornamento continuo del capitale intellettuale che esse apportano, ma non trova convincenti appigli sul piano giuridico. Si deve in proposito rilevare che l'art. 1206 c.c., sulla cooperazione del creditore all'adempimento, non aiuta a fondare l'oggetto della obbligazione (lo presuppone già individuato). Quanto poi agli artt. 1175 e 1375 c.c. (di cui l'art. 2087 c.c. costituisce specificazione) si è già detto delle condizioni e dei limiti del loro impiego (v. retro).

Dunque, un diritto alla formazione continua esiste nei termini e limiti in cui esso è posto dalle specifiche disposizioni contrattuali, rispetto alle quali ha certamente svolto e sta continuando a svolgere funzione propulsiva la l. n. 53/2000. E l'affermazione per la quale la formazione è divenuta un effetto legale naturale del contratto di lavoro si può accogliere nei limiti in cui rappresenta la sintesi descrittiva delle evoluzioni contrattuali e legislative segnalate.

8. I rapporti di lavoro orientati al mercato. Riflessioni tratte dall'esperienza nordamericana.

Come si è visto, il dato legale e, a cascata, la stessa elaborazione teorica sul contratto di lavoro sono in grado di metabolizzare i nuovi dati di contesto sul versante dell'evoluzione dei modi di lavorare e delle condizioni di impiego della forza lavoro che contraddistinguono i rapporti di lavoro tradizionali, su cui abbiamo edificato il diritto del lavoro. Altri appaiono i problemi collegati alla professionalità e si colgono se si guarda la questione non dall'angolazione tradizionale, bensì dall'angolazione dei modelli organizzativi delle imprese, più che da quella dell'organizzazione del lavoro in senso stretto.

Se cambiano i modi di lavorare, cambiano, come si è detto, anche i modelli organizzativi delle imprese. È interessante, sotto questo profilo, analizzare il dibattito suscitato negli Stati Uniti da tali mutamenti proprio in relazione al tema che stiamo discutendo, vale a dire la loro incidenza sulla professionalità dei lavoratori (o, meglio, sulla propensione delle imprese a formare). Secondo analisi accreditate, a partire dagli anni '80, sono venuti meno i vantaggi (o le condizioni) che avevano portato al modello di rapporto di lavoro a lungo termine. Ciò che aveva portato a questo modello era stata l'esigenza di coordinare organizzazioni più complesse. Senonché diversi fattori hanno eroso i vantaggi di questo modello: dai mercati dei prodotti più competitivi, che rendono gli investimenti più problematici, alla stessa opportunità di evitare i costringimenti indotti dalla normativa protettiva del lavoro. Ne è conseguita quella che è stata definita una storica rottura del contratto sociale che legava datori di lavoro e lavoratori.

Le imprese confidano, per procurarsi le competenze di cui hanno bisogno, sul mercato del lavoro esterno. Per lavori che richiedono competenze generali, non *skill* specifici legati all'azienda, alcuni imprenditori confidano in parte su lavoratori temporanei. Altri mantengono un *pool* di lavoratori, ma assunti su una base a breve termine. Intere funzioni sono esternalizzate e spesso gli appaltatori assumono i vecchi dipendenti. I *contractors* assumono e dirigono le proprie squadre, negoziando retribuzioni e condizioni di lavoro, talvolta separatamente per ciascun lavoratore.

Ancora, il rapporto di lavoro può essere a tempo indeterminato, ma è continuamente ridefinito dal potere del mercato: un importante aspetto del nuovo corso è che sono state ridimensionate diverse pratiche (come percorsi di carriera e politiche di promozione) che avevano l'effetto di riparare sia i lavoratori sia i datori di lavoro dalle pressioni del mercato esterno. Pratiche, come percorsi di carriera prevedibili, avevano evidentemente l'effetto di "parare i colpi", sia per i lavoratori sia per i datori di lavoro, del mercato del lavoro esterno: quando la disoccupazione cresceva, i lavoratori non vedevano crollare i loro guadagni e la loro sicurezza; similmente, quando il mercato del lavoro cresceva, i datori di lavoro non dovevano combattere per trattenere i loro lavoratori migliori.

Il venir meno di queste pratiche ha reso gli effetti del mercato molto più rilevanti. Quando i mercati del lavoro sono deboli, il comportamento e le attitudini dei lavoratori sono molto differenti rispetto a quel che sono quando quei mercati non sono deboli.

L'estensione, ed anche la reversibilità, del fenomeno sono oggetto di valutazioni contrastanti. Secondo alcune valutazioni, sulla base di una serie di indicatori riferiti alle grandi e medie imprese, sarebbe una notevole esagerazione affermare che il rapporto di lavoro *long-term* è morto.

Per converso, come si è detto, mentre qualcuno esorta a resistere alla tentazione di indebolire ulteriormente il rapporto di lavoro a lungo termine a causa dei costi associati alla sua erosione,

altri ritengono che non si possa prevedere il ritorno al modello tradizionale per diverse ragioni, ma soprattutto a causa delle pressioni, determinate dalla mutata competizione nel mercato dei prodotti, che inducono le imprese a ristrutturarsi continuamente, nonché alla vastità del cambiamento nell'economia: un datore che risolve i suoi accordi di *job security* potrebbe aspettarsi che i lavoratori si dimettano, ma poiché la maggior parte delle imprese è impegnata in simili ristrutturazioni, nessuna singola impresa avrebbe uno svantaggio nel fare ciò. E si arriva anzi a pronosticare che le imprese non potrebbero tornare al modello tradizionale anche se lo volessero, perché sarebbero i lavoratori a non volerlo.

La controversia, legata alla "magnitudine" del cambiamento, dipende probabilmente dall'impiego di diversi indicatori in ordine all'individuazione delle caratteristiche dei posti di lavoro tradizionali (*career jobs*) nonché dall'impiego di differenti criteri di classificazione di quelli che vengono definiti *contingent workers* (categoria cui infatti vengono ascritte diverse figure di lavoratori, dai più classici lavoratori a tempo parziale o a termine, ai lavoratori impiegati dalle agenzie di fornitura di manodopera, ai dipendenti delle imprese appaltatrici nonché i lavoratori autonomi cui vengono commissionati opere e servizi). La dinamica *core/periphery* costituisce, nel sistema anglosassone e segnatamente in quello nordamericano, ormai un *topos* della discussione dei modelli organizzativi del personale. Ma la definizione di *contingent worker* prescinde da criteri strutturali – in connessione con la minore rilevanza assunta in quel sistema dalla struttura giuridica rispetto alla dimensione economica – e si rifà piuttosto a criteri funzionali (ad es. legame "debole" con l'impresa, mancanza di stabilità del rapporto etc.) che hanno l'effetto ora di allargare ora di restringere l'ampiezza della platea interessata.

Si può prescindere, in questa sede, dall'entrare nel merito della discussione sopra segnalata circa l'entità del mutamento. Quel che conta ai nostri fini segnalare è che, se il nuovo corso incide sui lavoratori – e questo è il profilo forse più analizzato, creando esso nuovi vincitori e nuovi perdenti con la crescita della differenza tra le diverse fasce di reddito nella società e la disgregazione delle relazioni sindacali nell'impresa –, esso crea problemi anche ai datori di lavoro. Questi possono non essere stati evidenti nell'epoca della ristrutturazione degli '80 e '90: lo sono divenuti molto di più in presenza di mercati del lavoro "alti".

I più importanti sono legati all'esigenza di trattenere i lavoratori - chiave, di mantenere il *commitment* (impegno o dedizione), di sviluppare le professionalità dei lavoratori, specie quelle specifiche per l'organizzazione.

Il professor Gary Becker dell'Università di Chicago ha vinto il premio Nobel in parte per i suoi approfondimenti sulla questione molto pratica del ritorno degli investimenti in formazione. Per i datori di lavoro il problema nasce dal fatto che i lavoratori non sono assetti fissi: essi possono andarsene e portare il loro *skill* (la loro professionalità) con loro. Recenti ricerche sulla formazione del *Bureau of Labor Statics* illustrano la relazione tra *turnover* e *training*: imprese con medi livelli di *turnover* hanno investito in formazione circa il doppio di ore per dipendente rispetto alle imprese con alto livello di *turnover*.

Ebbene, il nuovo corso esacerba questi problemi, creando disincentivi addizionali per i datori di lavoro a fornire formazione. Smantellando le pratiche interne di gestione del personale, esso erode i meccanismi che legano i lavoratori ai datori di lavoro. Incoraggiando i primi a guardare al mercato, il nuovo corso rende più facile per loro andarsene; e questa tendenza rende, per converso, più difficile finanziare persino gli investimenti che si ritengono utili per l'organizzazione.

Rendendo i lavoratori più mobili, il nuovo corso induce i datori o a pagare ai lavoratori formati un salario eguale al loro valore di mercato o a consentire che se ne vadano; ma entrambe le opzioni annullano le possibilità di recuperare gli investimenti in formazione.

Di qui il dilemma in cui si imbatte il sistema americano: l'inclinazione delle imprese a fare formazione diminuisce esattamente quando molti osservatori rilevano che ciò di cui il sistema nel suo complesso ha bisogno è una società più educata e magari una maggiore integrazione scuola-lavoro.

Diverse strade sono state esplorate; ma esse non risolvono il problema fondamentale che è quello della *retention*. La cooperazione tra imprese in questo settore (anche se non impossibile, come, a quanto pare, ha dimostrato l'esperienza) è molto difficile perché la percezione che l' "approvvigionamento" e la ritenzione della manodopera sono esercizi competitivi le ha trattenute dal cercare aiuto presso altre imprese.

Un'altra strada individuata è quella dei contratti di *training*, che vincolano i lavoratori al mantenimento del rapporto per un certo periodo di tempo dopo aver ricevuto la formazione (una specie di contratto a durata minima garantita per il datore di lavoro). Se essi si dimettono prima dello spirare del termine sono tenuti a corrispondere al datore di lavoro una certa somma – prestabilita a titolo di penale – che riflette il valore della formazione.

Questi contratti sono ritenuti generalmente validi e sono comuni nelle imprese *hi-tech*, ma sono stipulati anche in altri settori che richiedono formazioni costose e specializzate: ad esempio in Nissan, che invia alcuni lavoratori per programmi di formazione in Giappone, ma anche presso il dipartimento di polizia di Los Angeles e lo Stato di New York, per i lavoratori del dipartimento dei servizi sociali. Il punto è però che essi, se contribuiscono, dal punto di vista economico, ai piani di formazione delle imprese, non migliorano di per sé la "ritenzione". Quando il lavoratore risolve il contratto, lo fa perché ha trovato un altro posto di lavoro e in pressoché tutti i casi il suo nuovo datore di lavoro pagherà i danni per lui.

E, soprattutto, gli adattamenti che ciascun datore può trovare individualmente non necessariamente funzionano per la società intera: l'opzione di assumere lavoratori attingendo ai propri concorrenti può funzionare per il singolo datore, ma non per l'economia nel suo complesso. Analogamente, l'alternativa di porre l'onere della formazione sui lavoratori sarebbe inadeguata ai bisogni di specializzazione della economia. Sicché potrebbe accadere di trovarsi di fronte ad un paese con una penuria di professionalità specifiche, basate sul lavoro (*work-based skill*), quando la formazione generale e di base è ampia.

Al di là del richiamo alla responsabilità sociale dell'impresa o anche ad una maggiore capacità della scuola di preparare gli studenti ad entrare nella forza-lavoro, è significativo che la conclusione di questa analisi sia che il nuovo tipo di rapporto di lavoro orientato al mercato produce una considerevole domanda di infrastrutture – tutti i mercati necessitano di infrastrutture per operare onestamente ed efficientemente – e al momento solo il governo (e vale a dire lo Stato) è in una posizione tale da dispensare tali infrastrutture, vale a dire valide certificazioni delle competenze, programmi di formazione sostitutivi, protezione per gli espulsi dei processi produttivi ed altri dispositivi su scala nazionale che consentirebbero veramente al nuovo sistema di operare efficientemente.

9. Il modello di *welfare capitalism* v. il modello di *welfare state*.

Se questa è la conclusione del dibattito negli Stati Uniti ne emerge in un certo senso, almeno da un punto di vista astratto, la superiorità del modello europeo.

Ma è esportabile nel nostro contesto questo dibattito e dunque il nuovo diritto del lavoro può e deve farsi carico di affrontare il tema della professionalità da tale angolazione? Non è questo forse il nuovo “punto d’attacco” al tema che stiamo discutendo, di cui, più che le risalenti discussioni sull’art. 2103 c.c., le astratte discussioni sull’oggetto del contratto, la riflessione scientifica dovrebbe occuparsi?

La risposta a mio avviso non può che essere positiva. Nel contesto europeo ed italiano in particolare la dimensione dei cd. *contingent workers*, anche attesa la difficoltà di darne un’univoca definizione, non è facile da stabilire. Da noi semmai è invalsa un’altra categorizzazione, quella di lavoratore “atipico”: e, come si è detto, in questa diversa classificazione emerge la differenza tra i sistemi europei, italiano in particolare, e quello anglosassone, americano in particolare, visualizzando maggiormente la prima - in coerenza con la minor rilevanza della struttura giuridica - la funzione economica, la seconda la struttura giuridica.

I lavoratori “atipici” sono coloro che sono legati all’impresa da un rapporto di lavoro diverso dal rapporto a tempo pieno e indeterminato (i lavoratori a termine, part-time, interinali, ma anche i lavoratori autonomi, con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, cui dovranno aggiungersi, a seguito della legge di riforma del mercato del lavoro, anche i lavoratori in *staff leasing*).

Ebbene, come mostra il rapporto Isfol del 2002, se dal 1993 ad oggi l’occupazione dipendente è aumentata di quasi un punto percentuale e al suo interno il numero dei lavoratori “tipici” è rimasto in media sostanzialmente inalterato, la componente del lavoro atipico mostra un incremento del 7,4%, segno che in questo decennio l’occupazione è cresciuta grazie soprattutto al diffondersi di lavoro flessibile. Considerando solo gli ultimi 5 anni, i lavoratori atipici sono cresciuti di 631 mila unità, passando da una percentuale del 13,2% dei lavoratori dipendenti all’attuale 16,3%. E ciò quando dieci anni fa, l’incidenza del lavoro atipico era pari al 9,1%. Per contro, è più difficile misurare i dati dell’*outsourcing* in Italia.

Quali che siano l’estensione del fenomeno – e soprattutto le previsioni circa il suo incremento in futuro –, nonché il grado di orientamento al mercato del rapporto di lavoro, è evidente che può riprodursi anche da noi lo stesso dilemma americano: potrebbe diminuire l’inclinazione delle imprese a formare proprio quando ciò di cui il sistema nel suo complesso ha più bisogno è una società meglio educata. Ad esempio, il problema della ritenzione si pone da noi non diversamente che nel mercato nordamericano, almeno per le figure con professionalità strategica per le imprese come testimoniano le diverse strategie di cd. fidelizzazione dei dipendenti attraverso la diffusione di clausole di stabilità a favore dell’impresa e patti di non concorrenza.

I fenomeni di cui sopra tuttavia si collocano in un contesto regolamentare diverso, in cui la produzione di capacità professionali è considerata un bene collettivo e la formazione fa parte dei diritti di cittadinanza. Le indicazioni europee, con l’ambizioso obiettivo di fare dell’Europa l’economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, fanno anzi della forma-

zione continua il primo obiettivo della azione comunitaria in materia di lavoro. Dunque quel problema di infrastrutture che consentirebbe anche ai nuovi modelli organizzativi e al nuovo corso di operare efficientemente può ritenersi risolto? La risposta non può dirsi sicura.

Come tutti sanno e nonostante che, attraverso il formale riconoscimento come diritto e il metterla al centro delle politiche per l'occupazione, la formazione continua sia posta sotto l'egida europea, in Europa convivono diversi modelli, alcuni più progrediti e con tradizione, altri meno progrediti.

Il nostro si può definire a metà strada, dopo che il legislatore ha posto, con l'art. 17 della l. n. 196/1997, le premesse per dare effettività alla formazione lungo tutto l'arco della vita del lavoratore e soprattutto dopo la definizione di un sistema di formazione professionale continua avvenuta con la l. n. 53/2000, nonché con l'art. 118 della l. 388/2000, sulla creazione dei fondi paritetici interprofessionali a ciò deputati. Nell'art. 6 della l. n. 53/2000 si fa riferimento per la prima volta ad un "diritto" alla formazione continua che riguarda lavoratori (ed allora può profilarsi quale diritto soggettivo nei confronti del datore di lavoro) e non lavoratori (ed allora esso comporta unicamente che lo Stato, le Regioni, gli enti locali, cui spetta di assicurare "un'offerta formativa articolata sul territorio" e che consenta "percorsi personalizzati, certificati e riconosciuti come crediti formativi in ambito nazionale ed europeo", organizzino tale formazione). La norma svela, come è stato ben detto, l'ambivalenza del diritto alla formazione, in quanto idoneo a fondare una pretesa nei confronti sia dello Stato e degli enti pubblici, sia del datore di lavoro. Un diritto di cittadinanza, dunque, che si arricchisce di posizioni soggettive quando è in corso un rapporto di lavoro, anche se in modo diseguale a seconda delle tipologie contrattuali.

In ogni caso, un conto è l'affermazione di diritti; altra cosa è la loro implementazione. È per questo che il nostro sistema si è definito a mezza strada. L'Italia sconta le carenze ed i ritardi attuativi nelle riforme delle politiche dell'impiego e della formazione professionale – pur tra esperienze diseguali nelle varie parti del territorio nazionale – dovute a ragioni non solo finanziarie ma anche di carattere organizzativo, legate soprattutto al controverso rapporto tra gli attori del sistema di formazione professionale (gli enti formativi, le imprese e le parti sociali), nonché tra i soggetti istituzionalmente preposti alla medesima.

10. Sull'attuale pluridimensionalità del tema della professionalità.

Mi affretto a concludere senza avere la pretesa di ridurre la complessità, ovvero condensare in poche righe la ricchezza degli spunti di riflessione che il tema scelto per questo congresso suggerisce: un tema certo suggestivo, ma dai contorni sfuggenti, come sempre avviene quando si propone l'esame non di un "istituto" giuridico, che ha già un perimetro ben definito, bensì di un problema, che implica l'invenzione dell'area o dell'oggetto di ricerca.

Non mi proverò dunque a sunteggiare ciò che bene o male ho già detto, né a tentare di colmare le inevitabili omissioni. Proverò semmai a riprendere il filo del discorso iniziale circa la necessità di mettere in collegamento le elaborazioni del passato col linguaggio del presente.

Sotto questo profilo, bene ha fatto il Consiglio direttivo a sottoporre all'esame e al dibattito della comunità scientifica, un tema (la professionalità) o, meglio, una connessione (organizzazione del lavoro e professionalità) che, dopo aver toccato il suo apogeo, assumendo anche toni palingenetici, negli anni '70, con l'emanazione dello Statuto dei lavoratori e le vicende dell'inquadramento unico, non è più stato oggetto di riflessione, per così dire, "frontale".

Riconsiderandoli oggi ci si accorge del mutamento e dell'arricchimento delle loro proiezioni, emblematici del mutamento e dell'arricchimento delle proiezioni del diritto del lavoro (che, con una formula felicemente allusiva, si vuole essere più diritto del mercato che del rapporto di lavoro e passare da un orizzonte esclusivamente distributivo ad un orizzonte produttivo).

Resta certamente la proiezione della tutela della professionalità nella sua dimensione garantistica all'interno del rapporto di lavoro. Solo che essa assume un connotato più elastico, in connessione con la perdita di centralità degli inquadramenti o comunque con le nuove configurazioni dei sistemi di classificazione del personale, e dinamico, in connessione con l'emersione di un diritto (nei termini sopra visti) alla formazione professionale continua.

Accanto a questa vi è però un'altra ed emergente configurazione della professionalità, quella delle capacità professionali quale patrimonio del lavoratore spendibile sul mercato del lavoro e che dunque egli può portare con sé quando lascia l'azienda. Del resto, la nostra concezione della dignità dei lavoratori, nonché il loro potere nei confronti dei datori di lavoro, dipendono in misura significativa da tale possibilità. Di qui il paradosso segnalato: quanto più sarebbe necessario che le imprese investissero in risorse umane per lo sviluppo di capacità nuove e più elevate, tanto meno esse appaiono inclini a farlo per l'incertezza della "ritenzione", vale a dire della possibilità di recuperare i costi della formazione in un mercato del lavoro aperto.

Infine, collegata alla precedente, vi è la dimensione della formazione di capacità professionali come produzione di un bene collettivo che, da una parte, va regolata, dall'altra, e soprattutto, va incentivata (ad es. con incentivi fiscali, come suggerito dallo stesso Libro bianco sul mercato del lavoro del 2001). Come, infatti, si finanziano con risorse pubbliche altri processi di innovazione, altrettanto si dovrebbe fare con la formazione continua. Quanto alla regolazione, essa dovrebbe essere rivolta innanzitutto a garantire standard minimi dell'attività formativa. Ma qui entriamo in un'area sismica e complessa già segnalata in chiusura del precedente paragrafo, e comprendente la dialettica interistituzionale tra i soggetti (in particolare lo Stato e le Regioni) preposti alla formazione, che in questa sede occorre accontentarsi di evocare.

La certificazione dei contratti di lavoro*

Luca Nogler

«Soltanto il sapere che esita conta»

(E. Canetti, *Un regno di matite. Appunti 1992-1993*, Adelphi, 1992)

1. La storia di un istituto con una sola struttura e due funzioni.	25
2. La natura giuridica della certificazione della qualificazione del contratto.	29
3. <i>Segue</i> . La qualificazione del contratto non spetta alle parti.	31
4. <i>Segue</i> . Atto amministrativo e sentenza?	32
5. Le critiche all'utilità ed all'efficacia della certificazione della qualificazione del contratto.	34
6. Ridimensionamento delle critiche. I profili di rilevanza dell'istituto.	36
7. Dubbi di costituzionalità.	40
8. I contratti suscettibili di essere certificati: A) le collaborazioni a progetto.	41
9. <i>Segue</i> . B) il contratto di associazione in partecipazione.	43
10. <i>Segue</i> . C) i contratti di lavoro intermittente o ripartito.	45
11. <i>Segue</i> . D) il contratto di lavoro a tempo parziale.	46
12. <i>Segue</i> . Due lacune: co.co.co. senza obbligo di progetto e prestazioni accessorie.	47
13. Le commissioni di certificazione.	47
14. Le procedure di certificazione.	52
15. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione.	54
16. Conciliazione obbligatoria e valutazione giudiziale del comportamento delle parti in sede di certificazione.	56
17. La comparazione con altre esperienze di certificazione: A) la certificazione della natura artigiana dell'impresa.	57

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 8/2003

18. <i>Segue</i> . B) lo <i>Statusfestellungsverfahren</i> dell'ordinamento tedesco.	59
19. La certificazione quale assistenza alla volontà derogatoria del collaboratore a progetto.	61
20. La certificazione quale consulenza nella predisposizione del contratto di lavoro.	65
21. La complessa implementazione della certificazione: un'occasione per razionalizzare l'istituto?	66
22. Riferimenti bibliografici.	69

1. La storia di un istituto con una sola struttura e due funzioni.

La storia della certificazione è stata, dunque, coronata da successo. Nel giro di undici anni e di una manciata di progetti di legge, morto e risorto almeno un paio di volte, il nuovo istituto della certificazione - che il Governo, rettificando il linguaggio parlamentare, riferisce, anzitutto, ai «contratti di lavoro» - è approdato al diritto positivo.

Il resoconto di questa storia deve, anzitutto, chiamare a deporre Antonio Vallebona e l'affiatato duo modenese Marco Biagi e Michele Tiraboschi. L'idea della certificazione è, infatti, salpata in tre scarne ma dense paginette del primo, il quale nel 1992 scrisse:

Invero la maggior parte dei lavoratori permane in una posizione di relativa debolezza quanto meno nel momento dell'accesso all'occupazione, sicché non si può prescindere da un sistema di tutela esterno alla volontà delle parti. Si può, invece, discutere se l'indispensabile protezione degli interessi della parte debole debba continuare ad essere affidata esclusivamente al controllo successivo da parte del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili legali e collettive, con i conseguenti costi in termini di certezza, oppure se sia prospettabile l'introduzione di una qualche forma di controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con eliminazione *ab origine* di ogni dubbio sulla validità delle stesse (...). Il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo – lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 cod. civ. fonte di gravi ed inevitabili incertezze applicative. In questa ipotesi il soggetto terzo dovrebbe fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile circa la rispondenza dell'accordo proposto al tipo legale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi di riferimento predisposti all'uopo in sede collettiva con il corredo di garanzie essenziali. (...) Residuerebbe solo l'eventualità di controversie fondate sull'affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva dal regolamento concordato¹.

Fin dalla sue scaturigini, la certificazione fu, dunque, contrassegnata da una doppia funzione².

Da un lato, essa avrebbe dovuto prefigurare un meccanismo finalizzato alla soluzione dei conflitti d'interessi che emergono in sede di stipulazione del contratto di lavoro individuale. Una funzione che è stata successivamente rafforzata da Biagi secondo il quale a tal fine si sarebbe dovuto accrescere lo spazio regolativo del contratto individuale facendo ricorso alla tecnica dell'inderogabilità solo relativa³. In tal senso, la certificazione avrebbe dovuto essere strumentale all'obiettivo (che richiede, comunque, ben altri interventi) di riequilibrare la distorsione che caratterizza il diritto del lavoro italiano il quale – specie nelle unità produttive con più di quindici dipendenti – registra indubbiamente un eccesso di tutela nel rapporto a fronte di un difetto di protezione sul

¹ Vallebona 1992, 479. Fin da questo primo scritto, e poi anche in Vallebona 1992, 21-22, quest'autore richiama l'art. 2113 c.c. quale mero esempio della funzione assistenziale offerta al lavoratore e non quale disposizione che dovrebbe regolare – non la disposizione di diritti – ma la disposizione degli interessi del lavoratore affidati alla volontà individuale delle parti da un sistema che sostituisce almeno in parte la tecnica della inderogabilità assoluta con quella relativa.

² I due profili vengono nettamente distinti in relazione al modo in cui ne parla il Libro bianco, nell'acuta analisi di Garofalo 2003, 376.

³ Su questa tecnica prescrittiva cfr. da ultimo Novella 2003, 544-546 il quale osserva che «l'adozione di questa tecnica non deve essere giudicata aprioristicamente regressiva».

mercato⁴. Conta, infine, sottolineare che, così intesa, l'attività di certificazione è giuridicamente imputabile alle parti stesse cosicché all'atto finale del procedimento può essere al più attribuito un effetto meramente probatorio del «contenuto» dell'accordo contrattuale⁵.

Dall'altro lato, la certificazione intendeva fin dalla sua origine rappresentare un rimedio, per così dire, preventivo al conflitto sulla qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato che è giuridico per eccellenza. In questa ulteriore prospettiva, la commissione di certificazione avrebbe dovuto cristallizzare la scelta del tipo contrattuale operata dalle parti in sede di stipulazione dell'accordo contrattuale certificandone la qualificazione giuridica. Più precisamente, questa seconda funzione sfociava in un autonomo atto il quale certificava siffatta qualificazione⁶; atto il quale, a differenza di ciò che avviene in relazione alla prima funzione, è senz'altro imputabile al soggetto certificante ed incide, non sul contenuto dell'accordo, ma sulle sue conseguenze giuridiche (v. comunque *infra* § 3).

Quando nel 1997 Biagi concretizzò lo spunto di Vallebona, pur preservando le due funzioni, configurò la struttura dell'istituto interamente a misura della prima e cioè dell'assistenza e della consulenza fornita dalla commissione di certificazione nella predisposizione del contenuto contrattuale⁷. Diamo la parola all'*Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* del 1997:

L'idea (...) è che l'organo amministrativo davanti al quale vengono "certificati" i rapporti di lavoro possa svolgere anche un ruolo di "giudice" di prima istanza nel caso dell'insorgere di una controversia sulla qualificazione *ex post* del rapporto stesso, con relativo potere di "parziale" sbarramento (probatorio, ma non certo sostanziale, né procedurale) alla prosecuzione della controversia davanti al Pretore del lavoro. L'organo amministrativo competente a "certificare" la qualificazione del rapporto di lavoro proposta dalle parti potrebbe essere qualcosa di simile all'attuale "commissione di conciliazione" istituita ex art. 410, comma 3, c.p.c. (...). L'organo amministrativo svolgerà in via preventiva un'attività di consulenza circa la determinazione del contenuto del contratto (...). L'atto che ha ottenuto tale "validazione" in sede amministrativa non potrà essere impugnato dalle parti firmatarie se non in presenza di determinati vizi del consenso: - le parti che sottoscrivono il contratto in questa sede si impegnano, in caso di controversia, ad esperire davanti

⁴ Mengoni 2000, 184; è inoltre d'obbligo il rinvio ad Ichino 1996.

⁵ Sulla distinzione tra «contenuto» ed «effetti» dell'accordo contrattuale cfr. Sacco 1982a, 247 il quale sottolinea che l'argomentazione più ricorrente incentra la distinzione sul fatto che il contenuto dell'accordo attiene al mondo del fatto mentre gli effetti costituiscono una realtà giuridica. In particolare, nell'ipotesi della certificazione la nozione di contenuto dell'accordo contrattuale può essere ulteriormente specificata quale «testo contrattuale» e cioè insieme dei segni semantici che intervengono nella dichiarazione comune delle parti. Se consideriamo, come sostiene sempre Sacco, il «duplice valore della parola contratto, che può significare tanto l'accordo, come realtà del mondo del fatto, quanto il regolamento che ne deriva» (Sacco 1982, 460) emerge immediatamente l'ambiguità dell'espressione «contenuto del contratto» sulla quale circolano effettivamente una pluralità di nozioni che spaziano dal considerare il contenuto un semplice fatto oppure, all'opposto, quale regolamento giuridico del contratto (Rodotà 1969). Comunque sia, una volta chiarita la portata operativa della distinzione discussa nel testo non ci sembra il caso di attardarci nella diatriba terminologica salvo segnalare che optiamo per la scelta di designare con il termine «accordo contrattuale» il contratto inteso come fatto (così Roppo 2001, 19). Quando, invece, sarà privilegiata l'espressione contratto significa che intendiamo porre l'accento sul regolamento contrattuale che il giudice ricava dall'accordo delle parti e che attinente già al criterio di giudizio della controversia.

⁶ La qualificazione riconduce il caso alla fattispecie normativa e quindi fa scattare le relative conseguenze giuridiche. Si sofferma su questi due, peraltro a nostro parere, indissolubili (cfr. Fazzalari 1989, 1262) momenti, Pedrazzoli 1990, 379 ss.

⁷ Cfr. in successione Biagi 1998, 38, 12 ss.; Biagi, Tiraboschi 1999, 571 ss.; Tiraboschi 2003a, 101 ss.

alla stessa commissione una procedura obbligatoria di conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (...); - davanti alla commissione di conciliazione la controversia dovrà essere istruita come se si fosse in presenza di una sorta di Tribunale industriale, con distribuzione del carico probatorio ex art. 2697 c.c. e con poteri informali di assunzione delle prove da parte della commissione stessa (...). A questo punto si possono verificare tre ipotesi: a) il tentativo di conciliazione ha esito positivo, e pertanto il problema viene risolto; b) ove il tentativo di conciliazione fallisca, ciascuna delle parti può, entro un determinato termine, promuovere il deferimento della controversia al collegio arbitrale (...); c) fallisce il tentativo di conciliazione e non si attiva l'arbitrato: in questo caso la parte attrice può iniziare il giudizio davanti al pretore del lavoro. Tuttavia, e qui sta l'elemento "dissuasivo", il comportamento complessivo tenuto dalle parti nella fase di costituzione del rapporto di lavoro e nella successiva fase di conciliazione verrà valutato dal giudice ai sensi degli art. 9, 92 e 96 c.p.c.⁸.

Indicate le linee direttive, si è assistito ad una *escalation* progettuale. Anzitutto, a *Il progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* dello stesso Biagi del 1998, il cui art. 38 tradusse fedelmente in disposizioni normative l'*Ipotesi di lavoro* dell'anno precedente, estendendo, al contempo, il meccanismo alla certificazione dei rapporti di lavoro delle cooperative di produzione e lavoro⁹. La Commissione di certificazione era ancora concepita come unica ed avrebbe dovuto essere incardinata presso la Direzione provinciale per l'impiego ma alla noticina 42 già spuntava il riferimento al possibile ruolo certificativo delle parti sociali in seno agli enti bilaterali. Nel *Progetto* del 1998 la certificazione venne, inoltre, consapevolmente configurata sia quale strumento di assistenza alle parti nella predisposizione del testo contrattuale e nella gestione degli spazi di derogabilità relativa [art. 38, 1° comma, lett. a)], sia quale meccanismo di «registrazione» della volontà qualificatoria delle parti [art. 38, 1° comma, lett. d)].

La certificazione entrò, quindi, in Parlamento su un doppio binario.

In primo luogo, attraverso il disegno di legge governativo S n. 3512, redatto sulla base degli esiti dei lavori della Commissione Zamagni, il cui art. 6 contemplava l'istituto della certificazione del regolamento interno quale meccanismo di prevenzione del contenzioso sulla natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro del socio-lavoratore¹⁰. In questo primo versante, tuttavia, va rilevato che, durante il successivo *iter* parlamentare, fu soppressa la disposizione relativa alla certificazione del regolamento.

In secondo luogo, per il tramite della proposta di legge C. n. 5651, che suole essere evocata con il cognome del primo firmatario l'on. Carlo Smuraglia, approvata dal Senato il 4 febbraio 1999 (S n. 2049), il cui art. 17 delegava il Governo ad emanare disposizioni in materia di certificazione volontaria del contratto di lavoro stipulato tra le parti sebbene al solo fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro. Alla luce di quanto più interessa ai fini del chiarimento e dell'implementazione della disciplina ora adottata dal d. lg. 10 settembre 2003, n.

⁸ Cfr. *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* si può leggere in QDLRI, 1998, 21, 347 ss.

⁹ DRI, 1999, 275 ss. e, per esteso, in Treu 2001, 317 ss. Il progetto del 1998 non fu tradotto in un disegno formale di legge. Maggiori dettagli in Tiraboschi 2003a, 197 ss.

¹⁰ Cfr. Biagi 2001, 276; in appendice a questo volume si può leggere anche il progetto di legge evocato nel testo sul quale cfr. comunque anche Biagi 1998, 12 ss.

276, si deve notare che in ordine al soggetto certificante troviamo confermata la scelta del *Progetto* del 1998, ossia di un organo unico; tuttavia, risulta invertito l'ordine di preferenza che vede, ora, al primo posto l'«organismo bilaterale di settore istituito dai contratti e accordi collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e solo al secondo, ove manchino gli organismi bilaterali, la Direzione provinciale del lavoro pur con la presenza paritetica delle predette organizzazioni sindacali. A questa inversione non corrisponde un altrettanto chiara indicazione della/e funzione/i dell'istituto sebbene s'intuisca la preferenza per un ruolo delle commissioni di certificazione incardinate presso gli enti bilaterali di «mera» consulenza ed assistenza. Comunque sia, questo progetto, come ampiamente noto, non fu poi approvato in via definitiva dalla Camera.

Con l'attuale legislatura, la certificazione «cambia» schieramento politico¹¹ e comincia a marciare con il vento in poppa. Lo preannuncia, nell'ottobre del 2001, il cd. *Libro Bianco sul mercato del lavoro italiano* sottotitolato come «*Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*»¹². La certificazione vi recupera appieno la doppia anima già impressa da Vallebona: essa viene, infatti, prefigurata sia quale meccanismo di assistenza alla volontà individuale espressa al momento della conclusione dell'accordo contrattuale che, contemporaneamente, quale meccanismo «utile a prevenire controversie giudiziali sul piano qualificatorio».

Successivamente, in Parlamento, sembrò prevalere definitivamente l'anima orientata alla fissazione della qualificazione del contratto di lavoro¹³ anche se lo striminzito contenuto della l. n. 30 del 2003 aveva lasciato gli interpreti in trepidante attesa riguardo alla concreta configurazione tecnica della certificazione. Invero, dall'art. 5, della l. n. 30 del 2003 si possono ricavare principi e criteri direttivi fondamentalmente in relazione a tre soli elementi della procedura di certificazione: a) il carattere volontario della stessa; b) l'organo prepostovi; c) il contenuto e l'efficacia. Sulle modalità di organizzazione, così come sulla procedura di certificazione, inclusa la fondamentale questione della violazione della medesima¹⁴, non vengono sostanzialmente forniti i principi per orientare l'operato del legislatore delegato. La stessa dottrina più autorevole non esita a parlare di delega in bianco¹⁵.

Commentando a caldo il disposto normativo, osservammo che «la parsimonia del legislatore più che per calcolo politico si spiega con l'incertezza che circonda l'inquadramento giuridico del

¹¹ Invero, nella proposta di legge sulla *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* (proposta di legge C 3133 in www.camera.it) non si fa riferimento alla certificazione che era, tuttavia, presente in una bozza precedente intitolata *Il lavoro e i lavori* la quale riprendeva sostanzialmente il *Progetto* del 1998. Cfr. infatti *I diritti del lavoro. Principi e indirizzi sui nuovi diritti e le nuove tutele*, in *Italia-nieuropei*, 2002/2, 43; si tratta del documento che raccoglie le riflessioni del gruppo di lavoro coordinato da Giuliano Amato e Tiziano Treu ai fini delle proposte dell'Ulivo sui nuovi diritti del lavoro. La certificazione compare, infine, anche nel ddl S 869 di Montagnino ed altri (Norme di tutela dei lavori «atipici»).

¹² Il *Libro Bianco* sul mercato del lavoro in Italia è reperibile nel sito www.palazzochigi.it

¹³ Ne era convinto anche Tiraboschi 2003b, 123.

¹⁴ De Angelis 2002, 96.

¹⁵ Così Ghera 2002, 531; al quale si sono accodati molti altri autori, v. Nogler 2003, 111; Speciale 2003, I, 279; Nausei 2003, XIX.

nuovo istituto dovuta, *in primis*, alla penuria di studi autenticamente scientifici relativi a quest'inedita procedura di garanzia della trasparenza giuridica dell'operato delle parti»¹⁶. E questo approfondimento risultava tanto più urgente dal momento che dominava la sensazione che fosse comunque arduo indossare alla certificazione costruzioni già fatte. Non a caso, i suggerimenti emersi dal dibattito dottrinale che si è sviluppato dopo l'approvazione della legge delega, anche grazie all'atteggiamento non pre-concetto di taluno degli interlocutori, hanno trovato immediato accoglimento nella trama normativa finale. Se il d. lg. n. 276 del 2003 non fosse stato elaborato solo «nel chiuso degli uffici ministeriali»¹⁷ si sarebbe forse potuto affinare ulteriormente l'istituto che, dal punto di vista tecnico-giuridico, risente, indubbiamente, di un insufficiente approfondimento delle relative e delicate questioni di diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale.

Comunque sia, l'affollato gruppo dei critici dell'idea della volontà assistita¹⁸ ha gioito troppo presto perché la disciplina finale si è assestata ben al di là di quanto prefigurato dallo scarno art. 5 della l. n. 30 del 1993. Con grande meraviglia, gli audaci estensori del d. lg. n. 276 del 2003 hanno inserito – relativamente al solo, benché assai rilevante, ambito del lavoro a progetto – una forma di volontà derogatoria assistita in sede di certificazione. Il riferimento è all'art. 68 ai sensi del quale (la formulazione prescelta somiglia ad una sorta di travestimento verbale: v. *infra* § 19) i diritti derivanti dal capo II del titolo VII del d. lg. n. 276 del 2003 «possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di cui al titolo V° del presente decreto legislativo».

2. La natura giuridica della certificazione della qualificazione del contratto.

Il *fil rouge* della presente analisi consisterà nel distinguere nettamente tra loro le due principali funzioni così assegnate dal d. lg. n. 276 del 2003 al medesimo meccanismo unitariamente denominato quale «certificazione»¹⁹: l'una orientata alla soluzione di un conflitto d'interessi e l'altra al conflitto giuridico.

Consideriamo – anzitutto – la seconda funzione, e cioè quella qualificatoria rimandando l'analisi dell'altra ai §§ 19 e 20. Il faro di qualsiasi commento alla disciplina contenuta nel titolo VIII del d. lg. n. 276 del 2003 non può che essere rappresentato dal modo in cui è stata risolta la complessa questione della natura giuridica dell'istituto.

In ordine a ciò occorre preliminarmente superare quello che si potrebbe chiamare il vizio tecnico-dogmatico d'origine del modello «modenese» il quale prendeva le mosse dall'erroneo presupposto che la certificazione si limita – anche nella parte in cui la stessa fissa la qualificazione del contratto (e, quindi, non solo in quella che documenta le scelte assistite delle parti in ordine alla disciplina derogabile) – ad esercitare un effetto probatorio poiché «registra» la qualificazione prescelta dalle parti in ordine al loro contratto di lavoro. Una premessa dalla quale derivano coerentemente le conseguenze sistematiche che alla certificazione dovrebbe essere attribuita l' idoneità giuridica di influenzare la formazione della presunta prova della stessa volontà qualificatoria

¹⁶ Nogler 2003, p. 111.

¹⁷ «Nel chiuso degli uffici ministeriali si riscrive gran parte del diritto del lavoro» denuncia Tiziano Treu nella seduta del 17 luglio 2003 della Commissione lavoro e previdenza sociale del Senato.

¹⁸ Garofalo 2003, 376.

¹⁹ Non condividiamo, quindi, la scelta di Romeo 2003, 108 ss. di confondere i due piani in un discorso unitario.

delle parti e che la rimozione della certificazione presuppone un «vizio» di quella medesima volontà registrata dalla commissione certificante. Più in generale, si deve osservare che alle due richiamate funzioni ha sempre corrisposto fin dall'origine un'unica struttura inizialmente modellata sulla certificazione quale assistenza alla volontà derogatoria dei contraenti e, quindi, connotata da elementi che si confanno all'una o all'altra funzione senza soddisfare appieno né una né l'altra delle due anime dell'istituto.

Comunque sia, il vizio originario emerge con chiarezza dall'*Ipotesi di lavoro* del 1997 ed è riprodotto *per tabulas* nel *Progetto* del 1998, il cui art. 38, 1° comma, lett. (g) afferma che la certificazione ha valore sul piano probatorio e si dipana intorno all'impugnabilità del contratto certificato solo per vizi del consenso [art. 35, 2° comma, lett. c)].

Le pur scarse disposizioni sulla certificazione contenute nel testo del progetto Smuraglia approvato dal Senato nella scorsa legislatura, ereditarono poi la distorsione percettiva della certificazione come registrazione della volontà qualificatoria che esercita un effetto di «sbarramento probatorio»²⁰. Infatti, nel progetto si legge che il contenuto della certificazione si riferisce, tra le altre, alle «dichiarazioni dei contraenti (...) in relazione alle tipologie contrattuali» [art. 17, 1° comma, lett. c)] e che in caso di successiva controversia sulla qualificazione del contratto l'autorità giudiziaria competente dovrà tener conto anche del comportamento delle parti in sede di certificazione [art. 17, 1° comma, lett. d)].

La storia si rinnova nella successiva ed attuale legislatura, con l'ancor più telegrafico art. 9 del d.d.l. n. 848 che – in barba alle sempre più numerose critiche sull'inutilità del meccanismo – si limitava, per quanto qui importa, a prescrivere che «in caso di controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro posto in essere» dovrà essere prevista la «valutazione da parte della autorità giudiziaria competente anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione» [art. 9, 1° comma, lett. e)]. Basta poi una fugace consultazione del *Libro bianco* dell'ottobre del 1991 per ritrovare immediatamente il riferimento alla certificazione come «validazione anticipata della volontà delle parti». Infine, nella *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. si legge testualmente convenzionali».

Il messaggio subliminale trasmesso da questa (nel frattempo) imponente documentazione, alla quale vanno ovviamente aggiunti gli scritti dei padri dell'istituto²¹, ha, infine, tratto in inganno, non solo buona parte degli stessi oppositori del meccanismo certificatorio²², ma anche l'estensore dell'«emendamento Di Teodoro» che ha veicolato nella l. n. 30 del 2003 la lett. f) del 1° comma dell'art. 5 ai sensi della quale «gli effetti dell'accertamento svolto dall'organo preposto alla certificazione permangano fino al momento in cui sia provata» (!?) «l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione ed il programma attuato».

²⁰ Biagi, Tiraboschi 1999, 588.

²¹ Cfr. da ultimo, in chiave riassuntiva, Tiraboschi 2003b, 118.

²² Cfr. tra i molti Romeo 2003, 110 ma soprattutto Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 87 che si scagliano contro la disposizione che obbliga l'autorità giudiziaria a valutare il «comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione» perché assegnerebbe al giudice il ruolo di «notaio della certificazione».

3. Segue. La qualificazione del contratto non spetta alle parti.

Ora, non dovrebbero esservi molta difficoltà a riconoscere che, alla luce della moderna concezione statalista del diritto, se alle parti spetta instaurare, per così dire, *hic e nunc*, nella sua esistenza unica ed irripetibile, il rapporto contrattuale, la qualificazione giuridica del loro operato è formalmente affidata all'ordinamento, un principio che suole essere evocato con l'adagio latino *iura novit curia*.

Se - come afferma ora testualmente l'art. 78, 2° comma, lett. d) del d. lg. n. 276 del 2003 - l'atto di certificazione mira a fissare gli effetti giuridici «in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione», la costruzione dogmatica dell'istituto dovrebbe prendere le mosse dal postulato che la qualificazione dell'accordo contrattuale non è imputabile alle parti.

Da ciò derivano una decisiva serie di corollari.

La prima conseguenza sistematica è che l'atto di certificazione non accerta uno stato di fatto ma qualifica il rapporto determinando così le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale delle parti. Stando così le cose, non ha senso prospettare la questione dell'efficacia probatoria della certificazione né quella correlata del relativo onere probatorio²³.

In secondo luogo, - e lo si ricava con sufficiente chiarezza dalla stessa lett. e) dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 - la qualificazione del programma negoziale è interamente ascrivibile alla commissione di certificazione²⁴. Improprio sarebbe quindi richiamarsi alle figure dell'arbitraggio o dell'arbitrato libero.

In terzo luogo, il soggetto terzo, quando opera la certificazione, non adotta un atto discrezionale ma, come afferma l'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003, realizza un «accertamento» e ciò nel senso «che la certificata rilevanza giuridica del programma negoziale prescelto dalle parti prescinde dall'apprezzamento svolto dall'organo di certificazione. Almeno formalmente, la rilevanza stessa non è, insomma, stabilita dall'organo ma discende direttamente dalle disposizioni normative che devono essere poste alla base della qualificazione del programma stesso sebbene essa presupponga sempre un giudizio che consiste nel leggere quest'ultimo *sub specie iuris*»²⁵.

La lettura fin qui privilegiata è confermata dagli art. 75 ss. d. lg. n. 276 del 2003 che in più punti

²³ Cfr., invece, Biagi, Tiraboschi 1999, 587; Tiraboschi 2003b, 118 ss.

²⁴ «Di conseguenza, la qualificazione certificata non può essere considerata una parte integrante del negozio privato che instaura il rapporto di lavoro e non si risolve in un meccanismo che tende semplicemente ad assistere le parti nel formulare, con maggior cognizione di causa, il *nomen iuris* del loro accordo contrattuale. Per questa ragione, è pure da escludersi la qualificazione della certificazione, non solo quale arbitraggio, ma anche come arbitrato libero che l'orientamento largamente maggioritario ricostruisce notoriamente quale negozio per *relationem*» (Nogler 2003, 120). A quest'ultimo proposito, va osservato come la figura del negozio per *relationem* - quale criterio strutturale su cui far riposare, in linea generale, la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato libero - sembra permanere, nella nostra giurisprudenza, anche dopo la "svolta" della S.C. sulla natura dell'arbitrato rituale al quale, a partire dalla celebre sentenza Cass. s.u. 3 agosto 2000, n. 527 (RDP, 2001, 259), la Cassazione ascrive sempre e soltanto una natura negoziale (v. *amplius* Consolo, Marinelli 2003). Infatti il criterio della *relatio* - quale momento ricostruttivo qualificante il fenomeno arbitrale irri- tuale o libero rispetto a quello rituale e codicistico - è espressamente riproposto da Cass. s.u. 22 luglio 2002, n. 10723 (ord.), CG, 2003, 630 s., la quale pur propende per la natura negoziale (anche) del lodo rituale e, così, per la perfetta «unitarietà» del fenomeno arbitrale nell'ordinamento italiano.

²⁵ Il passo è nuovamente ripreso da Nogler 2003, 120. Sulla relazione tra forma e motivazione della decisione qualificatoria cfr. Nogler 2002.

attribuiscono alla commissione certificante il potere qualificatorio benché occorra riconoscere che nel testo dello stesso d. lg. sopravvivono una serie di refusi dettati dall'impostazione criticata ai quali è, peraltro, possibile assegnare un diverso significato, coerente con la doppia anima che contraddistingue la certificazione (v. *infra*, in particolare, § 15). Se si perseverasse nell'impostazione criticata si rischierebbe veramente di incorrere, come ha commentato Gianni Garofalo, in un «marchiano errore di tecnica giuridica»²⁶. Né potrebbe sostenersi che lo spostamento del potere qualificatorio in capo alle parti del contratto sia, non solo erroneamente presupposto dai costruttori dell'impianto certificatorio, ma *de iure* perseguito dal legislatore. L'evidente incostituzionalità di una scelta legislativa siffatta che spoglierebbe la magistratura della funzione qualificatoria assegnata di contro alle parti, obbliga l'interprete a scartare la soluzione (giusnaturalistica) proposta.

4. *Segue. Atto amministrativo e sentenza?*

Rettificato l'angolo di visuale dogmatica dell'istituto si può ora finalmente sviscerare la questione della natura giuridica dell'atto certificante il quale contiene la fissazione degli effetti giuridici dell'operato delle parti.

In primo luogo, anche quando la certificazione viene operata da un organismo pubblico, si deve escludere che essa individui un accertamento giurisdizionale (o, comunque, un giudizio suscettibile di assumere la particolare forza giuridica di quest'ultimo)²⁷. Anche tralasciando i criteri formali²⁸, dalla formulazione degli art. 79 e 80, 2° comma, del d. lg. n. 276 del 2003 emerge chiaramente che l'atto di certificazione non è suscettibile di produrre una situazione d'incontrovertibilità (cosa giudicata materiale). Il legislatore contempla, infatti, esplicitamente l'eventualità di una successiva «controversia sull'esatta qualificazione del rapporto posto in essere» nonché il fatto che l'accertamento giurisdizionale ha effetto fin dalla conclusione dell'accordo.

Vi è da chiedersi se l'eventuale prospettabilità dinnanzi al *certifier* di istanze volte a certificare *postea* la qualificazione giuridica dell'effettiva volontà delle parti quale emerge in relazione al modo in cui si è svolto il rapporto, obblighi a mutare i termini del ragionamento. In realtà, anche in quest'ipotesi – che sarà oggetto di analisi *infra* § 6 - rimarrebbe, comunque, fermo che l'atto di certificazione è privo dell'attitudine a divenire incontrovertibile. Si potrebbe, piuttosto, essere indotti a prendere in considerazione una qualificazione dell'attività di certificazione come di natura arbitrale²⁹ anche perché il carattere volontario della stessa sarebbe coerente con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale il quale, come noto, esclude la possibilità dell'arbitrato obbligatorio³⁰. Tuttavia, è agevole rilevare che il nostro ordinamento regola in modo dettagliato

²⁶ Così Garofalo 2003, 379.

²⁷ Sull'inesausto dibattito che, nella dottrina processualcivilistica, caratterizza il tema dell'accertamento (giurisdizionale e privato), v., da ultimo, la densa indagine monografica di Fornaciari 2002, *passim*, spec. 308 s., ove ampi riferimenti anche alla dottrina tedesca.

²⁸ All'art. 102 Cost. si richiama anche Garofalo 2003, 378.

²⁹ Così anche Garofalo 2003, 378 che però esclude la prospettabilità dei casi ipotizzati da ultimo nel testo.

³⁰ Cfr. Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, MGL, 1992, 4 nonché da ultimo, Cass. s. u. 14 novembre 2002, n. 16044, NGL, 2003, 133 la quale specifica che non rileva «il fatto che la facoltatività non sia prevista, atteso che, avuto riguardo al precetto di cui all'art. 24 Cost.,

l'istituto dell'arbitrato irrituale contemplando un'apposita competenza regolativa da parte dei contratti o accordi nazionali del lavoro (art. 412 *ter* c.p.c.). Una deroga a questa disciplina-base avrebbe richiesto una previsione derogatoria espressa e pertanto, l'atto certificante non è comunque qualificabile quale lodo arbitrale³¹.

Quanto alla natura giuridica, non resta, in conclusione, che considerare la certificazione (sempre quale atto amministrativo³². In particolare, l'attività della commissione di certificazione deve essere, anzitutto, inquadrata quale *certazione* poiché la stessa crea una certezza che viene poi esternata nel certificato³³. Si tratta, più precisamente, di un'ipotesi in cui l'attività di certazione non viene svolta in un momento autonomo e antecedente rispetto alla certificazione, bensì è strettamente legata a quest'ultima, analogamente a quanto avviene ad esempio per i certificati medici. A tal proposito la dottrina parla di certificazione impropria poiché non siamo in presenza dell'esternazione di dati già rappresentati in albi o elenchi etc. La conseguenza è che potranno essere create copie del certificato relativo alla qualificazione del contratto, ma non essere rilasciati nuovi certificati.

Comunque sia, alla stessa stregua di qualsiasi altra certificazione amministrativa, anche nell'ipotesi qui considerata l'atto finale del procedimento possiede la forza giuridica della certezza pubblica e deve, quindi, essere assunto da tutti come conforme all'ordinamento. In tal modo, preclude la possibilità - per chiunque vi abbia interesse e, in special modo, per gli enti previdenziali - di rimettere giuridicamente in discussione, salvo che con «ricorso in giudizio», la qualificazione dell'accordo contrattuale³⁴. A ciò, si aggiunge la particolarità che neppure i fatti nuovi che emergono dallo svolgimento del rapporto sono in grado di intaccare la forza giuridica della certificazione a meno che essi non siano fatti valere in via giurisdizionale³⁵.

Questo effetto permane, ai sensi dell'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003, fino al momento in cui siano stati accertati con «sentenza di merito» o l'erronea qualificazione (certificazione) del programma negoziale o la difformità tra quest'ultimo e quello successivamente attuato dalle parti. Si è, quindi, correttamente optato per la soluzione secondo cui la certificazione possiede piena forza legale fino al diverso accertamento *giudiziale* anche se non ci si è spinti, come pure sarebbe stato legittimo fare³⁶, fino al punto di richiedere una sentenza passata in giudicato³⁷.

L'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003 fa «salvi i provvedimenti cautelari». Con eccessiva severità si è

alla (...) normativa sul processo del lavoro e all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848), essa facoltativamente deve intendersi automaticamente inserita nelle clausole compromissorie relative alle controversie di lavoro».

³¹ Così anche Speciale 2003, 284.

³² Una soluzione sostenuta per primo da Ghera 2002, 533; quindi, Nogler 2003, 121; Speciale 2003, 282; Rausei 2003, XVIII.

³³ Sull'attività di certazione cfr. Arena 2001, 45 ss.

³⁴ Sul punto cfr. Giacchetti 1988, 2.

³⁵ Sui dubbi di costituzionalità che solleva questa particolarità cfr. *infra* § 7.

³⁶ Nogler 2003, 116.

³⁷ Qualche interrogativo di conformità al rammentato principio indicato dalla legge delega insorge semmai per il fatto che l'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003 fa venir meno la descritta efficacia della certificazione in corrispondenza all'accoglimento di uno qualsiasi dei ricorsi «esperibili ai sensi dell'art. 80» e, quindi non solo a quelli per erronea qualificazione del contratto o difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, ma anche al ricorso per vizi del consenso. Sul particolare potere che viene in tal modo riconosciuto al giudice civile, v. *infra* § 15.

osservato che in tal modo si pone «nel nulla uno dei pochi vantaggi che sembravano poter derivare dal procedimento in esame»³⁸ non considerando che la certificazione è finalizzata a prevenire, soprattutto, il contenzioso previdenziale raramente caratterizzato da richieste di provvedimenti cautelari.

5. Le critiche all'utilità ed all'efficacia della certificazione della qualificazione del contratto.

È indubbio che fin dall'origine c'è stato un gusto innegabilmente smaccato a sottolineare i presunti punti deboli del nuovo istituto di cui sono state a più riprese sottolineate le scarse potenzialità deflative dovute alla sua estrema fragilità (non solo giuridica).

In primo luogo, l'idea della certificazione sconterebbe un errore di valutazione circa le ragioni dell'imponente contenzioso qualificatorio. In tempi non sospetti, in cui la proposta di Vallebona non aveva ancora suscitato significative attenzioni, chi scrive commentò senza mezzi termini che il ragionamento proposto – come è evidente proprio nel passo riportato all'inizio del nostro saggio – si prestava ad essere criticato con l'adagio latino *in cauda venenum*³⁹. Infatti, la grandissima maggioranza delle controversie qualificatorie sono costituite proprio da quelle *ex post*, non coperte dal meccanismo certificante così come configurato da Vallebona stesso, incentrate sull'«affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva dal regolamento concordato».

Coerentemente, nel commentare l'art. 5 della l. n. 30 del 2003, abbiamo immediatamente ribadito che «la limitata incisività dell'istituto sulla (notoriamente enorme) *litigation* in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro, può essere considerata «geneticamente» iscritta nel suo dna, giacché la certificazione consente, in ogni modo, «solo» una valutazione *ex ante* rispetto al decisivo momento della realizzazione del rapporto di lavoro, mentre la ragion d'essere della maggior parte delle controversie «qualificatorie» risiede nella discrasia tra il contenuto contrattuale e la successiva fase d'attuazione del rapporto»⁴⁰. In effetti, la lett. e) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 pur affermando, da un lato, la «piena forza legale del contratto certificato», dall'altro nega la possibilità di ricorso in giudizio se non in caso d'erronea qualificazione del programma negoziale da parte dell'organo preposto alla certificazione e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e quello negoziale. E nonostante l'artificio linguistico («se non in caso di»)⁴¹ balza subito agli occhi che se l'effetto «certezza» fosse circoscritto a quanto previsto dalla lett. e), la certificazione non potrebbe offrire un contributo decisivo al raggiungimento del nobile obiettivo della riduzione del contenzioso (in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro)⁴². Infatti, è opinione comune che l'*imprimatur* che il contratto di lavoro riceve dal *certifier* non deve indurre a rivedere il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, se sulla base della valutazione delle prove prodotte dalle parti oppure degli esiti dell'istruttoria

³⁸ Toffoletto 2003b, 15.

³⁹ Cfr. Nogler 1997, 320. Questo rilievo è stato poi ribadito in decine di altri pezzi (da ultimo, con forza da Speciale 2003, 299; in precedenza v. Pera 1998, 379; Magnani 1998, 315; Pelaggi 1999, 140) benché fosse «ampiamente noto anche agli estensori delle proposte» regolative (come rivendicano, giustamente, Biagi, Tiraboschi 1999, 587).

⁴⁰ Nogler 2003, 113.

⁴¹ «Roboante affermazione» ironizzano, Castelvetti, Scarpelli 2003, 96.

⁴² Così in Nogler 2003, 113; di norma «svuotata» di ogni conseguenza preclusiva parla anche Garofalo 2003, 379.

condotta dal giudice, emerge un contrasto tra come il rapporto di lavoro si è concretamente svolto e quanto, invece, era stato «progettato» (anche, se con l'assistenza ed il «timbro» dell'organo di certificazione) nel testo contrattuale, allora, in virtù del principio dell'effettività, prevale la qualificazione incentrata sul rapporto⁴³. Come noto, la stessa Corte costituzionale afferma che «allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni concordate dalle parti e con il *nomen iuris* da loro prescelto - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile» e che, pertanto, un'eventuale norma legislativa che impedisse la riqualificazione giudiziale del contratto sarebbe costituzionalmente illegittima⁴⁴. E per coerenza il medesimo esito interpretativo è, a maggior ragione, imposto se l'effetto impeditivo fosse ricollegato ad un atto amministrativo⁴⁵.

In secondo luogo, dal punto di vista tecnico-giuridico, non rappresentando (come abbiamo visto *retro* § 4) una forma di giurisdizione, la certificazione non può «produrre» una decisione incontrovertibile. Pertanto, se l'inizio degli effetti della riqualificazione giudiziale del contratto fosse stato posticipato ad un momento successivo – taluno suggeriva la data del deposito della sentenza che contiene l'accertamento della rammentata difformità – si sarebbe incorsi in un'evidente ipotesi d'incostituzionalità poiché l'atto di certificazione sarebbe stato in grado di disporre di tipo contrattuale. Addirittura, sarebbe stato prospettabile un contrasto con l'art. 102 Cost. secondo cui la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario⁴⁶.

In aderenza a queste premesse, l'art. 80 del d. lg. n. 276 del 2003, ponendo fine a critiche spesso tecnicamente mal poste⁴⁷, esclude che – anche «solo» per il lasso di tempo intercorrente tra la certificazione e la successiva riqualificazione giudiziale⁴⁸ - l'accertamento certificato sia idoneo a divenire incontrovertibile. Infatti, «l'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetti fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale»⁴⁹ e ciò vale anche per l'obbligo di corrispondere i contributi previdenziali ed i premi assicurativi. Di contro, appare

⁴³ Cass. 22 aprile 2002, n. 5840, FI, 2003, I, 2463; Cass. 26 marzo 2002, n. 4338, RGL, II, 2002, 718; Cass. 8 gennaio 2001, n. 151, IP, 2001, 335; Cass. 15 gennaio 2001, n. 477, IP, 2001, 558 che si dilunga nell'argomentare la regola.

⁴⁴ Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115, RIDL, 1995, II, 234-235.

⁴⁵ Considerato il forte radicamento di questi orientamenti e la dinamica reale del contenzioso, risulta sostanzialmente infondato il timore che la certificazione rappresenti un «disincentivo psicologico e materiale all'azione in giudizio» (Castelvetri, Scarpelli, 96; Cannella 2003, 33) della cui possibilità la maggior parte dei lavoratori verrà a conoscenza proprio in sede di certificazione. Queste opinioni, pur provenendo per lo più da autorevoli protagonisti del contenzioso, rischiano di sottovalutare le reali dinamiche della *litigation*. Fermo restando che il contenzioso relativo alle maestranze più precarie è quasi interamente frutto dell'iniziativa dell'Inps oppure delle organizzazioni sindacali, e cioè di soggetti che non subiscono certo i timori ora evocati, anche nelle restanti ipotesi l'atteggiamento del lavoratore è comunque filtrato dal suggerimento del professionista che lo assiste il quale non dovrebbe avere difficoltà a riconoscere la limitata efficacia giuridica della certificazione.

⁴⁶ Nogler 2003, 116; così anche Garofalo 2003, 380 e De Angelis 2003, 320.

⁴⁷ Cfr. Garofalo 2003, 380 il quale chiarisce l'improprietà in cui è incorso chi (v. ad esempio, tra i molti Cannella 2003, 34) si è interrogato sull'efficacia *ex tunc* o *ex nunc* della qualificazione certificata.

⁴⁸ Soluzione prospettata da vari autori richiamati criticamente da De Angelis, 2003, 319 nota 17.

⁴⁹ Nogler 2003, 116; concorda, con più ampia argomentazione, Garofalo 2003, 380 che però non accenna all'ulteriore distinguo accolto dal legislatore.

ragionevole ritenere che, in base al principio dell'affidamento⁵⁰ e limitatamente all'ipotesi dell'erronea qualificazione da parte dell'ente certificante, siano da escludersi le sanzioni penali e amministrative connesse all'evasione contributiva oppure al mancato o ritardato versamento dei contributi sociali o delle imposte⁵¹. Peraltro, l'attuale sistema sanzionatorio è incentrato su una serie di sanzioni civili che garantiscono somme aggiuntive a titolo di risarcimento del danno. In relazione a queste somme, si deve ritenere il principio dell'affidamento soccombe dinanzi a quello della tutela del lavoratore fatta salva la necessità di accertare la sussistenza dei presupposti di legge (ad esempio, il dolo specifico in relazione all'evasione contributiva) e la possibilità di chiedere la riduzione del risarcimento (ad esempio, in caso di grave incertezza giurisprudenziale).

Il principio viene ribadito in ordine all'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato, pur accogliendosi sul punto la precisazione dottrinale⁵² che gli effetti della riqualificazione giudiziale possano operare anche successivamente alla conclusione del contratto «a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità». Questa eventualità si riferisce all'ipotesi della novazione per la cui sussistenza la giurisprudenza richiede, oltre alla volontà univoca delle parti di mutare il regime giuridico del rapporto, anche la presenza di un effettivo mutamento delle modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative⁵³.

A ben vedere, questo *low profile* giuridico dell'istituto svuota di rilevanza l'interrogativo se l'intento dei fautori della certificazione fosse quello, oltre che di deflazionare il contenzioso, anche di limitare il potere qualificatorio istituzionalmente riconosciuto all'autorità giudiziaria⁵⁴. C'è del vero in questa tesi. Basti pensare ai *desiderata* della *lobby* - in rapida ascesa nel corso della presente legislatura - dei consulenti del lavoro⁵⁵. Lo stesso ragionamento di Vallebona sembra orientarsi in tale direzione e pertanto è da attendersi che l'autore non tarderà a manifestare la sua irritazione nei confronti della configurazione finale dell'istituto. Ma è diventato perfino noioso leggere rapide bocciature dell'elaborazione biagiana che fin dall'*ipotesi* del 1997 richiamava il fondamentale orientamento della Corte costituzionale.

6. Ridimensionamento delle critiche. I profili di rilevanza dell'istituto.

Via via che è stata affinata e sedimentata l'esatta struttura tecnica dell'istituto, anche grazie all'atteggiamento più costruttivo di una parte della dottrina, la certificazione ha suscitato una crescente attenzione. La sensazione è che da mero oggetto di diletto dottrinale, la certificazione sia ora almeno assunta alla dignità propria di un istituto meritevole d'analisi scientifica.

⁵⁰ Merusi 1970.

⁵¹ Resta, salva, invece, la possibilità, peraltro remota, di agire nei confronti dei certificatori per illecito extracontrattuale (cfr. Ghera, 534 purtroppo non si è seguito il consiglio di questo autore di prevedere una forma di vigilanza da parte della p.a. dei soggetti che certificano). Sul punto v. anche *infra* § 21.

⁵² Nogler 2003, 116.

⁵³ Cfr. da ultimo, Cass. 20 maggio 2002, n. 7310, FI, 2003, I, 1148.

⁵⁴ V. tra i più autorevoli, Ferraro 2002, 447.

⁵⁵ Emblematico al riguardo il modo di ragionare che emerge dallo scritto di Travers 2002, 32 ss. in cui l'opportunità di introdurre la certificazione viene giustificata con il rilievo che la subordinazione rappresenta «uno stato d'animo, un modo di essere psicologico che può solo derivare dalla volontà delle parti».

Ben inteso, non si registrano molti consensi – ed anzi il diffuso scetticismo è vigorosamente alimentato dalle molte criticità che emergono dall'assetto finale prescelto dal legislatore – ma intanto i fautori del nuovo meccanismo hanno già incassato il riconoscimento, operato dal *leader* dell'opposizione sui temi del lavoro, che «le procedure di certificazione possono rilevarsi utili»⁵⁶. Ed, invero, la portata di entrambe le debolezze della certificazione segnalate nel precedente paragrafo deve essere, almeno parzialmente, ridimensionata.

In relazione alla prima debolezza della certificazione, che è legata al fatto che interviene *ex ante* rispetto al decisivo momento dell'attuazione del rapporto, occorre, anzitutto, rilevare che la qualificazione incentrata sul testo dell'accordo contrattuale assume, comunque, secondo la giurisprudenza costante della Cassazione, rilevanza decisiva qualora «la qualificazione del rapporto si rilevi di difficile e non sicuro apprezzamento»⁵⁷. La cosiddetta «rivalutazione della volontà delle parti», infatti, significa, dal punto di vista operativo, che, in assenza di un quadro istruttorio sufficientemente sicuro su come il rapporto sia stato effettivamente svolto⁵⁸, il giudice può decidere in base al solo testo dell'accordo contrattuale firmato dalle parti al momento della costituzione del loro rapporto di lavoro⁵⁹. Ciò che rileva non è l'auto-qualificazione che le parti hanno attribuito al contratto (cosiddetto *nomen juris*), ma la qualificazione che emerge dal contenuto di quest'ultimo, dall'insieme delle clausole che lo compongono, e cioè esattamente l'oggetto della certificazione. E da questo punto di vista, l'istituto in questione potrebbe rilevarsi utile in relazione alle incertezze interpretative relative al dato giuridico di riferimento⁶⁰.

In secondo luogo, occorre osservare che non sussistono validi motivi per escludere che la certificazione possa adattarsi anche alla soluzione dei conflitti qualificatori incentrati sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e ciò pure nell'ipotesi in cui le parti abbiano fatto precedentemente certificare l'accordo contrattuale inizialmente sottoscritto, ma evidentemente «meramente» simulato⁶¹.

Lo stesso d. lg. n. 276 avrebbe potuto, a ben vedere, perseguire questo obiettivo. Infatti, nell'ipotesi considerata le parti richiedono, come afferma il testo dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, di «qualificare il contratto di lavoro» con l'unica precisazione che non si tratta del documento contrattuale sottoscritto dalle parti, ma del contratto effettivamente instaurato tra le stesse (...). Né nell'ipotesi della certificazione, per così dire, «successiva» si potrebbe fondatamente argomentare che al lavoratore sarebbe successivamente preclusa la possibilità di richiedere la riqualificazione giudiziale del rapporto già realizzato per il fatto che la lett. e) dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 richiama il ricorso in giudizio per la sola difformità tra il contratto certificato ed il compor-

⁵⁶ Così Tiziano Treu secondo quanto risulta dal resoconto della seduta del 17 luglio 2003 della Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato. Cfr. sul punto Treu, 2003, § 6. In generale sugli abusi dello strumento del d. lg. cfr. Di Siervo 2001.

⁵⁷ Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, MGL, 2003, 695 che ribadisce un principio ormai pacifico più o meno da quindici anni.

⁵⁸ Situazione di «ambiguità fattuale», così Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, NGL, 1996, 458.

⁵⁹ Così esplicitamente Cass. 23 aprile 1998, n. 4207, LG, 1998, 946 relativa a prestazioni di consulenza tecnico sportiva rese a favore di una società calcistica professionistica; v. anche Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, RIDL, 1995, II, 480.

⁶⁰ Esempificazioni nei successivi §§ 8-11.

⁶¹ È ovviamente fuori discussione la possibilità di far certificare un eventuale negozio novativo inteso a sostituire *pro futuro* un rapporto di lavoro subordinato con uno, ad esempio, di lavoro a progetto.

tamento successivo alla certificazione stessa. Infatti, il caso considerato ben può rientrare nell'altra ipotesi del ricorso per erronea qualificazione del programma negoziale»⁶².

Nel contesto di una brillante analisi del modo in cui la legge delega disciplina il nuovo istituto, quest'ultima soluzione viene, invero, scartata sulla base di un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, si osserva che «in questo caso l'organo competente non ha effettuato una erronea valutazione della volontà delle parti ma ha semplicemente «preso atto» della concreta dinamica del rapporto contrattuale». In secondo luogo, il ricorso per erronea qualificazione non sarebbe prospettabile dal momento che, nell'ipotesi qui considerata, la certificazione non avrebbe avuto ad oggetto il programma negoziale bensì la concreta dinamica del rapporto già svolto⁶³.

Ma queste contro-argomentazioni non convincono. Il primo rilievo sconta il già segnalato errore dogmatico di ritenere che il giudice registri la («prenda atto» della) qualificazione adottata dalle parti, quando in realtà, per il principio *iura novit curia*, spetta proprio al magistrato inquadrare giuridicamente il comportamento delle parti. Quanto, in secondo luogo, al debole dato letterale del programma negoziale, basti specificare che – nella concezione integralmente contrattuale del rapporto di lavoro attualmente accolta dalla grande maggioranza della dottrina giuslavoristica⁶⁴ (e probabilmente dallo stesso Speciale) – l'analisi del comportamento attuativo delle parti è sempre strumentale alla ricostruzione dell'effettivo programma negoziale delle parti. Con l'unica particolarità che quest'ultimo si manifesta tacitamente attraverso il comportamento concludente (ma pur sempre contrattuale) delle parti e non in virtù di un testo scritto.

Purtroppo però il d. lg. n. 276 del 2003 ha congegnato la certificazione in modo tale da renderla decisamente inadeguata ad accogliere anche i ricorsi incentrati sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro. Quest'ultima eventualità avrebbe, invero, richiesto, sulla scorta del modello tedesco in cui la certificazione *ex post* rappresenta la regola (v. *infra* § 18), la predisposizione di una serie di accorgimenti regolativi ed organizzativi. Ad esempio, si sarebbe dovuto chiarire che si può certificare *postea* solo allorché il rapporto di lavoro non sia già stato oggetto, non solo di un accertamento giurisdizionale, ma neppure di un'ispezione o di un'altra procedura amministrativa gestita dall'Inps o da una diversa autorità pubblica (ad esempio, la Direzione provinciale del lavoro).

In relazione al secondo profilo di debolezza della certificazione cui si è accennato nel paragrafo precedente, legato al fatto che la certificazione non può incidere sul diritto alla tutela giurisdizionale, non è opportuno trascurare completamente che l'efficacia giuridica dell'istituto analizzato opera su altri fronti.

Se è vero che non è concepibile che la certificazione impedisca l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, è anche vero che essa è comunque idonea a vincolare *medio tempore*, oltre che le parti del contratto, i soggetti terzi diversi dall'autorità giudiziaria. Se nel contesto dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, questo effetto veniva sistematicamente argomentato dalla dottrina sulla base della considerazione che senza siffatta opponibilità ai terzi la «forza legale» della certificazione non sarebbe «piena»⁶⁵, l'art. 79 d. lg. n. 276 del 2003 chiarisce ora esplicitamente che gli

⁶² Nogler 2003, 118; aderiscono Tiraboschi 2003b, 124 nt. 10; Toffoletto 2003a, 18.

⁶³ Così Speciale 2003, 292.

⁶⁴ Sia consentito il rinvio a Nogler 2002, *passim*.

⁶⁵ Nogler 2003, 116 ss.; Speciale 2003, 284; Garofalo 2003, 381.

effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione si estendono anche ai terzi.

L'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003 parla semplicemente di «terzi», ma è scontato che l'espressione include le autorità pubbliche, come si ricava, indirettamente, dal dato normativo secondo cui «l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti», non solo civili, ma anche «amministrativi, previdenziali o fiscali» [art. 78, 2° comma, lett. d)] ed esplicitamente dall'art. 78, 2° comma, lett. a), che parla di «autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti». In particolare, è precluso alle autorità pubbliche di «adottare legittimamente atti amministrativi (ad esempio, ordinanze-ingiunzioni oppure provvedimenti di diniego all'iscrizione alla gestione separata Inps per i collaboratori coordinati e continuativi oppure ancora semplici intimazioni a normalizzare la situazione lavorativa), sul presupposto che il singolo rapporto contrattuale preso a riferimento debba essere qualificato in modo differente da quanto stabilito in sede di certificazione» e ciò pur rimanendo fermi «i poteri di accertamento e di vigilanza dell'ente» pubblico⁶⁶.

Volendo completare il discorso dedicato ai possibili profili di rilevanza della certificazione, resta da osservare che non dovrebbe essere frettolosamente sottovalutata l'importanza della forza persuasiva che essa è in grado di esercitare. Siamo, in realtà, in presenza di una sorta di *soft power*. Le soluzioni e motivazioni proposte dalle commissioni di certificazione – se l'istituto sarà adeguatamente implementato (v. *infra* § 21) con l'opportuno coinvolgimento delle autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto e con l'attribuzione alle Università del compito di preconstituire le decisioni-tipo – potrebbero essere idonee a promanare una notevole forza di persuasione che provocherà senz'altro un significativo effetto dissuasivo⁶⁷. I buoni argomenti *forzano* ad una certa conclusione e cioè costringono a credere alla bontà della decisione qualificatoria. Da questo punto di vista appare contraddittorio insistere sull'evidenziata debolezza giuridica dell'istituto e segnalare, al contempo, il pericolo che la certificazione possa rappresentare una sorta di precedente semi-vincolante⁶⁸ o di presunzione «difficilmente vincibile»⁶⁹.

Che dire, infine, del preannunciato effetto soporifero della certificazione che incentiverebbe la «pigrizia dei giudici»⁷⁰? Basta forse osservare che siffatte inclinazioni non hanno bisogno di essere ulteriormente stimolate poiché sono già sufficientemente protette dall'*auctoritas* che viene riconosciuta a chi è istituzionalmente competente ad adottare decisioni giurisdizionali⁷¹.

⁶⁶ Nogler 2003, 117; aderisce Speciale 2003, 284 pur equivocando sulla nostra posizione che non mette in discussione la possibilità per le autorità pubbliche di agire in giudizio anche nell'ipotesi di difformità tra certificazione e comportamento attuativo (ipotesi nella quale, peraltro, appare difficilmente giustificabile, sul piano costituzionale, l'impossibilità per le autorità pubbliche di emettere provvedimenti incentrati sulla diversa qualificazione che emerge dalla dinamica del rapporto; v. *infra* § 7); Tiraboschi 2003b, 127 nt. 27; Garofalo 2003, 381 preclude, invece, gli stessi «poteri amministrativi di accertamento unilaterale della natura giuridica di un determinato rapporto». Incidentalmente, si può infine osservare che rispetto all'atto di certificazione sono da includere tra i terzi vincolati all'atto anche le altre commissioni di certificazione diverse da quella che ha operato la certazione.

⁶⁷ Valutazioni equilibrate, come sempre, in Ghera 2002, 530.

⁶⁸ Così Speciale 2003, 301 animato da un irrefrenabile pessimismo nei confronti del fondamento persuasivo del diritto sul quale sia consentito, proprio in relazione alle controversie qualificatorie, il rinvio a Nogler 2002, 109 ss. spec. 151-152.

⁶⁹ Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 81.

⁷⁰ Così Garofalo 2003, 382 sulla scorta di De Angelis 2002, 98; si associa anche Speciale 2003, 305.

⁷¹ Sul ruolo dell'*auctoritas* e della *veritas* riguardo al fondamento della decisione, sia consentito il rinvio a Nogler 2002, 141 ss.

7. Dubbi di costituzionalità.

Non possono, naturalmente, essere sottaciuti i dubbi di costituzionalità che sono stati espressi in ordine a questo effetto di *stand-by* nei confronti dei poteri pubblici della p.a.

Anzitutto, nell'ipotesi della difformità tra il significato giuridico dell'accordo stesso ed il successivo comportamento attuativo appare effettivamente ingiustificato, dal punto di vista del buon andamento della p.a., impedire all'Inps (o all'autorità finanziaria o alle altre autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto di lavoro) di far uso dei suoi poteri amministrativi giacché quest'ultima fa valere fatti che non furono, né potevano, «fenomenologicamente» esserlo, oggetto della certificazione.

V'è, comunque, chi si spinge oltre nel sospetto di incostituzionalità osservando che occorrerà operare un attento scrutinio di legittimità costituzionale del gruppo di certificatori scelto dal legislatore (v. *infra* § 13) alla luce del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.⁷². In particolare, non s'intravede la ragione giustificativa del fatto che «una qualificazione data dalle parti, solo perché certificata da un terzo che può essere un soggetto privato (l'ente bilaterale) o un soggetto pubblico sì, ma a ciò autorizzato solo perché portatore di competenze (l'Università)» possa incidere così profondamente sulle posizioni giuridiche della p.a.⁷³. Il dubbio sulla tenuta costituzionale della «prevaricazione» dei confronti delle autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto appare tutt'altro che infondato. Non a caso, le altre esperienze in cui opera l'*escamotage* della certificazione vincolante nei confronti dell'ente previdenziale, sono sempre incentrate su decisioni prese da commissioni in cui l'ente dispone almeno di una rappresentanza diretta. È il caso delle commissioni provinciali per l'artigianato (v. *infra* § 17) la cui composizione è sì stabilita dalle leggi regionali, ma con il vincolo (art. 10 della l. n. 443 del 1985) di garantire la rappresentanza dell'Inps, oltre che dell'ufficio provinciale del lavoro. In Germania, si prevede, infine, addirittura che la certificazione sia operata dallo stesso ente previdenziale (v. *infra* § 18).

Il quadro delle «criticità costituzionali» non può dirsi completato se si omette di segnalare il ricorso della Regione Basilicata sulla legittimità costituzionale, tra gli altri, proprio dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003⁷⁴. Si sostiene la tesi secondo cui la certificazione, rappresentando una tipica funzione amministrativa che concerne una materia di competenza regionale, non dovrebbe essere «oggetto di norme statali»⁷⁵. Sennonché, la premessa del ragionamento rappresenta, a ben vedere, una mera *petitio principii* se si considera che la certificazione della qualificazione del contratto interviene quando le parti hanno già concluso l'accordo contrattuale e se si analizzano gli effetti, rispettivamente, di diritto privato e pubblico che la certificazione esercita. Mentre i primi

⁷² Sulla ragionevolezza quale limite alla discrezionalità del legislatore nella scelta della composizione del collegio cfr. Corte cost. 31-5-2001, n. 172 (ord.), Fl, 2001, I, 2409. Sul termine di confronto rappresentato dalle commissioni provinciali per l'artigianato v. *infra* § 17.

⁷³ Garofalo 2003, 381.

⁷⁴ V. *Gazzetta ufficiale*, I^a serie speciale, del 16 luglio 2003, n. 28, 42. L'art. 5 non è, invece, richiamato nel ricorso (per l'illegittimità di svariate altre disposizioni della l. n. 30 del 2003) presentato dalla Regione Emilia-Romagna, v. *Gazzetta ufficiale*, I^a serie speciale, del 16 luglio 2003, n. 28, 40.

⁷⁵ Nel ricorso in oggetto si prospettano, altri due motivi di illegittimità costituzionale: la presunta compressione della possibilità di agire in giudizio operata dalla lett. e) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, peraltro negata dalla dottrina (v. Nogler 2003, 122; ed, in fondo, anche Speciale 2003, 287) e ora dall'art. 80 d. lg. n. 276 del 2003; in secondo luogo, si prospetta l'illegittimità della lett. f), sempre per contrasto con l'art. 24 Cost., ma anche su questo punto occorre segnalare che l'interpretazione presupposta dal ricorso è smentita, come si vedrà più avanti, dalla dottrina nonché dall'art. 80, 2° comma, d. lg. n. 276 del 2003.

sono senz'altro riconducibili alla materia (di competenza esclusiva dello Stato) dell'ordinamento civile [art. 117, 2° comma, lett. l), Cost.], gli effetti di diritto pubblico sono relativi ad altre materie di altrettanto sicura competenza legislativa esclusiva dello Stato (giurisdizione e norme processuali; giustizia amministrativa; sistema tributario e previdenza sociale). Il problema di costituzionalità potrebbe essere piuttosto riproposto in relazione all'altra funzione della certificazione – quella di assistenza-consulenza alle parti – la quale appare senz'altro riconducibile alla fattispecie della «tutela e sicurezza del lavoro».

Ha così fine l'indagine introduttiva dedicata, rispettivamente, all'inquadramento della natura giuridica della certificazione della qualificazione del contratto di lavoro nonché ai possibili profili d'utilità dell'istituto. È ora di passare a considerare i principali caratteri analitici dell'istituto: l'oggetto, i soggetti, la procedura ed i rimedi.

8. I contratti suscettibili di essere certificati: A) le collaborazioni a progetto.

L'oggetto della certificazione viene individuato dall'art. 75, nella qualificazione «dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto (...) nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli art. 2549-2554 del c.c.». L'art. 5 della l. n. 30 del 2003 omette, invero, di circoscrivere analiticamente l'oggetto da certificare indicando solo il principio secondo cui la certificazione interviene «in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro». La formulazione finale, paracadutando la certificazione sulle collaborazioni coordinate, continuative e prevalentemente personali di cui all'art. 409 c.p.c. – che devono ora essere ricondotte al lavoro a progetto o programma – incide effettivamente sul *core* del contenzioso, legato alla classica distinzione tra natura subordinata o autonoma dei rapporti di lavoro. Questa conclusione si giustifica anche per la considerazione che l'oggetto della certificazione è potenzialmente costituito da un numero di rapporti di lavoro molto più ampio di quello corrispondente alla nozione più restrittiva dei collaboratori coordinati e continuativi tenuti ad iscriversi alla gestione speciale dell'Inps⁷⁶ che non include i numerosi lavoratori che fanno uso di mezzi organizzati. Le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c., non essendo caratterizzate da quest'ultima limitazione, includono, invece, e per limitarci solo all'esempio più rilevante, anche i contratti d'opera (continuativi) conclusi dagli artigiani senza dipendenti (e magari, coadiuvati da una o più persone).

Se dal piano delle opportunità passiamo a quello dello *ius conditum*, si rinvergono una serie di opinioni restrittive secondo cui l'espressione contenuta nell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 rappresenterebbe, alternativamente, o «un implicito rinvio alle ipotesi previste nelle altre norme»⁷⁷ oppure, invece, una formula la quale esclude dal novero dei contratti che possono essere fatti oggetto della certificazione quelli in cui non è in discussione la natura subordinata (ad esempio, i contratti di lavoro a tempo parziale)⁷⁸.

Contro queste interpretazioni restrittive⁷⁹, va osservato che risulta improprio circoscrivere

⁷⁶ Costoro sono notoriamente sovrastimati perché vengono presi a riferimento gli iscritti e non i contribuenti effettivi.

⁷⁷ Soluzione ipotizzata, peraltro senza eccessiva convinzione, da Garofalo 2003, 376.

⁷⁸ Cfr. Rausei 2003, XVI.

⁷⁹ Per un'interpretazione non restrittiva si esprime Speziale 2003, 273.

l'espressione, utilizzata nella legge delega, «qualificazione dei rapporti di lavoro» alle sole ipotesi in cui viene in gioco la distinzione tra autonomia e subordinazione poiché essa include senz'altro anche i casi in cui si tratta di delimitare tra loro due fattispecie di lavoro subordinato (ad esempio, il *part time* dal lavoro a tempo pieno).

Si noti, inoltre, che la certificazione è, discutibilmente⁸⁰, limitata – fin dall'art. 5 della l. n. 30 del 1993 - al settore privato, benché in quello pubblico si sia assistito, in questi ultimi anni, ad un utilizzo sempre più sproporzionato delle collaborazioni coordinate e continuative. E l'esclusione è ancora più sorprendente se si considera che il ricorso, da parte della pubblica amministrazione, ai contratti di lavoro che rientrano nella figura giuridica delle co.co.co è stato esplicitamente confermato dal 13° comma dell'art. 34 della legge finanziaria 2003 che, a fronte del blocco delle assunzioni di personale a tempo indeterminato (che sarà confermato nella finanziaria per il 2004), ha consentito, per l'appunto, la stipulazione, oltre che di contratti a termine o con convenzione, di contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 90 per cento della spesa media annua sostenuta per le stesse finalità nel triennio 1999-2001.

Svolte le considerazioni di carattere generale, è ora necessario spostare l'attenzione sui singoli contratti suscettibili di essere certificati per indagare se fin dalla fase della loro stipulazione sia o no prospettabile un'utilità pratica della certificazione stessa a prescindere dal semplice interesse del committente di cautelarsi rispetto al pericolo di vedersi accollati gli obblighi aggiuntivi che scattano nel momento in cui il suo comportamento attuativo non corrisponde più al programma negoziale prefigurato nel documento certificato. L'utilità più immediata della certificazione consiste, indubbiamente, nel contributo tecnico che il *certifier* offre riguardo ai numerosi dubbi giuridici che emergono in sede d'interpretazione dei dati normativi di riferimento.

Di dubbi giuridici è, anzitutto, costellata l'ambiziosa operazione di riconduzione delle collaborazioni coordinate e continuative «a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso» una formula che, alla luce delle ulteriori caratteristiche dei progetti o programmi che vengono elencate dal legislatore, già alimenta interpretazioni estremamente restrittive⁸¹.

Tuttavia, nell'ipotesi del lavoro a progetto la certificazione del contratto è pressoché imposta dallo stesso d. lg. n. 276 del 2003 allorché, utilizzando la sperimentata (v. ult. comma dell'art. 1 della l. n. 1369 del 1960) formula precettiva «si considera», prevede la presunzione assoluta di cui al 1° comma dell'art. 69⁸². Il beneficio di neutralizzare in radice le gravose conseguenze (*alias* l'instaurazione *de iure* di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato) connesse a questa tecnica di *hard law* supera di gran lunga il costo amministrativo della certificazione. D'altronde, basti riflettere sul fatto che questo 1° comma dell'art. 69 del d. lg. n. 276 del 2003 impone *ex lege* una qualificazione giuridica che non deve necessariamente corrispondere alla effettiva volontà negoziale delle parti.

⁸⁰ Le prime critiche risalgono a De Angelis 2002, 98; cfr. anche più in dettaglio, Miscione 2003, 817 il quale ipotizza addirittura la possibilità di prevedere una eccezione al principio del concorso previsto dall'art. 97 Cost.

⁸¹ Cfr. ad esempio Miscione 2003, 818.

⁸² Si consideri, inoltre, che nella rubrica dell'art. 69 si richiama il «divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici». Sorprende la tesi (nonché la giustificazione) di Tiraboschi 2003d, 1 secondo il quale si tratterebbe di una presunzione legale solo relativa perché «neppure al legislatore è concesso di etichettare come nero ciò che in natura è bianco»!

Invero, l'obiettivo di traghettare una parte delle collaborazioni coordinate e continuative entro il perimetro del diritto del lavoro dipendente non è stato perseguito modificando i tradizionali criteri di distinzione tra rapporti di lavoro subordinato ed autonomo. Questi ultimi vengono, al contrario, rafforzati dal d. lg. n. 276 del 2003 laddove si precisa [alla lett. d) dell'art. 62 del d. lg. n. 276 del 2003] che è *il lavoratore che si coordina al committente*; un'opportuna puntualizzazione che libera il dibattito della claudicante teoria secondo la quale il lavoro autonomo coordinato sarebbe caratterizzato da un «potere» di coordinamento che si distingue dal potere di etero-organizzare la prestazione lavorativa solo da un punto di vista quantitativo⁸³. Comunque sia, qui importa sottolineare che con la richiamata presunzione assoluta si rischia l'inclusione nel campo della subordinazione per il sol fatto che al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro non è stato chiaramente individuato uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso e non perché l'accordo contrattuale individui gli elementi dell'art. 2094 c.c.

Se si considera ulteriormente che il diaframma tra il rispettare o no il requisito del progetto o programma può risultare anche molto tenue, non appare esagerato concludere che la certificazione costituirà l'*habitat* pressoché obbligato del contratto a progetto. E ciò accadrà indipendentemente dal fatto che si dia o meno seguito alla preannunciata intenzione di orientare, nelle prescrizioni normative che daranno attuazione all'art. 8 della l. n. 30 del 2003, gli accertamenti ispettivi al controllo delle collaborazioni a progetto non certificate⁸⁴.

9. Segue. B) il contratto di associazione in partecipazione.

Benché l'art. 75 del d. lg. n. 276 del 2003 richiami espressamente il contratto di associazione in partecipazione così come disciplinato nel codice civile (art. 2549-2554), dall'interpretazione complessiva della disposizione, la quale esordisce affermando che la finalità della certificazione consiste nel ridurre il contenzioso in materia di *qualificazione dei contratti* (che anche in base all'art. 5 della l. n. 30 del 2003 non possono che essere) *di lavoro*, non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che sono certificabili solo quei contratti di associazione in partecipazione in cui l'apporto dell'associato consiste in una prestazione di lavoro. Quindi, l'associato può essere anche un'impresa, ma deve essere di dimensioni talmente contenute che la prestazione di lavoro conferita rimanga prevalentemente personale.

In quest'ultimo ambito, il giudizio qualificatorio si concentra tradizionalmente sul modo in cui le parti congegnano il generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeresato. Per restare nell'ambito dell'associazione in partecipazione risulta, infatti, decisivo che esso non si configuri quale più penetrante potere organizzativo (art. 2094 c.c.). Sul punto abbondano i dubbi anche perché tutti quelli che vengono generalmente presentati come indici di subordinazione possono in realtà coesistere con la qualificazione del contratto come autonomo o di associazione in partecipazione. Ad esempio, l'obbligo d'orario⁸⁵ - e cioè l'indice che viene più frequentemente utilizzato dalla giurisprudenza per concludere nel senso della natura subordinata del

⁸³ Così Proia 2002, 106 laddove parla di diversa intensità, ma non natura, della sottoposizione personale all'autorità altrui.

⁸⁴ Tiraboschi 2003b, 125.

⁸⁵ Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, NGL, 2000, 33 relativa ad un supermercato in cui gli associati svolgevano le attività di macellaio, salumiere e cassiere; Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, RGL, 2000, II, 29 relativa ad una pasticceria i cui associati erano addetti alla

rapporto⁸⁶ - potrebbe ben essere correlato all'apertura dell'esercizio commerciale in cui opera l'associato⁸⁷.

A queste tradizionali ragioni del contenzioso, il 2° comma dell'art. 86 del d. lg. n. 276 del 2003 aggiunge – eccedendo probabilmente gli ambiti della delega - nuovi motivi d'incertezza interpretativa. La disposizione contempla, infatti, una sorta di doppia presunzione che opera «in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora». Questa situazione fa scattare *una prima presunzione assoluta* di insussistenza dell'associazione in partecipazione e, contemporaneamente, *una seconda presunzione relativa* in base alla quale «il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo». Il committente può vincere questa seconda presunzione se comprova «con idonee attestazioni o documentazioni, che la presunzione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate» nel d. lg. «ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento».

La partecipazione dell'associato dovrebbe *in primis* consistere nel controllo della gestione economica dell'impresa. Nell'associazione in partecipazione quest'ultima resta in capo all'associante e non è comune alle parti come avviene, invece, nel contratto di società. Il controllo dell'associato si sostanzia nel diritto al rendiconto periodico⁸⁸, ma è d'uso suggerire all'associante di prevedere forme ulteriori di partecipazione (riunioni o assemblee, la messa a disposizione dei libri contabili, etc.).

Molto più problematico è, invece, il requisito delle adeguate erogazioni. L'associato partecipa, infatti, *normalmente* al rischio economico d'impresa, e cioè è esposto alle imprevedibili esigenze di mercato che possono determinare una riduzione dei profitti esponendo il lavoratore «sia alla mancata percezione degli utili, sia alla perdita dell'apporto lavorativo»⁸⁹, un rischio estraneo all'area dell'obbligazione di lavoro subordinato. Il suo guadagno dipende, più precisamente, dagli utili di esercizio che emergono dal conto profitti e perdite. Il guadagno fissato in funzione del fatturato, con «conseguente mancata partecipazione dei medesimi al rischio di non redditività dell'impresa»⁹⁰, viene, infine, considerato tradizionalmente un indice della natura subordinata del rapporto.

vendita, al trasporto ed alla consegna dei prodotti; Trib. Catania 3 luglio 1985, OGL, 1985, 776 relativa all'insegnamento scolastico. Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, RIDL, 2003, I, 26 conferma la sentenza di merito che aveva qualificato come subordinato un rapporto di lavoro (instaurato sulla base di un contratto di associazione in partecipazione) di due lavoratrici di un negozio di abbigliamento per le quali l'orario di lavoro doveva necessariamente corrispondere con quello di apertura del negozio.

⁸⁶ Cfr. Dell'Olio 1998, 707.

⁸⁷ Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, RIDL, 1999, II, 483 relativo ad un esercizio di vendita con compenso determinato in percentuale sugli incassi.

⁸⁸ Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, *cit.*

⁸⁹ Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, *cit.*

⁹⁰ Così Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, RGL, 2000, II, 29; cfr. da ultimo Santoro Passarelli 2003, 414.

Ora, il massiccio ricorso alla figura dell'associazione in partecipazione⁹¹ – che per il committente ha sino ad ora comportato sostanziosi risparmi sul piano della contribuzione previdenziale e una pressoché totale esenzione per quanto riguarda le tutele del lavoratore – è stata resa possibile dalla pratica di garantire al lavoratore un guadagno certo e periodico attraverso l'*escamotage* dell'acconto sugli utili di gestione garantito anche in caso di perdite⁹² salvo il conguaglio finale. Addirittura, la Cassazione ha in qualche occasione avvallato la prassi della partecipazione agli incassi⁹³. Il richiamo operato dall'art. 86, 1° comma del d. lg. n. 276 del 2003 al requisito delle «erogazioni» (che, con evidente richiamo alla giurisprudenza relativa al 1° comma dell'art. 36 Cost., devono essere «adeguate») sembra avvallare la richiamata prassi stabilizzando di fatto l'abnorme ricorso allo strumento delle associazioni in partecipazione. Al raggiungimento di questo obiettivo è, infine, strumentale anche la recente istituzione dell'apposita gestione previdenziale in favore degli associati in partecipazione (art. 43 del d. l. 23 settembre 2003, n. 269⁹⁴) che, analogamente a quanto avvenne per le collaborazioni coordinate e continuative, favorirà il diffondersi di questo particolare contratto che non fu certamente concepito per attività quali quelle del cameriere, del cuoco, del pizzaiolo, della commessa, di chi infila gli anellini nelle spalline dei reggiseni⁹⁵ etc...

10. Segue. C) i contratti di lavoro intermittente o ripartito.

In questa sede dobbiamo rinunciare ad un'accurata analisi della disciplina dei singoli contratti certificabili poiché si tratta più semplicemente di fornire qualche esempio sulla possibile utilità della certificazione al di là delle scontate ipotesi in cui il committente si rivolge alle competenti commissioni per evitare, almeno *medio tempore*, le onerose conseguenze legate alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato a tempo pieno ed indeterminato.

Quest'ultimo interesse riemerge anche in relazione al contratto di lavoro intermittente⁹⁶, caratterizzato da indubbi vantaggi previdenziali, i quali derivano direttamente dal fatto che l'obbligo contributivo sussiste solo in riferimento ai periodi effettivamente lavorati e relativamente all'indennità di disponibilità.

Al contrario, l'individuazione di possibili dubbi interpretativi è, in relazione a questo nuovo contratto di lavoro, sostanzialmente prematura poiché l'art. 34 del d. lg. n. 276 del 2003 rimette la determinazione dei casi in cui è possibile ricorrere ai contratti di lavoro intermittente ai contratti collettivi (stipulati da associazioni dei prestatori e datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale) o, in via provvisoriamente sostitutiva, al Ministero del lavoro. Comunque presumibilmente che queste fonti regolative procederanno sulla base di «clausole generali», che saranno, quindi, inevitabilmente foriere di incertezze sul piano applicativo.

Tutt'altro che chiara è, inoltre, la categoria del lavoro intermittente senza obbligo di rispondere

⁹¹ Seconda una recente stima resa nota dal Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps sarebbe stati attualmente conclusi circa 500.000 situazioni riconducibili al contratto di associazione in partecipazione.

⁹² Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, *cit.*; Cass. 21 giugno 1988, n. 4235, GCM, 1988. È opportuno precisare che la partecipazione dell'associato alle perdite non può mai essere superiore al valore del suo apporto. Si consideri, inoltre, che la partecipazione dell'associato alle perdite è solo eventuale e cioè non costituisce un elemento caratterizzante di questa forma di rapporto di lavoro.

⁹³ Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, *cit.*, *contra* Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, *cit.*, 26.

⁹⁴ In precedenza l'unica forma di assicurazione obbligatoria era costituita dall'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali per gli associati il cui apporto di lavoro consisteva in un'attività manuale.

⁹⁵ Cfr. Cass. 12 gennaio 2000, n. 290, IP, 2001, 585.

⁹⁶ Su questa nuova tipologia contrattuale cfr. Pellicani 2003, 512 ss., peraltro relativo alla legge delega, nonché Mobiglia 2003, 96 ss.

alla chiamata. Troppo semplicistica è la conclusione che si tratterebbe di un rapporto di lavoro autonomo poiché ciò che rileva in sede di qualificazione sono pur sempre le modalità con cui viene svolta la singola attività lavorativa. In realtà, si è più bruscamente indotti a ritenere che nell'ipotesi considerata sia, addirittura, assente lo stesso vincolo giuridico. In altre parole, quando manca la clausola con la quale «il lavoratore si obbliga contrattualmente a rispondere alla chiamata del datore di lavoro» (art. 36, 6° comma), siamo in presenza di un mero accordo tra gentiluomini che ha ad oggetto la generica e non vincolante disponibilità a prendere in considerazione la possibilità di concludere di volta in volta singoli e distinti contratti per ognuna delle prestazioni lavorative richieste. La qualificazione dei singoli contratti di lavoro dipenderà poi, *more solito*, dalla volontà effettiva delle parti.

Certificabili sono poi anche i contratti di lavoro ripartito, i quali, malgrado qualche incertezza nella formulazione del 1° comma dell'art. 41 del d. lg. n. 276 del 2003, hanno senz'altro natura subordinata⁹⁷. Piuttosto, la nuova disciplina ripropone una serie di dubbi che erano già affiorati in relazione alla precedente circ. m. del 7 aprile 1998, n. 43⁹⁸. Considerati i numerosi rinvii alla contrattazione individuale v'è, inoltre, un ampio spazio anche per l'altra funzione della certificazione consistente nell'assistenza e nella consulenza alle parti sulla quale si tornerà *infra* §§ 19 e 20.

11. *Segue*. D) il contratto di lavoro a tempo parziale.

Svariati sono i dubbi che la certificazione potrebbe contribuire a chiarire in relazione al contratto di lavoro a tempo parziale. Nella fase genetica, la certificazione potrebbe, indubbiamente, assumere rilievo per stabilire se le parti abbiano inteso, in relazione alle modalità di orario prescelte, concludere un contratto di lavoro a tempo parziale ovvero a tempo pieno e, quindi, per individuare quale sia la disciplina dell'orario di lavoro applicabile⁹⁹. Sotto questo profilo il problema di qualificazione può, infatti, porsi in relazione al cosiddetto «*part time* lungo», caratterizzato da un orario di lavoro di poco inferiore al tempo pieno (ora fissato nella misura di 40 ore settimanali dal d. lg. n. 66 del 2003). È evidente che un *part time* a 38 ore settimanali potrebbe risultare un vero e proprio *full time* nelle ipotesi in cui la contrattazione collettiva preveda l'obbligo allo svolgimento del lavoro supplementare nella misura di due o più ore alla settimana. I dubbi di qualificazione si accentuano, poi, in tutte le ipotesi in cui l'orario pieno, al quale si deve comparare il *part time*, sia stabilito attraverso il modello dell'orario multiperiodale posto che, in tali casi, non esiste un unico orario settimanale pieno, ma una pluralità di orari pieni che variano di settimana in settimana e che rispettano le 40 ore soltanto come media plurisettimanale. Ebbene, i dubbi di qualificazione suscitati da tali ipotesi possono essere risolti proprio attraverso la certificazione, in forza della quale sarà possibile stabilire se il rapporto di lavoro certificato sia assoggettato alla disciplina dell'orario prevista dal d. lg. n. 66 del 2003, ovvero a quella diversa del d. lg. n. 61 del 2000, tendenzialmente ispirata alla tutela del tempo libero del lavoratore e, quindi, caratterizzata

⁹⁷ Iorio 2003, 90; in relazione alla legge delega cfr. Santoro Passarelli 2003, 396.

⁹⁸ RIDL, 1998, III, 157 ss.; per il passato cfr. Alessi 1995, 128 ss.; Tiraboschi 1998, 1406 ss.; Brignone 1998, 771 ss.

⁹⁹ Infatti, come ben evidenziato da Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, GI, 1993, I, 1, 277 il rapporto di lavoro a tempo parziale «si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione), lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, comma 1°, Cost.) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa». In ciò, dunque, sta la differenza tra i due rapporti di lavoro, che deve informare la disciplina del *part-time* e che ne disegna la specialità, anche dopo le modifiche introdotte dal d. lg. n. 61 del 2000 e dal d. lg. n. 276 del 2003.

da talune rigidità per quanto riguarda la gestione flessibile dell'orario ridotto.

Sempre nella fase genetica del contratto, la certificazione potrà, inoltre, riguardare la tipologia di contratto di lavoro a tempo parziale effettivamente voluto dalle parti (orizzontale, verticale, misto). Anche questa certificazione assume una rilevanza particolare poiché dall'individuazione del sottotipo di *part time* derivano ulteriori conseguenze in tema di flessibilizzazione della prestazione ad orario ridotto. Infatti, in relazione al *part time* orizzontale è ammesso lo svolgimento del lavoro supplementare. Nelle altre due tipologie, invece, l'eventuale prolungamento dell'orario ridotto è qualificato come lavoro straordinario ed è assoggettato alla disciplina prevista per il lavoro straordinario nel contratto di lavoro a tempo pieno, cioè all'art. 5 del d. lg. n. 66 del 2003.

12. Segue. Due lacune: co.co.co. senza obbligo di progetto e prestazioni accessorie.

Restano, infine da considerare, per quanto riguarda la certificazione dei contratti di lavoro, due inadempienze del legislatore delegato giacché la certificazione avrebbe dovuto essere estesa – in virtù dell'art. 4 della l. n. 30 del 2003 – sia alle collaborazioni coordinate e continuative che, in secondo luogo, alle prestazioni di lavoro accessorio. Lacune che non si possono giustificare con il carattere «semplicemente» sperimentale [art. 5, 1° comma, lett. a) l. n. 30 del 2003 e art. 86, 12° comma, d. lg. n. 276 del 2003] che caratterizza l'istituto della certificazione.

Invero, per quanto riguarda le «collaborazioni coordinate e continuative» si deve ritenere che la certificazione sia richiamata dall'art. 4, 1° comma, lett. c) n. 6 della legge delega in relazione a qualsiasi forma e non solo a quella a progetto o programma. Resta, quindi, avvolto dal mistero il motivo per cui la certificazione non sia stata estesa anche a questa fattispecie.

In relazione alle prestazioni accessorie ci si aspettava che il legislatore affrontasse il nodo rappresentato dalla loro qualificazione. Sulla base di questo presupposto si era, quindi, osservato che, dovendo essere l'occasionalità fissata con criteri analitici, sarebbe rimasto ben poco spazio per l'attività qualificatoria della commissione certificante¹⁰⁰. Probabilmente per evitare che i tempi della certificazione fossero più lunghi di quelli del rapporto, non si è comunque dato seguito al principio della legge delega. La lacuna normativa sulla natura giuridica delle prestazioni accessorie è comunque destinata sicuramente ad alimentare il contenzioso¹⁰¹.

13. Le commissioni di certificazione.

Ai sensi della lett. b) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, le commissioni di certificazione avrebbero potuto essere costituite in seno a tre entità: «in enti bilaterali costituiti ad iniziativa d'associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative», ovvero «presso strutture pubbliche aventi competenze in materia, o anche università». L'art. 76 opera una serie di opportune precisazioni, pur ereditando i punti deboli dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003.

Ma procediamo con ordine.

¹⁰⁰ Nogler 2003, 125.

¹⁰¹ Sulla qualificabilità come subordinato del rapporto di lavoro occasionale v. Cass. 10 luglio 1999, n. 7304, GI, 2000, 1171 relativa all'attività del cameriere; in dottrina per un orientamento più restrittivo cfr. Miscione 2003, 816 il quale segnala però il problema qualificatorio delle prestazioni accessorie sul quale cfr. Nogler, Borzaga 2003, 68 ss.

a) Consideriamo, anzitutto, gli enti bilaterali. L'art. 76, 1° comma, lett. a) specifica che le commissioni possono essere istituite presso gli enti bilaterali «costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale». In tal modo si omette di specificare chi è legittimato a costituire gli enti bilaterali in seno ai quali possono essere costituite le commissioni di certificazione. Tuttavia, il punto può dirsi risolto dalla lett. h) del 1° comma dell'art. 2, il quale, dopo aver affermato che gli enti bilaterali sono costituiti ad iniziativa, abbandona il famoso ed ormai tradizionale plurale determinativo (delle), al posto del quale spunta la locuzione «da una o più» associazione dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentativa¹⁰².

Ora, è innegabile – come non si stanca di ripetere Luigi Mariucci - che la disposizione commentata affida agli enti bilaterali una funzione pubblica¹⁰³, giacché la certificazione non è dotata di un'efficacia solo persuasiva o, comunque, non vincolante¹⁰⁴ dal momento che essa, oltre a valere tra le parti, inibisce, come già visto, alle autorità pubbliche interessate di adottare provvedimenti incentrati sul presupposto che il rapporto di lavoro vada qualificato in modo differente da quanto fissato nell'atto certificante.

È opportuno o no affidare agli enti bilaterali siffatta funzione? Sul punto si scontrano due approcci. Quello aprioristico o ideologico che accetta¹⁰⁵ o rifiuta¹⁰⁶ l'attribuzione della funzione senza confrontarsi con l'interrogativo se la composizione o l'assetto del soggetto interessato siano adeguati a svolgere il compito affidato. Da questo approccio si distacca, invece, la visione pragmatica di chi, non escludendo a priori l'eventuale opportunità di investire il soggetto (privato) di funzioni pubbliche, si riserva di valutare caso per caso (o meglio, funzione per funzione) se l'organismo privato considerato sia o no attrezzato a realizzare – meglio della struttura pubblica – il compito devolutogli dalla legge¹⁰⁷.

Se adottiamo questo secondo punto di vista, a noi più congeniale, emergono due profili critici: la concorrenza tra le commissioni costituite in ambito territoriale e quelle istituite a livello nazionale

¹⁰² La questione è stata al centro del dibattito parlamentare da cui è più volte emersa la profezia che l'abbandono del plurale determinativo paralizzerebbe il funzionamento degli e. b. v., ad esempio, l'intervento della senatrice Pisoni alla Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato nella 18ª seduta del 16 luglio 2003 (in www.senato.it).

¹⁰³ V. da ultimo, Mariucci 2003a; *contra*, ma in via di mera petizione di principio, F. Carinci 2003 secondo il quale la certificazione sarebbe perfettamente ricostruibile in chiave privatistica; ma all'assunto non segue poi l'ardua riprova concreta.

¹⁰⁴ Come sostiene sorprendentemente Tiraboschi 2003b, 126; in verità anche Treu nel suo intervento nella seduta del 17 luglio 2003 della Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato (in www.senato.it) sembra argomentare sul presupposto della natura privatistica e quindi «meramente» persuasiva dell'istituto.

¹⁰⁵ È l'impressione che si ricava spesso dalla lettura del *Libro bianco* dell'ottobre del 2001.

¹⁰⁶ Cfr. Scalfari 2002, 1. La supposizione di Speciale 2003, 281 che l'opposizione della Cgil sarebbe concentrata sulla diversa ipotesi di affidare agli e.b. il potere di erogare trattamenti previdenziali o provvidenze economiche, è stata smentita dal comunicato, dal titolo *Il lavoro non è una merce*, che annuncia lo sciopero contro la l. n. 30 del 2003; vi si legge tra l'altro che «con le nuove norme sulla certificazione, all'interno dei nuovi enti bilaterali, potrà essere lo stesso sindacato a rendere più difficile per i lavoratori far rispettare i propri diritti, certificando la tipologia contrattuale e le modalità di svolgimento dell'attività. Certificazione che avrà valore legale anche verso terzi (Inps ecc.). Sarà anche possibile per il lavoratore, decidere "liberamente" (del tipo: "se vuoi un lavoro prima passiamo insieme dall'e.b.") di rinunciare in anticipo ad alcuni suoi diritti (premio di produzione, gratifiche ecc.) e il sindacato "metterà i bollini" su tutto questo». Questa motivazione convalida il ragionamento di Liso 2002, 600 secondo il quale la Cgil non intende mettersi nella situazione di dover prendere decisioni contro il singolo lavoratore.

¹⁰⁷ Così anche Del Punta 2003a, 220 che peraltro Id. 2003b, 257 assume una posizione decisamente meno riformista.

e, soprattutto, l'inadeguatezza tecnica degli enti bilaterali rispetto al compito previsto, che consiste in un'attività di pura applicazione del diritto (v. *retro* § 3).

Sul primo profilo, si deve osservare che, pur essendo chiaro che il silenzio del legislatore delegante lasciava aperta la possibilità di richiamare entrambi i livelli, era forse auspicabile, considerata la competenza legislativa concorrente delle Regioni in tema di assistenza certificata nella conclusione dei contratti di lavoro (v. *retro* § 7), che prevalesse quello territoriale¹⁰⁸.

In relazione al secondo aspetto di criticità, occorre tener presente che, solo in relazione all'ipotesi prevista dall'art. 68 del d. lg. n. 276 del 2003, si tratta di gestire una serie di norme dotate d'inderogabilità relativa e, quindi, di un'attività consona alle caratteristiche degli enti bilaterali. Nelle ipotesi qui considerate (in cui la certificazione è orientata alla qualificazione) si tratta, invece, di svolgere un'attività squisitamente giuridica ovvero di applicare rigorosamente una serie di fattispecie normative garantendo la massima tenuta giuridica ragionevolmente possibile anche in considerazione del fatto che (dobbiamo ripeterci) la certificazione è vincolante per gli stessi enti previdenziali e fiscali (v. *retro* § 6). In realtà, la chiamata in causa degli enti bilaterali è frutto dell'errore di prospettiva dogmatica che si è tentato di mettere in risalto nei primi paragrafi del saggio. Un conto è un conflitto d'interessi la cui soluzione sfocia nel contenuto del contratto. Un altro paio di maniche è un conflitto giuridico che può riguardare questioni, anche assai complesse, di diritto del lavoro, della previdenza sociale o di diritto tributario.

Per ovviare all'inconveniente di consegnare il potere qualificatorio a commissioni che non sono in grado di garantire la padronanza delle necessarie competenze tecniche – un inconveniente che è foriero di certificazioni «al ribasso» - commentando la legge delega avevamo avanzato la proposta di «amalgamare» i riferimenti agli enti bilaterali e all'università operati dalla lett. b) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 e, quindi, contemplare l'istituzione di un *unico* soggetto che desse sufficienti garanzie di adeguatezza, sia in ordine alla rigorosa padronanza della tecnica giuridica, sia in relazione alla necessaria attitudine a percepire i reali interessi sottesi al singolo caso concreto¹⁰⁹. Mentre la prima versione del decreto accolse questa proposta, quella finale ha opportunamente esteso la logica razionalizzante all'intero sistema delle commissioni di certificazione probabilmente per il fatto che la «plethora» di organismi previsti dal legislatore è stata oggetto di critiche crescenti¹¹⁰.

Infine, è stata sollevata la questione della presunta doppia illegittimità, con riferimento, rispettivamente all'art. 39 Cost. e al principio comunitario della libera concorrenza, dell'attribuzione della funzione qualificatoria agli enti bilaterali¹¹¹.

La prima questione, risulta, effettivamente, aggravata dall'art. 77 del d. lg. n. 276 del 2003, il quale prevede che, «nel caso in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione alle commissioni istituite a iniziativa degli enti bilaterali, esse devono rivolgersi alle

¹⁰⁸ Nogler 2003, 112; ponendosi, come nel testo sul piano della funzionalità, Mariucci 2003a, 34 ss. si sofferma più a lungo sul problema del livello al quale vengono costituiti gli enti abilitati ad istituire le commissioni di certificazione.

¹⁰⁹ Nogler 2003, 113. Dubita, un po' ingenerosamente, dell'attitudine delle strutture universitarie a dimostrare «sensibilità nel valutare la situazione specifica nella quale le parti si trovano e gli interessi coinvolti», Speciale 2003, 281.

¹¹⁰ Cfr. Rausei 2003, XXII.

¹¹¹ L'individuazione delle due questioni risale a Mariucci 2003b, 35-36 nonché Id. 2003a; di possibile lesione della (tradizionalmente negletta da una parte della sinistra) libertà sindacale negativa parla anche Scarponi 2003; sull'altra questione v., invece, anche Del Punta 2003a il quale ammonisce di non sottovalutarla dal momento che la certificazione è un'attività economicamente profittevole.

commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro».

La seconda questione è stemperata dal fatto che la disciplina adottata non prefigura assolutamente una situazione di monopolio della funzione certificante da parte degli enti bilaterali. Deve escludersi, inoltre, che la definizione degli enti bilaterali quali «sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso», tra gli altri compiti, anche di quello della certificazione dei contratti di lavoro, sia dotata di valore prescrittivo e sia, quindi, in grado di inibire agli altri soggetti richiamati dall'art. 76 del d. lg. n. 276 del 2003 di istituire commissioni di certificazione quando queste ultime siano già state costituite ad iniziativa dei medesimi enti bilaterali.

b) Si consideri, in secondo luogo, la formula oscura, visto che la certificazione della qualificazione giuridica del contratto di lavoro rappresenta un istituto nuovo, delle «strutture pubbliche aventi competenze in materia» che sembra fatta apposta per alimentare ulteriormente il già vigoroso «sindacalismo istituzionale» che ha caratterizzato i tempi più recenti¹¹². Nella *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. n. 848, e nella versione provvisoria del d. lg. n. 276 del 2003, le «strutture pubbliche aventi competenze in materia» vennero senz'altro identificate con le direzioni provinciali del lavoro¹¹³. Nella versione finale sono spuntate, invece, anche le Province ovviamente «secondo quanto stabilito da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle Politiche sociali entro sessanta giorni dalla entrata in vigore del» d. lg. n. 276 del 2003. La novità è stata veicolata nel testo finale da una delle proposte di emendamento contenute nel *Parere della Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge n. 30/2003* del 3 luglio 2003¹¹⁴; parere fatto proprio dalla Commissione lavoro della Camera¹¹⁵. La Conferenza unificata aveva, a sua volta, sostanzialmente recepito la richiesta espressa con forza¹¹⁶ dall'Unione delle Province d'Italia che nell'art. 76, 1° comma, del d. lg. n. 276 del 2003 fosse inserita anche la lett. d) con la funzione di specificare che sono abilitate ad istituire commissioni di certificazione anche «i servizi per l'impiego delle Province nell'ambito territoriale di riferimento». Nel leggere questo emendamento, sorprende – sia detto per inciso – che esso si riferisca al servizio e non al soggetto che lo esercita e cioè il centro per l'impiego¹¹⁷. Così come è, più in generale, sorprendente che espropri la Provincia del potere di operare le scelte organizzative relative alla certificazione (delegata dallo Stato); ad esempio, del potere di istituire un organismo *ad hoc* che darebbe, tra l'altro, la garanzia di uniformità decisionale (§ 21).

Tornando allo sdoppiamento delle strutture pubbliche abilitate a costituire le commissioni di certificazione, la sensazione è di essere di fronte ad un esempio emblematico del fenomeno che De

¹¹² Fenomeno ben descritto da De Rita 2002, 7.

¹¹³ Si potrebbero avanzare molte riserve sul fatto che la funzione della certificazione sia stata attribuita a soggetti che, al più tardi dall'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione, sono ormai decisamente sovraccarichi di lavoro, cfr. Nogler 2003, 112; Speciale 2003, 281.

¹¹⁴ Si legge nel sito www.governo.it

¹¹⁵ V. il parere favorevole della Commissione e le relative osservazioni nel verbale della seduta del 30 luglio 2003.

¹¹⁶ Vedi anche gli atti e l'ordine del giorno approvato all'Assemblea del Convegno su «Territorio e lavoro. La Provincia come dimensione ottimale per il governo del mercato del lavoro» (Macerata, 10 e 11 luglio 2003).

¹¹⁷ Nella Proposta alternativa di parere dei deputati CORDONI ed altri (si legge nel verbale della seduta della Commissione XI^a della Camera del 30 luglio 2003) si proponeva, invece, di far riferimento ai soli centri per l'impiego con soppressione del riferimento alle direzioni provinciali del lavoro.

Rita ha recentemente descritto, senza mezzi termini, quale «slabbramento del tessuto istituzionale»¹¹⁸. Deve essersene reso conto anche l'estensore del testo finale del d. lg. n. 276 del 2003 poiché, al posto di inserire una nuova lett. d) – la quale avrebbe cristallizzato la presenza di due distinte commissioni in seno, rispettivamente, alla direzione provinciale del lavoro e alle Province –, ha aggiunto queste ultime nella medesima lettera che abilita alla certificazione le direzioni provinciali del lavoro. Ciò consente «di ipotizzare – nel decreto ministeriale di specificazione delle modalità di costituzione delle sedi che operano la certificazione – forme di coordinamento tra soggetti che agiscono sullo stesso territorio provinciale, eventualmente in sedi *ad hoc* in cui potranno essere coinvolti gli istituti di previdenza, le parti sociali, gli ordini provinciali dei consulenti del lavoro, ecc.»¹¹⁹.

Comunque sia, le parti dovranno, a sensi dell'art. 77 del d. lg. n. 276 del 2003, rivolgersi alla commissione «nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore» o, per meglio dire, alla quale il committente dichiara, evidentemente nella istanza di avvio (ecco una «casella» da inserire nel modulo!), di voler adibire il lavoratore.

c) Resta, infine, da considerare l'Università. Sempre il 1° comma, lett. c) ed il 2° comma dell'art. 76 d. lg. n. 276 del 2003 specificano opportunamente: 1) che le commissioni possono essere costituite in seno sia alle Università pubbliche che a quelle private, comprese le Fondazioni; 2) che a tal fine le università «sono tenute a registrarsi presso un apposito albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'istruzione, della Università e della ricerca. Per ottenere la registrazione le Università – che possono operare, in concorrenza tra loro, sull'intero territorio nazionale come si ricava dall'assenza di regole sul conflitto di competenza (v. art. 77 del d. lg. n. 276 del 2003) - sono tenute a inviare, all'atto della registrazione, ed ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali»¹²⁰; 3) che le commissioni possono essere composte, «nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza», esclusivamente di docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 il quale regola l'attività di ricerca e consulenza svolta dai dipartimenti con contratti o convenzioni. Sorprende questo riferimento esclusivo ai docenti di diritto del lavoro considerata la possibilità di far certificare anche gli effetti fiscali del contratto che sono spesso ignoti ai giuslavoristi.

Ora, le Università sono state chiamate in causa da un emendamento presentato dall'on. Campa (Forza Italia) animato dall'intento di avvicinarle alla realtà produttiva del paese¹²¹. Tuttavia, la scelta operata dal Parlamento ha riscosso finora più critiche che consensi. Dal mondo professio-

¹¹⁸ De Rita 2002, 7.

¹¹⁹ Così Tiraboschi 2003c, 34. Sulle speranze della corporazione dei consulenti del lavoro di avere propri rappresentanti in seno alle commissioni cfr. Catalano 2003, 2.

¹²⁰ «Valanghe di carta, spesso ripetitiva e rindondante, che per essere valutata seriamente richiederà una squadra di studiosi sopraffini dedicati a tempo pieno» (Toffoletto 2003b, 18).

¹²¹ Vedi il resoconto della seduta della camera n. 214 del 30 ottobre 2002, in www.camera.it; la scelta di includere le Università è condivisa e difesa da Tiraboschi 2003b, 125-126.

nale è giunto il rilievo che «il numero di docenti spesso non è sufficiente ad assicurare una proficua didattica: pertanto, ben difficilmente si potrà svolgere un'ulteriore attività di assistenza legale. Senza contare, poi, che molti docenti svolgono già un'attività professionale e perciò questo certamente potrebbe porre in essere un consistente conflitto di interessi. Sarebbe, infatti, quanto meno inopportuno, che il contratto redatto da un professore professionista per un cliente possa poi essere certificato dallo stesso soggetto o da un suo collega»¹²². In effetti, quest'ultimo inconveniente dovrà essere risolto dal decr. m. che istituirà l'albo delle Università abilitate all'istituzione delle commissioni.

Ultimate le precisazioni relative ai singoli soggetti abilitati ad istituire le commissioni di certificazioni, e dato conto delle molte perplessità che sono state espresse dagli analisti, pur per ragioni diverse, su ciascuno dei soggetti stessi, si deve ora analizzare l'alternativa lasciata aperta dall'art. 76 del d. lg. n. 276 del 2003. Questa disposizione, da un lato, prefigura potenzialmente una pluralità di possibili commissioni di certificazione (modello concorrenziale); dall'altro, all'ult. comma del medesimo apre la strada all'eventualità che «le commissioni istituite ai sensi dei commi che precedono possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione» (modello cooperativo).

Orbene, è agevole profetizzare il formarsi di un ampio accordo tra gli studiosi sul fatto che, in relazione alla delicata funzione di qualificazione dei contratti, il modello più adeguato sia quello cooperativo. In ordine ai soggetti della certificazione, la struttura dell'istituto laddove s'incentra, anzitutto, su una pluralità di commissioni di certificazione sembra modellata soprattutto sull'attività di assistenza e consulenza alle parti individuali. Ma se a questa pluralità di soggetti fosse effettivamente affidata anche la qualificazione dei contratti, allora si porrà un palese problema di *deficit* di garanzia di competenza tecnica di talune delle commissioni prefigurate dal d. lg. n. 276 del 2003, nonché il pericolo dell'assenza di una reale uniformità decisionale che potrebbe far degenerare il sistema verso certificazioni, per così dire, al ribasso¹²³.

Il discorso relativo ai soggetti sarebbe, infine, monco se non fosse considerata anche l'opinione critica secondo cui il vero filtro deflativo consiste nella previsione che il tentativo obbligatorio (art. 410 c.p.c.) di conciliazione, per così dire, «post-certificazione», deve svolgersi dinnanzi all'organo che ha adottato il provvedimento qualificatorio (v. *infra* § 16). Pertanto, si sostiene che la composizione dell'organo preposto alla certificazione dovrebbe garantire soprattutto il successo di quest'attività di conciliazione: ciò in sorprendente controtendenza rispetto al disfavore manifestato da più parti contro la strategia di rafforzamento del momento conciliativo.

14. Le procedure di certificazione.

La lett. a) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 afferma che la certificazione deve avere carattere «volontario». Ciò è confermato anche dall'art. 75 d. lg. n. 276 del 2003 che qualifica la

¹²² Così Toffoletto 2003b, 18.

¹²³ Torna con insistenza sul punto Rausei 2003, XVIII-XIX il quale propone di istituire sedi di coordinamento; critiche alla competenza concorrente vengono espresse anche da Speziale 2003, 280.

procedura di certificazione come «volontaria», e dal successivo art. 78, 1° comma, il quale afferma che «la procedura di certificazione è volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza comune delle parti del contratto di lavoro».

Nei commenti a questo fondamentale principio, l'accento è stato inizialmente posto su come garantire effettivamente la libertà decisionale del lavoratore¹²⁴. In assenza di altri filtri, su questo punto non si è però andati molto oltre il pallido auspicio che il Governo richiedesse un'assistenza *effettiva* e non la sola presenza (magari passiva) dei componenti dell'organo certificante. E quest'auspicio è stato sostanzialmente soddisfatto dall'art. 81 del d. lg. n. 276 del 2003.

Resta ora da costruire un modello comportamentale che traduca in realtà il disposto normativo. Lo strumento è, invero, già prefigurato e s'identifica con il codice di buone pratiche richiamato dal 2° comma dell'art. 78. I contenuti sono, invece, ancora da scrivere ed, anzi, più radicalmente da ideare tenendo a mente che la libertà di scelta presuppone, anzitutto, il fatto di disporre delle informazioni utili ai fini dell'adozione della propria decisione. Quale assaggio sui possibili *escamotage* si pensi alla proposta di fornire al lavoratore delle schede che riassumano le principali conseguenze giuridiche – privatistiche e pubblicistiche – dei vari contratti che possono essere oggetto della certificazione.

Ma accanto al delicato profilo della volontà del lavoratore, è d'uopo segnalare che, rispetto alla legge delega, è ora notevolmente accresciuto, come già sottolineato (*retro* § 8), l'interesse dello stesso committente a varcare la soglia delle commissioni di certificazione, per lo meno nella principale ipotesi dei contratti a progetto.

Uno degli aspetti di più evidente incompletezza dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 attiene alla procedura di certificazione. Né risultano applicabili – almeno nell'ipotesi in cui il *certifier* sia un soggetto privato - le norme sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni). Il legislatore delegato ha adottato la soluzione più garantista seguendo sostanzialmente il suggerimento di chiamare comunque in causa, gli aspetti più significativi della stessa l. n. 241 del 1990¹²⁵. Infatti, il 2° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003, dopo aver affermato che «le procedure di certificazione sono determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione», precisa che esse devono svolgersi nel rispetto, oltre che dei codici di buone pratiche su cui torneremo tra un attimo, di alcuni principi inderogabili:

- a) l'inizio del procedimento deve essere comunicato alla Direzione provinciale del lavoro che provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto certificato è destinato a produrre effetto. Le autorità pubbliche possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione;
- b) il procedimento di certificazione deve concludersi entro il termine (molto breve se si considera l'obbligo di comunicazione alle autorità pubbliche e il diritto delle stesse di produrre osservazioni¹²⁶) di trenta giorni dal ricevimento della istanza;

¹²⁴ Cfr. criticamente Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 82.

¹²⁵ Nogler 2003, 121. Si consideri, inoltre, che alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato, essendo i principi desumibili dalla l. n. 241 del 1990 di carattere generale, le disposizioni relative a singoli procedimenti (quali quelli di certificazione) devono essere interpretati in linea con il disegno sotteso alla fondamentale legge del 1990 (così da ultimo Cons. Stato sez. VI^a 1° ottobre 2002, n. 5105, GI, 2003, I, 1266).

¹²⁶ Inconveniente che si potrebbe eliminare se il rappresentante dell'ente pubblico fosse già membro della commissione.

c) l'atto di certificazione deve essere motivato e contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere;

d) l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione.

L'attività dei certificatori è, inoltre, vincolata alle prescrizioni contenute in due ulteriori fonti.

In primo luogo, vanno considerate le prescrizioni contenute in un altro decr. m. che dovrà definire «appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro». Se, come appare opportuno, il modello sarà strutturato come quello segnalato nella *Ipotesi di lavoro* del 1997, non si tratterà di un'operazione semplice e forse, non a caso, è l'unico adempimento del periodo post-riforma al quale non è stato accostato un preciso limite temporale. Nella definizione dei modelli potrebbe, infine, essere valorizzata la collaborazione che è richiesta su indicazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali alle Università abilitate. Già si ironizza, comunque, sulla libesca aspirazione che il Ministero possa svolgere «una funzione di consulente giuridico pubblico globale e gratuito e, per di più, nell'interesse di entrambe le parti» e, *outside* dal sistema universitario, si preconizza che «pare difficile che la p.a. e le Università siano in grado di svolgere un compito così ambizioso e delicato che, per essere svolto adeguatamente richiede, quanto meno, una grande velocità di esecuzione»¹²⁷.

In secondo luogo, per l'attività di assistenza e consulenza alle parti vengono in considerazione anche i codici di buone pratiche relativi alle clausole (collettive) indisponibili sul quale si tornerà *infra* § 19.

15. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione.

A questo punto occorrerebbe chiarire se nei confronti della certificazione sia o no possibile esperire ricorsi amministrativi. Ma se consideriamo la rubrica, ed il successivo contenuto, dell'art. 80 del d. lg. n. 276 del 2003 si deve seccamente concludere che gli unici rimedi azionabili sono, in realtà, quelli di natura giurisdizionale.

Gli interpreti si erano divisi in ordine all'interrogativo se l'art. 5 della l. n. 30 del 2003, limitasse o no le ipotesi di ricorso giurisdizionale ai due casi dell'erronea qualificazione del contratto e della difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Più volte, nel corso dell'*iter* parlamentare, era stata inoltre sollevata la questione di pregiudizialità costituzionale per violazione dell'art. 24, 1° comma, Cost. sul presupposto evidentemente dell'interpretazione restrittiva del disposto.

Nell'assetto finale ha prevalso la soluzione estensiva comprensiva del ricorso per vizi del consenso e della, ben più rilevante ipotesi, del ricorso al tribunale amministrativo regionale per violazione

¹²⁷ Toffoletto 2003b, 18.

del procedimento o, addirittura, per eccesso di potere¹²⁸ (art. 80, 1° e 5° comma, d. lg. n. 276 del 2003).

Tuttavia, in coerenza con l'impostazione di fondo adombrata nei precedenti paragrafi e al fine di tentare di razionalizzare la disciplina legislativa, proponiamo di distinguere tra i due tipi di certificazione del contratto previsti dal d. lg. n. 276 del 2003: la certificazione della *qualificazione* e quella relativa al *contenuto* dell'accordo contrattuale (che assume qui rilievo soprattutto nell'ipotesi dell'art. 68 d. lg. n. 276 del 2003).

In relazione ad entrambi i tipi di certificazione risulta esperibile il ricorso al T.a.r., «nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto», per violazione del procedimento (che comprende anche il secco rifiuto di effettuare la certificazione¹²⁹).

Sulle altre ipotesi la situazione si prospetta nei seguenti termini.

a) Il ricorso per eccesso di potere (art. 80, ult. comma) sembra prospettabile solo in caso di certificazione del contenuto dell'accordo contrattuale dato che la certificazione della qualificazione del contratto non ha carattere discrezionale. Nell'ipotesi in cui la commissione certifica la deroga peggiorativa in tema di lavoro a progetto (v. *infra* § 19) esercita, invece, effettivamente un'attività discrezionale con la quale attesta che il lavoratore è stato effettivamente assistito nella sua scelta regolativa.

b) È solo contro la certificazione-qualificazione che si può ricorrere, presso l'autorità giudiziaria di cui all'art. 413 c.p.c., per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

c) Infine, solo contro la certificazione del contenuto del contratto dovrebbe essere possibile ricorrere alla medesima autorità giudiziaria per vizi del consenso. Una previsione, invero, pleonastica perché sarebbero state senz'altro sufficienti le già esistenti disposizioni del codice civile.

Anche questo nuovo intervento legislativo sembra poi consolidare (ed, anzi, forse finanche spingere oltre) l'orientamento del nostro legislatore che, soprattutto a partire dalla l. n. 205 del 2000, appare incline ad avvicinare sempre di più i due – una volta rigorosamente distinti – plessi giurisdizionali civile¹³⁰ e amministrativo¹³¹. Infatti, dalla disposizione di cui all'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003, il quale stabilisce che gli effetti dell'accertamento svolto dal *certifier* permangono, *anche verso i terzi*, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi del successivo art. 80, si ricava che la sentenza civile demolisce l'atto di certificazione. Si potrà, infine, avere la mera disapplicazione degli effetti dello stesso *inter partes* nelle ipotesi della violazione del procedimento.

¹²⁸ «Si deve ritenere che tutte le questioni relative alla procedura, comprese le conseguenze in caso di violazione della stessa, siano trattate unicamente alla lett. d) dell'art. 5 che nella sua telegrafica formulazione non preclude certo alle parti la tutela giurisdizionale dei loro interessi legittimi. Il Governo potrà e sostanzialmente dovrà prevedere che è possibile ricorrere al giudice amministrativo» (Nogler 2003, 122).

¹²⁹ Cfr. Speciale 2003, 290.

¹³⁰ Sull'individuazione del rito, che è pressoché sempre quello del lavoro, cfr. Speciale 2003, 287-288.

¹³¹ Sugli "addentellati" processualciviltistici generalmente connessi alla tematica in esame, v. Sassani 1989).

Infine, si deve ancora rilevare che se il giudice decide di dare una nuova qualificazione al contratto non sussiste né la possibilità di richiedere l'annullamento del contratto per errore di diritto (art. 1428-1433 c.c.) né quella di esperire il rimedio della risoluzione dello stesso per il venir meno di una condizione inespressa¹³².

L'errore di qualificazione che apre la strada alla riqualificazione giudiziale – come ben spiega Speciale – non essendo, nel nostro caso, relativo al contratto ma ad un atto amministrativo, non segue ovviamente il regime dell'errore quale vizio della volontà e, pertanto, non deve, ad esempio, essere né essenziale né riconoscibile¹³³. Né il giudice ordinario dovrà limitarsi a sindacare la motivazione dell'atto [art. 78, 2° comma, lett. c) del d. lg. n. 276 del 2003], ben potendo analizzare direttamente il caso concreto (*alias* il testo dell'accordo contrattuale) per operare autonomamente la riconduzione alla fattispecie normativa.

A tale riguardo, giova rammentare che, nell'ipotesi in cui la riqualificazione giudiziale si basi sulla difformità tra la qualificazione, rispettivamente, certificata e quella individuata sulla base della valutazione del comportamento attuativo delle parti, non avrebbe senso chiedere l'annullamento del contratto (certificato) dal momento che quest'ultimo risulta superato nei fatti da quello tacitamente posto in essere dalle parti stesse¹³⁴. Nelle ipotesi in cui sussiste, invece, un errore di qualificazione scatta il principio per cui deve sempre considerarsi irrilevante l'errore che cada sulla disciplina giuridica del contratto concluso al fine di evitare che l'errore stesso sia invocato per sottrarsi all'applicazione di una norma giuridica (*ignorantia legis non excusat*)¹³⁵.

In ordine, infine, al rimedio della risoluzione per il venir meno della cosiddetta base negoziale oggettiva, basti rilevare che esso opera solo al sopraggiungere di una circostanza esterna al negozio e che la riqualificazione del contratto può essere considerata tale nelle rarissime ipotesi in cui essa è dovuta al sopraggiungere di una novità normativa la quale dovrebbe, per di più, essere dotata di efficacia retroattiva¹³⁶.

16. Conciliazione obbligatoria e valutazione giudiziale del comportamento delle parti in sede di certificazione.

Al fine di rafforzare la certificazione, il 4° comma dell'art. 80 del d. lg. n. 276 del 2003 prevede che «chiunque presenti ricorso giurisdizionale contro la certificazione» stesa ai sensi dello stesso art. 80, commi 1° e 3°¹³⁷ «deve previamente rivolgersi obbligatoriamente alla commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione per espletare un tentativo di conciliazione ai

¹³² Soluzioni ipotizzate da Ghera 2002, 535 nonché, probabilmente sulla sua scorta, da Rausei 2003, XXI.

¹³³ Speciale 2003, 282-283.

¹³⁴ Così lucidamente, Speciale 2003, 297 che peraltro lascia aperta l'ipotesi dell'annullamento per errore nel caso di erronea qualificazione del programma negoziale sul presupposto della prova della comunanza dell'errore.

¹³⁵ Carnevali 2001, 701 ss.; *contra*, ma si tratta di orientamenti risalenti ed isolati, App. Firenze 12.10.1977, DL, 1978, II, 403 con nota critica di Magno.

¹³⁶ Cfr. anche Speciale 2003, 298 il quale esclude la possibilità della risoluzione del contratto per venir meno di una condizione inespressa poiché quest'ultima, nella vicenda considerata non ha ad oggetto una situazione di fatto bensì di diritto e soprattutto non è venuta meno indipendentemente dall'attività di una delle parti.

¹³⁷ Ma, in questa seconda ipotesi, si tratta di un errore dettato dal fatto che in una primissima bozza del d. lg. il 3° comma della disposizione prevedeva il ricorso al Tar.

sensi dell'art. 410 del codice di procedura civile». È sostanzialmente quel che resta dell'imbutto prefigurato fin dall'*Ipotesi di lavoro* del 1997. Il soggetto del 4° comma dell'art. 80 («chiunque») lascia intendere che pure i soggetti terzi siano obbligati a rivolgersi alla commissione di certificazione e ciò pure nell'ipotesi in cui non abbiano partecipato alla precedente procedura di certificazione.

Sempre in conformità alla lett. f) dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, è, infine, previsto che «il comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro e di definizione della controversia davanti alla commissione di certificazione potrà essere valutato dal giudice del lavoro ai sensi degli art. 9¹³⁸, 92 e 96 del codice di procedura civile» (e cioè in relazione alla condanna per le spese del giudizio e dell'eventuale risarcimento del danno per lite temeraria, da escludersi quando si agisce per la difformità tra rapporto e certificazione). Anche questa regola – che intende scoraggiare l'azione di riqualificazione del contratto del lavoratore - risente dell'impostazione primordiale prefigurata nell'*Ipotesi di lavoro* del 1997 che, contraddittoriamente, assegnava alla certificazione un'efficacia meramente probatoria della volontà qualificatoria delle parti. Una volta chiarito il diverso valore dogmatico della certificazione della qualificazione (v. *retro* § 3), si può ritenere che il richiamato comportamento delle parti possa assumere rilevanza in relazione all'interpretazione del contenuto del documento contrattuale sottoscritto dinanzi alla commissione di certificazione¹³⁹ più che alla qualificazione del contratto la quale è imputabile al *certifier* e non richiede di essere provata bensì argomentata.

17. La comparazione con altre esperienze di certificazione: A) la certificazione della natura artigiana dell'impresa.

È diffusa l'opinione che l'istituto della certificazione della qualificazione del contratto di lavoro rappresenti un *quid* totalmente nuovo, sconosciuto all'alfabeto giuridico esistente¹⁴⁰, frutto di un esercizio intellettualistico e libresco. In realtà, esistono altre esperienze, sia di diritto interno che straniero, le quali rappresentano utili punti di riferimento per l'ulteriore e necessario affinamento dell'istituto della certificazione.

È noto che la fuga dal lavoro subordinato è spesso rafforzata dall'iscrizione – più o meno volontaria – del lavoratore nel registro delle imprese artigiane, sebbene in moltissimi casi il presunto artigiano operi senza la collaborazione di dipendenti e al più con un parente coadiuvante¹⁴¹. La qualità giuridica di artigiano apre al lavoratore la possibilità di godere di una posizione previdenziale e consente, contemporaneamente, al committente di realizzare sostanziosi risparmi sul piano della contribuzione previdenziale. Questa opportunità ha, ad esempio, incentivato lo spostamento dei lavoratori a domicilio nel campo degli artigiani¹⁴². Occorre riconoscere, tuttavia, che proprio in questa ipotesi del lavoro a domicilio, le parti (e, soprattutto, il committente) si trovano attualmente sovraesposte al rischio di ricevere ingiunzioni o verbali dell'ente previdenziale e di

¹³⁸ In realtà, si tratta dell'art. 91 c.p.c.

¹³⁹ Giammai alla fase attuativa del rapporto, così anche Speciale 2003, 295.

¹⁴⁰ Cfr. in tal senso Curcio 2002, 116.

¹⁴¹ Secondo i dati Eurostat relativi all'anno 2001, la percentuale italiana di *family workers* (lavoratori familiari coadiuvanti) è del 4,2% a fronte di una media UE (a 15) dell'1,7. La media italiana è la più alta dopo la Grecia, mentre in Francia essa è dell'1,1%, in Germania dell'1,2% e nel Regno Unito dello 0,3.

¹⁴² Cfr. sul punto Nogler 2000a, 188 ss.

subire, infine, le conseguenze della riqualificazione del loro rapporto. L'inconveniente nasce dal fatto che l'istituto previdenziale è facilitato nella sua azione perché l'attuale definizione di lavoratore a domicilio non esclude affatto – al contrario di ciò che presuppone la legislazione previdenziale! – che lo stesso sia munito di un proprio nucleo organizzativo, tipico connotato del piccolo imprenditore-artigiano: egli può, infatti, possedere le materie prime o accessorie nonché le attrezzature di lavoro; inoltre, può avvalersi di un aiuto accessorio di terzi e godere, infine, dell'autonomia personale che gli deriva dal fatto di svolgere l'attività lavorativa in un luogo che rientra nella sua disponibilità. In ultima analisi, non esiste, nell'attuale ordinamento, una delimitazione tra il lavoratore a domicilio e l'artigiano senza dipendenti, a grande danno della certezza del diritto.

In questa, come in altre ipotesi in cui viene in gioco la qualifica artigiana dell'impresa, la fuga, che potrebbe ben inteso essere anche genuina, verso l'autonomia appare ora, almeno *prima facie*, facilitata da quanto previsto all'8° comma dell'art. 44 del d. l. n. 269 del 2003. Infatti, a decorrere dal 1° gennaio 2004, le domande d'iscrizione alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura delle imprese artigiane e di quelle esercenti attività commerciali hanno effetto, sussistendo i presupposti di legge, anche ai fini dell'iscrizione agli enti previdenziali e del pagamento dei contributi e premi agli stessi dovuti.

Questa novità rafforza la previsione dell'art. 1 della l. 17 marzo 1993, n. 63 (istitutiva degli sportelli previdenziali) secondo cui le commissioni provinciali per l'artigianato entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avvenuta iscrizione presso lo sportello polifunzionale provvedono d'ufficio, ovvero su richiesta del soggetto iscritto o della pubblica amministrazione interessata, alla verifica della sussistenza dei requisiti di qualifica artigiana del titolare e dell'impresa con dipendenti, adottando un provvedimento vincolante a tutti i fini previdenziali e assistenziali. Dal momento che l'art. 44, 8° comma del d. l. n. 269 del 2003 abroga l'inciso che rendeva quest'ultimo provvedimento «impugnabile ai sensi delle procedure previste dall'art. 7» della l. 8 agosto 1985, n. 443», si può ben dire che la commissione provinciale per l'artigianato certifica la qualificazione dell'impresa come artigiana. Anche in questa ipotesi (così come accade nella certificazione regolata dal d. l. n. 276 del 2003), la parte o i terzi, possono poi svincolarsi dalla certificazione amministrativa solo agendo in via giurisdizionale.

Ora, questa ipotesi è interessante perché consente di rilevare che la vincolatività della certificazione nei confronti dell'Inps si accompagna alla presenza di un rappresentante dell'ente previdenziale nella commissione certificante.

L'esempio non si segnala, invece, per i suoi effetti deflativi. Infatti, non si può sottacere che almeno nel caso in cui l'Inps contesti la natura subordinata ex l. n. 877 del 1973 del rapporto che lega l'artigiano con uno dei suoi committenti, la giurisprudenza svincola l'ente previdenziale dalla certificazione della natura artigiana dell'impresa che svolge l'attività lavorativa. Infatti, la Cassazione sostiene che, nei limiti previsti dal 2° comma dell'art. 11 della stessa l. n. 877 del 1973, una medesima persona può essere contemporaneamente iscritta all'albo delle imprese artigiane e titolare di un contratto di lavoro a domicilio. Sicché, nell'ipotesi considerata l'Inps non deve neppure, preliminarmente, contestare la certificazione della natura artigiana delle imprese di cui sono titolari i lavoratori (a domicilio)¹⁴³.

¹⁴³ Cass. 23 settembre 1998, n. 9516, RIDL, 1999, II, 235; sia, inoltre, consentito il rinvio a Nogler 2000b, 524 ss.

18. Segue. B) lo *Statusfestellungsverfahren* dell'ordinamento tedesco.

Di estremo interesse risulta, infine, la comparazione tra il nuovo istituto della certificazione e quello tedesco dello *Statusfestellungsverfahren* («procedimento di accertamento dello *status*», si dovrebbe aggiungere, previdenziale) poiché entrambi sono ispirati dalla medesima esigenza pratica sebbene il meccanismo tedesco operi solo in relazione all'ambito previdenziale che è, invero, quello più rilevante¹⁴⁴.

L'istituto dello *Statusfestellungsverfahren* è relativamente recente perché risale alla legge di promozione del lavoro autonomo del 20 dicembre 1999 (dotata di effetto retroattivo al 1° gennaio dello stesso anno)¹⁴⁵ ed è regolato da tre disposizioni (§§ 7 a-c) del libro IV° del codice della legislazione sociale (*Sozialgesetzbuch*) alle quali sono state apportate modifiche marginali ad opera della successiva l. 23 dicembre 2002 (la cosiddetta seconda legge sui servizi moderni nel mercato del lavoro). I dati relativi alla prima fase sperimentale sono considerati confortanti: al 30 settembre 2000 erano stati presentati 38.528 richieste di chiarimento sulla sussistenza o meno dell'obbligo contributivo¹⁴⁶.

Ora, comparando il modello tedesco con quello italiano emergono cinque principali differenziazioni.

a) Il provvedimento amministrativo che conclude il procedimento tedesco assume rilevanza solo sul piano previdenziale e consiste nell'accertamento circa la sussistenza o no dell'obbligo della contribuzione previdenziale¹⁴⁷.

A tal fine, le parti interessate possono richiedere per iscritto, compilando appositi formulari¹⁴⁸, che la *BfA* accerti (*ex ante* ma anche, ed anzi, più spesso, *ex post* rispetto all'attuazione del rapporto¹⁴⁹) se sussista o no un rapporto d'occupazione¹⁵⁰ soggetto alle assicurazioni obbligatorie legali regolate nel *Sozialgesetzbuch* (§ 7a, comma 1°)¹⁵¹.

b) A differenza della nostra certificazione, lo *Statusfestellungsverfahren* tedesco è di competenza dell'istituto federale di previdenza degli impiegati (*Bundesversicherungsanstalt für Angestellte=BfA*). Sul punto è opportuno chiarire che, se il regime pensionistico degli impiegati e degli

¹⁴⁴ Cfr. Berndt 2000, 779 ss.; Bieback 2000, 873 ss.; Roszbach 2000, 393 ss.; Schmidt 2000, 313 ss.

¹⁴⁵ Sulla legge, cfr. l'accurata sintesi di Borzaga, 2002, 655 ss.

¹⁴⁶ Roszbach 2000, 395.

¹⁴⁷ Cfr. Bieback 2000, 873, nt. 5.

¹⁴⁸ I formulari sono facilmente consultabili nel sito www.bfa-berlin.de

¹⁴⁹ Cfr. Roszbach 2000, 396 laddove afferma che la certificazione è ammessa sia in relazione a rapporti già iniziati che a quelli ormai ultimati.

¹⁵⁰ Ai sensi del § 7, comma 1 del SGB IV, per «occupazione» si deve intendere un'attività lavorativa svolta sulla base di un rapporto di lavoro. Secondo la famosa sentenza del *Bundesverfassungsgericht* 20 maggio 1996, NJW, 1996, 2644 è legittimo l'utilizzo del metodo tipologico classico al fine di specificare la fattispecie così prevista dal legislatore.

¹⁵¹ L'assicurazione obbligatoria riguarda (§§ 1-6 SGB VI): i lavoratori dipendenti; una serie di lavoratori autonomi (es. artigiani, artisti, pubblicisti etc.); le persone durante il periodo in cui vengono loro accreditati i c.d. periodi di educazione dei figli; le persone che prestano *ex lege* servizio militare o civile per più di tre giorni; le persone per il periodo durante il quale percepiscono una serie di indennità (ad es. quella per malattia, per infortunio, per disoccupazione) qualora nell'ultimo anno antecedente all'ottenimento del sussidio era obbligata ad assicurarsi; le persone per il periodo in cui percepiscono l'indennità di prepensionamento qualora era obbligata ad assicurarsi immediatamente prima dell'inizio dell'ottenimento stesso.

operai è stato unificato nel 1992, è comunque sopravvissuta la differenziazione organizzativa (cfr. § 125 SGB VI) giacché l'assicurazione degli operai viene gestita a livello regionale mentre quella degli impiegati risulta, invece, ancor oggi, malgrado le ricorrenti proposte di regionalizzazione, accentrata a livello federale.

c) Nel sistema tedesco, l'istanza d'avvio del procedimento di accertamento dello *status* previdenziale può essere presentata anche da uno solo degli interessati (il datore di lavoro o il lavoratore); in tal caso, la *BfA* deve informare l'altra parte dell'avvio del procedimento¹⁵². Una volta presentata l'istanza, la *BfA* comunica per iscritto agli interessati quali sono le circostanze ed i documenti di cui ha bisogno per adottare la decisione. Quest'ultima deve aver luogo in base ad «una valutazione complessiva di tutte le particolarità del singolo caso concreto» (§ 7a, comma 2°). La *BfA* fissa un termine alle parti entro il quale esse devono produrre il materiale necessario all'adozione della decisione.

A questo punto, viene adottata provvisoriamente una decisione, per così dire, «anticipata» la quale, comunicata alle parti con l'evidenziazione delle circostanze su cui essa è basata, serve per sollecitare osservazioni delle parti stesse interessate (§ 7 a, comma 4°). Segue poi la decisione definitiva contro la quale si può agire in sede giurisdizionale presso gli appositi tribunali competenti per le liti previdenziali e che sono distinti dai tribunali del lavoro. Il ricorso sospende l'efficacia del provvedimento impugnato (§ 7°, comma 7°).

d) Nel sistema tedesco, la certificazione interviene normalmente dopo l'inizio della attuazione del rapporto contrattuale.

e) Uno degli aspetti più interessanti del modello tedesco è rappresentato dal fatto che la decisione finale della *BfA* può anche non retroagire al momento dell'instaurazione del rapporto d'occupazione che è oggetto dell'accertamento. Ciò sia in relazione ad un iniziale periodo di carattere transitorio, sia poi nel momento in cui l'istituto sarà a regime.

Va inoltre sottolineato che, ai sensi del § 7c SGB IV, se l'istanza di certificazione veniva presentata entro il 30 giugno 2000, l'eventuale obbligo contributivo scattava solo *ex nunc* qualora al momento della presentazione dell'istanza stessa (a) sussistesse un dubbio sulla natura del rapporto di lavoro¹⁵³, (b) non fosse stato già adottato un provvedimento da parte di un'autorità pubblica sulla sussistenza dell'obbligo stesso e (c) il committente non aveva ommesso di adempiere agli obblighi nei confronti dell'ente previdenziale (*in primis*, alla denuncia di instaurazione del rapporto) con dolo o colpa grave. Indice della sussistenza del dolo veniva considerato il fatto che già in relazione ad altri analoghi rapporti, al committente fosse stato ingiunto in passato il pagamento dei contributi previdenziali. La colpa grave sussiste se, ad esempio, le stesse mansioni erano state in precedenza svolte dal medesimo soggetto in qualità di lavoratore subordinato (è il caso frequente del pensionato)¹⁵⁴.

A regime, invece, l'efficacia *ex nunc* è possibile quando sussistono, cumulativamente i seguenti

¹⁵² Così Berndt 2000, 779.

¹⁵³ Cfr. Bieback 2000, 878 il quale specifica che deve trattarsi di un dubbio oggettivo e non semplicemente soggettivo.

¹⁵⁴ Questi orientamenti dell'ente previdenziale sono riportati da Bieback 2000, 878.

presupposti: a) l'istanza per l'accertamento deve essere stata presentata entro un mese dall'inizio dell'attività lavorativa; b) la persona occupata deve aver dato il proprio assenso; c) il periodo che va dall'inizio dell'attività fino al momento della certificazione deve essere coperto da una assicurazione (*Absicherung*) contro i rischi finanziari in caso di malattia o di vecchiaia che corrisponda, dal punto di vista delle prestazioni a quelle garantite dall'assicurazione legale contro la malattia e pensionistica (*Rentenversicherung*)¹⁵⁵.

19. La certificazione quale assistenza alla volontà derogatoria del collaboratore a progetto.

E veniamo, infine, all'altra anima della certificazione, recuperata *in extremis* grazie alla già rammentata formulazione finale dell'art. 68 del d. lg. n. 276 del 2003.

Anzitutto, anche su questo profilo ritroviamo una folta schiera di critici della tecnica della volontà assistita tutti convinti che l'aggettivo rimanga «solo nella forma e non nella sostanza» ed animati dal legittimo sospetto che si procederà con «larghe ratifiche di convenzioni in deroga»¹⁵⁶. Si ironizza sul modello del lavoratore con piena capacità dispositiva e di individuazione dei dubbi giuridici sbandierato sotto l'insegna della certificazione al fine di allentare la tecnica protettiva: una visione della realtà «che non esiste per la stragrande maggioranza di coloro che intendono vivere del proprio lavoro»¹⁵⁷.

Critiche ancor più vivaci si concentrano sul fatto che la tecnica della volontà assistita presuppone l'abbandono (almeno, parziale) della via italiana della flessibilità collettiva. Parte della scuola giuslavoristica barese sposa questa linea elaborata dalla Consulta giuridica della Cgil la quale esprime un netto rifiuto nei confronti della riduzione della funzione sindacale ad un «ruolo ancillare dell'autonomia individuale»¹⁵⁸.

Tuttavia, il ristretto ambito in cui l'art. 68 relega la nuova tecnica della volontà assistita – e cioè il lavoro a progetto – riduce decisamente la rilevanza, in questa sede, delle rammentate osservazioni critiche. Infatti, si dovrebbe realisticamente riconoscere che si sta discutendo di un segmento del mercato dei lavori in cui la tradizionale funzione sindacale della contrattazione collettiva stenta decisamente ad attecchire. Semmai è criticabile la scelta di consentire alle parti individuali di introdurre nel contenuto contrattuale deroghe peggiorative in tema di recesso *ante tempus* indipendentemente dall'assistenza dei certificatori¹⁵⁹.

Ultimata questa premessa di politica del diritto, è ora possibile entrare nel merito degli aspetti più squisitamente tecnici soffermandoci, preliminarmente, sulla pasticciata formulazione che caratterizza la disposizione commentata.

¹⁵⁵ A tal proposito si rammenta che il libro sesto del codice della legislazione sociale (SGB VI) è dedicato alle «assicurazioni pensionistiche legali» (*gesetzliche Rentenversicherung*) e che il capitolo dedicato alle *prestazioni* è suddiviso in sei sezioni: la prima dedicata alla riabilitazione; la seconda alle pensioni; la terza alle prestazioni aggiuntive; la quarta alle informazioni pensionistiche; la quinta alle prestazioni degli aventi diritto all'estero ed, infine, la sesta all'esecuzione. Bieback 2000, 876 chiarisce comunque che l'assicurazione si considera equivalente anche se le relative prestazioni sono solo di carattere minimale.

¹⁵⁶ Romeo 2003, 112.

¹⁵⁷ Speciale 2003, 277 il quale rafforza acutamente le sue argomentazioni con l'osservazione che viceversa in altri settori del diritto civile si assiste «a un processo di notevole incremento nell'uso di norme inderogabili».

¹⁵⁸ Cfr. Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 87; Pinto, Voza 2002, I, 484; Speciale 2003, 276.

¹⁵⁹ Critico anche Miscione 2003, 823.

Punto di partenza per una corretta interpretazione della disposizione deve essere la constatazione che le rinunzie e transazioni che sono l'oggetto della stessa hanno luogo «in sede di certificazione del rapporto» ovvero sia della qualificazione del contratto di lavoro a progetto. Abbiamo già avuto modo di vedere che siffatta certificazione interviene al momento della conclusione del contratto e ciò orienta a configurare l'eventuale rinunzia come preventiva e cioè alle discipline oggettive derivanti dal capo II (Lavoro a progetto e lavoro occasionale) del titolo VII (Tipologie contrattuali a progetto e occasionali). È coerente con questa conclusione anche il carattere permissivo della norma («possono essere oggetto di») così come il fatto che la certificazione delle rinunzie e transazioni dei diritti soggettivi del collaboratore a progetto è disciplinata da un'altra disposizione del d. lg. n. 276 del 2003 e cioè l'art. 82.

Stona indubbiamente il richiamo alle rinunzie ma esso è sostanzialmente assimilabile al sorprendente riferimento alla risoluzione di cui all'art. 67 del d. lg. n. 276 del 2003. D'altronde, nella versione provvisoria del d. lg. la disposizione commentata conteneva l'inciso finale «anche in deroga alle disposizioni di cui all'art. 2113 codice civile». Evidentemente qualcuno, rovistando meglio tra gli orientamenti giurisprudenziali più recenti della Cassazione, ha poi scoperto il distinguo (peraltro scolastico¹⁶⁰) tra atti dispositivi che hanno ad oggetto diritti già acquisiti dal titolare, in quanto tali sottoposti alla disciplina dell'art. 2113 c.c., ed atti che impediscono al lavoratore l'acquisizione di un diritto, i quali, intervenendo nel momento genetico del diritto stesso, sono sottratti alla regolamentazione della norma suddetta e viziati da nullità assoluta per contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.)¹⁶¹.

Mentre il primo ambito è oggetto dell'art. 82, il secondo viene ora innovato dall'art. 68 e ciò nel senso di immunizzare dalla regola civilistica della nullità assoluta le scelte delle parti di derogare – «in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo V» - *in peius* agli *standards* di tutela che il titolo VII del d. lg. n. 276 del 2003 riconosce al collaboratore a progetto. Tecnicamente sarebbe stato, invero, opportuno eliminare non solo il riferimento all'art. 2113 c.c., ma anche l'erroneo richiamo alle rinunce e transazioni. Tuttavia, alla resa dei conti ciò che rileva è il significato operativo della disposizione e cioè le *regulae iuris* ricavate dall'interprete.

È stata, quindi, imboccata la strada volta ad orientare la certificazione anche verso la soluzione del conflitto d'interessi che inevitabilmente si crea con il mancato riconoscimento dell'inderogabilità *in peius* dei diritti del collaboratore a progetto. Il cammino si prospetta però tutt'altro che lineare.

¹⁶⁰ Sulla distinzione tra inderogabilità ed indisponibilità, cfr. Pera 1990, 2; Cester 1989, 994; per un esempio di sovrapposizione impropria dei due piani, cfr., invece, Ballestrero 1989, 391-392. Non convince neppure la tesi secondo cui i due ambiti si sovrappongono allorché una norma attribuisca diritti al lavoratore per il solo fatto di avere instaurato il rapporto di lavoro (così Novella 2003, 531) poiché anche in questa ipotesi è possibile (anzi, doveroso) distinguere tra le deroghe operate al momento della conclusione del contratto e gli atti compiuti successivamente.

¹⁶¹ Cass. 8 luglio 1988, n. 4529, GI, 1989, I, 1, 1032 con nota di Renna; in precedenza v. già in tal senso, almeno Cass. 24 gennaio 1987 n. 672, GI, 1988, I, 1, 1039; successivamente v. Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, MGL, 1992, 176. Alla luce di questo chiaro e condivisibile distinguo giurisprudenziale non ha senso prospettare un contrasto tra il meccanismo della volontà assistita e l'art. 2113 c.c. (così, invece, Romeo 2003, 112). L'errore di prospettiva ha natura, per così dire, *bipartisan* come dimostrano alcuni interventi di esponenti dell'opposizione (v., ad esempio, l'intervento dell'on. Guerzoni in XI^a Commissione della Camera, resoconto, 22 luglio 2003).

Anzitutto, la scelta legislativa attira su di sé, oltre alle già rammentate critiche di politica del diritto, una serie di dubbi di costituzionalità.

Un acuto commentatore ha, in primo luogo, anticipato, la questione della conformità dell'art. 68 del d. lg. n. 276 del 2003 ai parametri fissati dall'art. 76 Cost. osservando che, poiché l'art. 5 della l. n. 30 del 2003, finalizza la certificazione alla deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, l'istituto potrebbe avere ad oggetto «l'atto di autonomia contrattuale (solo) al fine di inquadralo nell'una o nell'altra delle fattispecie negoziali astratte che hanno ad oggetto il lavoro»¹⁶². A dipanare la matassa non è però sufficiente operare il confronto con il solo art. 5 della legge delega poiché la giurisprudenza costituzionale consente di ricavare i principi e criteri direttivi in connessione «al complesso contesto normativo e alle finalità che ispirano la legge delega»¹⁶³. In questo senso, quando il n. 4 della lett. c) del 1° comma dell'art. 4 della l. n. 30 del 2003 afferma che devono essere previsti per il collaboratore a progetto «tutele fondamentali» non indica necessariamente la via dell'inderogabilità assoluta, ma semmai – con tacito rinvio ai parametri costituzionali – quella dell'effettività delle tutele stesse.

Peraltro, non sarebbe chiaro – e, in tal modo, si passa a considerare un secondo profilo critico – per quale ragione il collaboratore coordinato e continuativo che svolge una professione intellettuale per l'esercizio della quale è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali debba essere tutelato – su alcuni fondamentali profili – con la tecnica dell'inderogabilità *in peius* e il collaboratore a progetto più blandamente con quella della volontà assistita. Che dire poi del fatto che la tutela più incisiva si estende anche ai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società ed ai partecipanti a collegi e commissioni che sono notoriamente iscritti in massa alla gestione separata dell'Inps? E del collaboratore coordinato e continuativo dotato di pensione di vecchiaia tutelato più incisivamente del collaboratore a progetto?

Prima di concludere nel senso che «il collaboratore non ha alcuna tutela o, quel poco che ha, è derogabile con accordo individuale "certificato"»¹⁶⁴, si dovrebbe però chiarire se la facoltà, prevista in capo al lavoratore a progetto, di rinunciare o transigere rispetto ai diritti «derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo» si riferisce soltanto ai «nuovi» diritti (privati) previsti a favore dei collaboratori a progetto (corrispettivo, invenzioni del collaboratore a progetto, sicurezza sul lavoro), oppure essa si estende anche alle discipline pubblicistiche più risalenti (processo del lavoro, tutela previdenziale e contro gli infortuni sul lavoro, tutela in caso di maternità e di degenza ospedaliera, possibilità di fruire di assegni familiari) che pure sono richiamate dall'art. 66, comma 4. Per le prestazioni erogate da enti pubblici, il committente non avrebbe, invero, nessun interesse a far rinunciare il lavoratore se esse fossero a carico della fiscalità generale¹⁶⁵,

¹⁶² Così, Garofalo 2003, 377.

¹⁶³ Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, FI, 2000, I, 2756; Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199; nel contesto del dibattito sulla legge delega sul mercato del lavoro, il rilievo risale a M. T. Carinci 2003, 15 ss.

¹⁶⁴ Così, Miscione 2003, 824 in contraddizione con il lungo elenco di diritti che a suo dire non potrebbero, invece, essere oggetto di rinunzie e transazioni.

¹⁶⁵ E ciò anche considerando che, per quanto concerne i diritti relativi alla maternità, il d. m. 4 aprile 2002 (così come interpretato dalla circolare INPS n. 138 del 29 luglio 2002) prevede che le collaboratrici continuative e coordinate, pur avendo diritto all'indennità di maternità, non hanno l'obbligo di astenersi obbligatoriamente dall'attività lavorativa, in quanto quest'ultima rimane, pur sempre, di lavoro autonomo.

ma siccome ad esse è collegato un obbligo contributivo del committente stesso può insorgere un istintivo interesse di quest'ultimo ad incentivare la rinuncia. Così come potrebbe esservi interesse ad evitare le regole del processo del lavoro. Tuttavia, nel dubbio deve prevalere l'interpretazione conforme al quadro costituzionale, quindi le rinunzie e transazioni di cui all'art. 68 sono limitate ai diritti di natura privatistica e più, in particolare, solo a quelli disciplinati nel capo I del titolo VII del d. lg. n. 276 del 2003. Oltre a questo limitato ambito caratterizzato dalla derogabilità relativa, esiste poi quello – cementato dall'inderogabilità assoluta – dei diritti fondamentali più o meno implicitamente riconosciuti dal sistema¹⁶⁶.

Esaurita la trattazione relativa ai dubbi di costituzionalità, resta da considerare l'aspetto della disciplina della certificazione, per così dire, derogatoria. Sul punto l'art. 68 rinvia genericamente alla «certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo V» con un evidente errore giacché il titolo richiamato è relativo al lavoro intermittente, ripartito e *part-time*, mentre la *mens legislatoris* intendeva riferirsi alle disposizioni sulle procedure di certificazione che sono collocate nel titolo VIII¹⁶⁷.

Senonché, la fitta membratura contemplata nel titolo del d. lg. n. 276 del 2003 che è dedicato alle procedure di certificazione, che si è tentato di dipanare nei precedenti paragrafi, è stata principalmente costruita sull'altra funzione dell'istituto, quella qualificatoria. Sicché l'interprete deve ora risalire alla *ratio* di ciascuna disposizione che compone il titolo VIII al fine di stabilire se essa risulti o no applicabile anche alla certificazione delle scelte derogatorie delle parti. Fissazione della qualificazione del contratto e convalidazione delle scelte derogatorie delle parti rappresentano, infatti, contenuti totalmente eterogenei tra loro con la conseguenza di non poter fare indossare ad entrambi il medesimo vestito giuridico.

Quando la certificazione convalida le scelte derogatorie delle parti si limita a registrare un particolare contenuto contrattuale, che, in quanto tale, resta interamente imputabile alle parti stesse. In relazione a questa funzione dell'istituto è corretto imputare alla certificazione un'efficacia sostanzialmente probatoria e tale premessa deve guidare l'opera dell'interprete allorché seleziona le norme del titolo VIII applicabili alla procedura di assistenza alla volontà derogatoria del collaboratore a progetto.

Se non vi sono problemi ad applicare anche a questa prima ipotesi gli artt. 76 (organi di certificazione), 77 (competenza), 78 (procedimento di certificazione e codici di buone pratiche), si deve escludere per contro l'applicabilità dell'art. 79 (sull'efficacia giuridica della certificazione). Solo alcune parti dell'art. 80 si addicono, inoltre, a quest'ipotesi di certificazione: l'impugnazione di quest'ultima per vizi del consenso (errore, violenza, dolo) e la valutazione da parte del giudice del lavoro del comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro ai sensi degli artt. 91, 92 e 96 c.p.c. Tentativo obbligatorio di conciliazione presso la commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione e ricorso al Tar per violazione del procedimento o per eccesso di potere si confanno, infine, ad entrambe le funzioni dell'istituto.

¹⁶⁶ Cfr. Miscione 2003, 823 il quale segnala che il mancato richiamo ai diritti fondamentali di libertà personale e di pensiero, di parità uomo-donna, di libertà sindacale, etc. non può significare inapplicabilità di questi diritti o loro derogabilità.

¹⁶⁷ Forse in una versione provvisoria del d. lg. erano collocate al titolo V°.

20. La certificazione quale consulenza nella predisposizione del contratto di lavoro.

Fin dall'apparire della lett. e) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, che parla di «programma negoziale *concordato* dalle parti in sede di certificazione», si osservò che la procedura esaminata avrebbe potuto essere congegnata in modo tale da non tendere «unicamente» a fissare la qualificazione giuridica del contratto concluso dalle parti, ma al contempo anche a facilitare le parti stesse nel concordare il programma negoziale. Questa opera di assistenza avrebbe dovuto, peraltro, essere orientata, non alla gestione di una (per il momento inesistente) serie di norme dotate di inderogabilità solo relativa, ma a colmare la situazione di *deficit* informativo (che è direttamente proporzionale all'incertezza normativa che caratterizza gli istituti, di volta in volta, considerati) della parte debole del rapporto. Il testo del d. lg. n. 276 del 2003 accoglie alcuni dei suggerimenti che erano emersi in relazione a questa possibile funzione dell'istituto e dedica perciò un'apposita disposizione all'«attività di consulenza e assistenza alle parti»¹⁶⁸ specificando che siffatta attività deve essere effettiva (art. 81). Esso promuove, inoltre, il superamento dell'asimmetria informativa laddove richiede che l'atto di certificazione indichi l'autorità cui è possibile ricorrere [art. 78, 2° comma, lett. c) del d. lg. n. 276 del 2003]. È certo, infatti, che molti lavoratori della zona cosiddetta grigia ignorano il fatto che il loro contratto possa essere oggetto di riqualificazione giudiziale e, soprattutto, i presupposti per instaurare un contenzioso qualificatorio.

Siccome, malgrado l'obbligo di effettività, resta vero che la «partecipazione alla definizione del contratto è affatto scontata»¹⁶⁹, come dimostra l'esperienza delle conciliazioni in sede sindacale¹⁷⁰, sarebbe opportuno che questo profilo venisse notevolmente rafforzato nel codice di buone pratiche richiamato dal 2° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003. In quella sede, si dovrebbero inserire una serie di *guidelines* come, ad esempio, un elenco di informazioni da consegnare al lavoratore sulle conseguenze (previdenziali, civili etc.) dei vari tipi di contratto che vengono in considerazione in sede di certificazione. Altri suggerimenti possono emergere da un'attenta ricognizione delle esperienze già esistenti, anche di natura semplicemente endo-sindacale¹⁷¹.

Infine, si deve considerare che il 4° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003 prevede l'elaborazione di codici di buone pratiche, con la veste formale del decr. m. «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi». Tali codici devono recepire, «ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Si tratta, in sostanza, di un segnale dato alle parti sociali secondo cui le stesse, ove intendano adottare, in relazione alle sole clausole collettive¹⁷², la tecnica della derogabilità relativa, possono

¹⁶⁸ Considerata la collocazione sistematica dell'art. 81, si tratta delle parti (esclusivamente) dei contratti richiamati dall'art. 75 del d. lg. n. 276 del 2003.

¹⁶⁹ Così, con tono pessimistico, Speciale 2003, 285.

¹⁷⁰ Cfr. da ultimo, Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, RIDL, 2003, II, 178 che, da un lato afferma che l'effettiva assistenza rappresenta un presupposto indefettibile della conciliazione in sede sindacale, ma dall'altro sostiene che la funzione di supporto può dirsi soddisfatta anche dalla sola presenza del sindacalista laddove sia stato lo stesso lavoratore a proporre i termini della definizione giuridica ed economica della sua posizione.

¹⁷¹ Sugli accordi, cfr. Tiraboschi 2003b, 126; sulle esperienze endosindacali cfr. Bano, Scarponi 1999, n. 4.

¹⁷² Il potere di innovare la derogabilità assoluta dei disposti legislativi avrebbe presupposto per lo meno una legittimazione esplicita.

far riferimento alle commissioni di certificazione anche se non si avvertono presentimenti che questa sarà effettivamente la direzione di marcia della futura contrattazione collettiva.

Sarebbe però più opportuno che le rivendicazioni vadano, piuttosto, nel senso di tentare di rafforzare con la certificazione quelle ipotesi – particolarmente numerose nel d. lg. n. 276 del 2003 - in cui l'attuale legislazione rimette alla semplice volontà individuale il potere regolativo di determinati aspetti del rapporto di lavoro. Il che, d'altronde, già avviene in svariati casi come, ad esempio, in quello della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale (art. 5 del d. lg. n. 61 del 2000). E questa rivendicazione dovrebbe essere accompagnata dalla tecnica della scelta multipla precostituita in via collettiva già proficuamente praticata in altri ordinamenti.

21. La complessa implementazione della certificazione: un'occasione per razionalizzare l'istituto?

A questo punto non dovrebbe stupire se riteniamo che l'implementazione dell'aggravato istituto della certificazione debba necessariamente essere accompagnata da un'opera di razionalizzazione che consenta, contemporaneamente, (a) di distinguere la struttura dell'istituto in relazione alle profonde differenze che caratterizzano le due principali funzioni assolte dalla certificazione, (b) di colmare le lacune regolative, (c) di diradare i sospetti di incostituzionalità (ed incompetenza) che attualmente circondano i meccanismi di individuazione dei soggetti addetti alla certificazione, (d) di rendere possibile l'effettiva conclusione del procedimento entro trenta giorni ed, infine, (e) di conferire uniformità ai comportamenti e alle decisioni degli enti certificanti. Quest'ultimo punto si riflette sulla questione dei costi della certificazione, la quale non rappresenta una forma di mediazione e non cade nel cono d'ombra del principio, interno ed internazionale, della gratuità del servizio che peraltro formalmente non si estende neppure ai lavoratori non dipendenti (parasubordinati, associati in partecipazione etc.). Già si ragiona sull'opportunità di regolare le tariffe della certificazione negli accordi istitutivi degli enti bilaterali in seno ai quali saranno formate le commissioni di certificazione¹⁷³.

Il disegno d'insieme necessario per dipanare la matassa della certificazione dovrebbe poi essere rispettato già nel contesto del vero e proprio *tourbillon* di adempimenti, soprattutto, ministeriali che devono essere eseguiti entro una serie di termini di durata differenziata ma che scattano tutti a partire dall'entrata in vigore del d. lg. n. 276 del 2003 (24 ottobre 2003) e che condizionano *de iure* la messa a regime dell'istituto il quale possiede comunque un carattere sperimentale¹⁷⁴. Si tratta:

a) dell'adozione entro sessanta giorni di un decr. m. il quale chiarisca le modalità di costituzione delle commissioni di certificazione in seno alle Direzioni provinciali del lavoro e delle politiche sociali ed alle Province [art. 76, 1° comma, lett. b) del d. lg. n. 276 del 2003]. La speranza è che si punti su un unico soggetto e che quello prescelto – probabilmente (in qualità di delegato dallo Stato) la Provincia – istituisca un organismo *ad hoc* che darebbe la fondamentale garanzia dell'uniformità decisionale. Sul punto occorre ancora segnalare che il ruolo delle dpl viene richiamato

¹⁷³ Cfr. Mariucci 2003b, 34 che riporta le notizie su una bozza istitutiva relativa alla Regione Lombardia. Cfr. anche Torelli 2003 la quale segnala il pericolo che le Commissioni pur di ottenere l'incarico di certificare il contratto, si rendano disponibili ad atteggiamenti meno rigidi.

¹⁷⁴ La verifica conseguente al carattere sperimentale dell'istituto non è stata riferita alla semplice «attuazione delle disposizioni» [art. 5, 1° comma, lett. a) l. n. 30 del 2003] ma, più incisivamente, agli «effetti» di queste ultime (art. 86, 12° comma, d. lg. n. 276 del 2003).

dallo stesso 2° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003 il quale alla lett. a) prevede che qualsiasi commissione di certificazione deve comunicare proprio alla dpl l'inizio del procedimento affinché essa possa provvedere ad inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto certificato è destinato a produrre effetto;

b) dell'adozione (non è indicato un termine) di un secondo decr. m., adottato di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'Università e della ricerca, che disciplini l'albo delle Università abilitate alla istituzione delle commissioni di certificazione (art. 76, 2° comma, del d. lg. n. 276 del 2003). Il decreto dovrebbe tra l'altro regolare il delicato profilo delle incompatibilità;

c) dell'adozione entro sei mesi di codici di buone pratiche, con la veste formale del decr. m., «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro» sui quali ci siamo già soffermati *retro* § 19;

d) della definizione con un quarto decr. m. degli «appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro». Se, come appare opportuno, il modello è quello della *Ipotesi di lavoro* del 1997, non si tratterà di un'operazione semplice e, forse non a caso, è l'unico adempimento al quale non è stato accostato un preciso limite temporale. Nella definizione dei modelli si conta probabilmente sulla collaborazione che le Università abilitate dovranno necessariamente offrire su indicazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali;

e) dell'adozione, sempre entro sei mesi, ancora una volta con la veste formale del decr. m., dei codici di buone pratiche e indici presuntivi relativi alla materia dell'interposizione illecita e dell'appalto genuino (2° comma dell'art. 84 del d. lg. n. 276 del 2003) la quale fuoriesce peraltro dall'oggetto del presente saggio.

f) della determinazione da parte delle commissioni delle procedure che devono rispettare i codici già citati sub c). Oltre agli altri contenuti, questi codici dovrebbero dare effettività all'assistenza alla parte debole del rapporto con la previsione, ad esempio, dell'obbligo di consegnare un modulo esplicativo delle forme giuridiche oggetto della certificazione.

Come si vede c'è ancora parecchio filo da tessere. Decisivi per imboccare la via dell'inevitabile razionalizzazione dell'istituto sono, a valle e a monte degli elencati adempimenti, due ulteriori strumenti configurati dal d. lg. n. 276 del 2003 come eventuali, ma che potranno fungere da vere e proprie fonti regolative degli enti e della procedura di certificazione: le convenzioni sulla commissione unitaria di certificazione di cui al 3° comma dell'art. 76 e la possibilità, prevista dal 13° comma dell'art. 86, di affidare a uno o più accordi interconfederali la gestione della messa a regime del d. lg. n. 276 del 2003 e, quindi, anche dell'istituto della certificazione.

Fin dall'accordo interconfederale di transizione, si dovrebbe dar seguito alla diversificazione strutturale delle due ipotesi di certificazione che abbiamo costantemente differenziato nella nostra analisi.

L'opportunità della commissione unica dovrebbe essere «sfruttata» prioritariamente in relazione alla funzione qualificatoria della certificazione la cui regolazione – non va dimenticato – spetta allo Stato (v. *retro* § 7). Questa via rappresenta, a ben vedere, una sorta di tasto *rewind* che consente di tornare al punto di partenza: il *Progetto* del 1998 che faceva perno su una sola Commissione incardinata presso la Direzione provinciale del lavoro. A quest'ultima furono poi aggiunti su

indicazione del *Libro bianco* del 2001 – e ciò sia per un'impropria generalizzazione della certificazione come meccanismo di volontà assistita che per motivi ideologici - gli enti bilaterali. Forse per conferire all'istituto un'aura di solennità, il Parlamento soggiunse, quindi, a sorpresa le Università. Infine, nel secondo passaggio parlamentare, sono state imbarcate anche le Province. Con l'ult. comma dell'art. 76 si può ora, come detto, tornare opportunamente al punto di partenza.

Tuttavia, a questo punto sarebbe opportuno riscrivere anche l'*incipit* della storia prendendo atto che il modo in cui essa si è dipanata dipende evidentemente anche dal fatto che le direzioni provinciali del lavoro non rappresentavano il luogo più adatto per incardinare i soggetti dotati del potere certificatorio.

In breve, se teniamo conto delle esigenze organizzative, del fondamentale aspetto della garanzia della imparzialità e della sussistenza delle conoscenze tecniche da parte del soggetto certificante (che solo per questo può essere legittimamente dotato del potere di paralizzare le autorità pubbliche), della giusta pretesa (espressa con il richiamo agli enti bilaterali) che la commissione di certificazione sia in grado di percepire l'esatta portata degli interessi in gioco, del crescente bisogno (che si è espresso anche in relazione alla certificazione) di coinvolgere comunque l'Università nella gestione del mercato del lavoro pur senza prefigurare improbabili sviamenti di funzione, ed, infine, complessivamente, del rifiuto di un sistema concorrenziale che possa incentivare certificazioni al ribasso, allora la soluzione non può che essere quella – simile tutto sommato alle (peraltro pletoriche) commissioni provinciali per l'artigianato - di un organismo *ad hoc* incardinato presso la Provincia. Un organismo composto da rappresentanti delle parti sociali (votati dagli enti bilaterali?), da rappresentanti dell'Inps (ed, eventualmente, dell'agenzia per le entrate) nonché da qualche ulteriore esperto che garantisca però, anche in relazione all'attività professionale che esercita, la necessaria imparzialità.

Se l'organismo fosse incardinato presso la Provincia, risulterebbero, inoltre, notevolmente semplificati gli aspetti della responsabilità dei certificatori¹⁷⁵ e della vigilanza sul loro operato. Inoltre, la presenza di rappresentanti delle autorità previdenziali e fiscali potrebbe stemperare le già preannunciate questioni di incostituzionalità. Infine, la presenza di rappresentanti delle autorità pubbliche che sono vincolate alla certificazione potrebbe semplificare la comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente diritto delle autorità stesse a formulare osservazioni. Ci si potrebbe forse spingere fino al punto di considerare la presenza di loro rappresentanti in commissione come sostitutiva della suddetta comunicazione. L'Università (che dovrebbe rinunciare ad operare per tutto il territorio nazionale) potrebbe, infine, giocare il ruolo di istanza di ricorso o di decisione su casi tipo.

Tutto ciò potrà essere perseguito, come detto, a livello territoriale, con un'apposita convenzione. La *policy* unitaria ed i contenuti della convenzione, i quali dovrebbe superare i numerosi motivi di scontento, potrebbero, infine, essere opportunamente anticipati in un apposito accordo interconfederale sulla fase transitoria che potrebbe anche risolvere la questione dei costi della certificazione.

¹⁷⁵ Altrimenti possibile solo nell'ambito delle regole della responsabilità extracontrattuale la cui applicazione potrebbe peraltro essere esclusa nell'eventualità che le parti non abbiano fatto ricorso al tar e risulti in configurabile la tesi secondo cui la sentenza civile travolge l'atto certificatorio.

Non v'è esigenza di unitarietà della commissione, invece, riguardo all'altra funzione della certificazione e cioè l'assistenza alla volontà di derogare alle tutele legali del collaboratore a progetto. Non si vede per quale ragione non debba essere previsto che, alla stessa stregua dell'assistenza prestata agli atti di disposizione, convivano contemporaneamente più sedi di certificazione del contenuto contrattuale derogatorio (*in primis*, enti bilaterali e dpl o centri per l'impiego). Questa forma di certificazione potrebbe, inoltre, essere sostenuta dall'accordo di transizione il quale dovrebbe utilizzarla in funzione di rafforzamento della forza contrattuale del lavoratore nelle numerose ipotesi in cui il d. lg. n. 276 del 2003 rinvia la funzione regolativa al contratto individuale di lavoro. Una *policy* che dovrebbe essere accompagnata dall'adozione della tecnica delle scelte multiple precostituite a livello collettivo.

22. Riferimenti bibliografici.

- Alessi C. (1995), *Part-time e job sharing*, QDLRI, 17, p. 128 ss.
- Alleva P.G., Andreoni A., Angiolini V., Coccia F., Naccari G. (2002), *Un disegno autoritario nel metodo eversivo nei contenuti*, in Aa. Vv., *Lavoro ritorno al passato*, Ediesse, Roma.
- Arena G. (2001), *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, in Arena G., Bombardelli M., Guerra M.P., Masucci A. (2001), *La documentazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, p. 45 ss.
- Ballestrero M.V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, RIDL, I, p. 257 ss.
- Bano F., Scarponi S. (1999), *Lavoratori parasubordinati e rappresentatività sindacale*, LD, n. 4.
- Berndt J. (2000), *Das Statusfeststellungsverfahren zur Selbständigkeit nach § 7a SGB IV – Stichtagsregelung 30.6.2000*, DStR, 18, p. 779 ss.
- Biagi M. (1998), *La "flessibilità certificata" del socio di cooperativa*, GL, 38, p. 12 ss.
- Biagi M., Tiraboschi M. (1999), *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, LD, p. 571 ss.
- Bieback K.J. (2000), *Das neue Anfrageverfahren bei der Feststellung der Sozialversicherungspflicht*, Betriebs-Berater, p. 873 ss.
- Borzaga M. (2002), *Subordinazione e sicurezza sociale: le «riforme fallite» nella Repubblica Federale Tedesca*, DRI, p. 655 ss.
- Brignone A. (1998), *Spunti critici sul contratto di lavoro ripartito o job-sharing*, MGL, p. 771 ss.
- Cannella G. (2003), *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro*, in Aa. Vv., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della CGIL*, Ediesse, Roma, p. 15 ss.
- Carinci F. (2003), *Il casus belli degli Enti bilaterali*, LD, p. 199.
- Carinci M.T. (2003), *La legge delega n. 30/2003 e il sistema delle fonti*, in Id. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, p. 3 ss.
- Carnevali U. (2001), in *Istituzioni di diritto privato* coordinate da Bessone, 3ª ed, Giappichelli, Torino, 701 ss.

- Castelvetri L., Scarpelli F. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro*, RIDL, III, p. 87 ss.
- Catalano F. (2003), *La categoria protagonista nella gestione del mercato del lavoro*, *Il Consulente del lavoro*, p. 2.
- Cester C. (1989), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, ED, XL, Giuffrè, Milano, p. 994 ss.
- Consolo C., Marinelli M. (2003), *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia (I e II)*, CG, p. 678 ss. e p. 827 ss.
- Curcio L. (2002), *Amministrazione del rapporto di lavoro e giustizia del lavoro*, in Ghezzi G., Naccari G., Torrice A. (a cura di), *Il libro bianco e la Carta di Nizza*, Ediesse, Roma, p. 115 ss.
- De Angelis L. (2003), *La Giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportata*, RIDL, I, p. 313 ss.
- De Angelis L. (2002), *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «libro Bianco» al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, p. 95 ss.
- De Rita G. (2002), *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Einaudi, Torino.
- De Siervo U. (2001), *Ma chi fa i decreti legislativi ?*, in Coccozza V., Staiano S. (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, I, Giappichelli, Torino, p. 497 ss.
- Del Punta R. (2003), *Enti bilaterali e modelli di regolazione*, LD, p. 219.
- Del Punta R. (2003), *Le politiche del lavoro*, DD, 1, p. 250 ss.
- Dell'Olio M. (1998), *La subordinazione nell'esperienza italiana*, ADL, p. 697 ss.
- Fazzalari E. (1989), voce *Sentenza civile*, Enc. dir., XLI, p. 1262.
- Ferraro G. (2002), *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, RIDL, I, p. 423 ss.
- Fornaciari (2002), *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- Garofalo M.G. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, p. 359 ss.
- Giacchetti S. (1988), *Certificazioni I) Diritto amministrativo*, EGT, v. VI°.
- Ghera E. (2002), *Nuove tipologie contrattuali contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, DPL, p. 531.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.
- Iorio M. R. (2003), *Il contratto di lavoro ripartito o a coppia*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL suppl., 4, p. 89 ss.
- Liso F. (2002), *Collocamento e agenzie private*, DLRI, p. 591 ss.
- Magnani M. (1998), *Verso uno "Statuto dei lavori"?*, DRI, 3, p. 311 ss.
- Mariucci L. (2003a), *Interrogativi sugli enti bilaterali*, LD, p. 163.

- Mariucci L. (2003b), *La certificazione e gli enti bilaterali*, in Comitato Giuridico del Dipartimento Lavoro dei Democratici di Sinistra, *La riforma del mercato del lavoro proposta dal Governo*, in lavoro@democraticidisinistra.it
- Mengoni L. (2000), *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, p. 181 ss.
- Merusi F. (1970), *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano.
- Miscione M. (2003), *Il collaboratore a progetto*, LG, p. 812 ss.
- Mobiglia M. (2003), *Il lavoro intermittente (cosiddetto lavoro a chiamata)*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL suppl., 4, p. 96 ss.
- Nogler L., Borzaga M. (2003), *Ipotesi sulla disciplina del lavoro "accessorio": le virtù del modello belga*, *Impresa sociale*, p. 68 ss.
- Nogler L. (1997), *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, I, p. 311 ss.
- Nogler L. (2000a), *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 188 ss.
- Nogler L. (2000b), *Lavoro a domicilio e artigiano senza dipendenti*, GComm, p. 524 ss.
- Nogler L. (2002), *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, ADL, 1, p. 109 ss.
- Nogler L. (2003), *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, MGL, p. 110 ss.
- Novella M. (2003), *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, 3, p. 509 ss.
- Pedrazzoli M. (1990), *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, LD, p. 355 ss.
- Pelaggi A. (1999), *Prospettive di evoluzione normativa dei lavori atipici*, in *Le trasformazioni del lavoro*, F. Angeli, Milano, p. 140 ss.
- Pellicani G. (2003), *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, MGL, p. 512 ss.,
- Pera G. (2000), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano.
- Pera G. (1998), *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, RIDL, I, 371 ss.
- Pinto V., Voza R. (2002), *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, RGL, I, p. 453 ss.
- Proia G. (2002), *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, ADL, 1, p. 87 ss.
- Rausei P. (2003), *La certificazione del contratto di lavoro*, DPL, 10, Inserto, *La riforma del mercato del lavoro*, p. XV ss.
- Rodotà S. (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano.

- Romeo C. (2003), *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, LG, 2, p. 108 ss.
- Roppo E. (2001), *Il contratto*, Giuffrè, Milano.
- Roszbach G. (2000), *Einführung eines bundeseinheitlichen Anfrageverfahrens zum sozialversicherungsrechtlichen Status*, Die Angestellten Versicherung, p. 393 ss.
- Sacco R. (1982a), *Il contenuto*, in *Tratt. Rescigno*, 10, 2, Utet, Torino, p. 243 ss.
- Sacco R. (1982b), *L'integrazione*, in *Tratt. Rescigno*, 10, 2, Utet, Torino, 1982, p. 457 ss.
- Santoro Passatelli G. (2003), *Nuove forme di lavoro e occupazione*, Diritti lavori mercati, 2, p. 383 ss.
- Sassani B. (1989), *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Cedam, Padova.
- Scalfari E. (2002), *Il miraggio del sindacato parastatale*, La Repubblica, 9 giugno 2002, p. 1.
- Scarponi S. (2003), *Gli enti bilaterali nel disegno di riforma e nuove questioni circa la funzione dei «sindacati comparativamente più rappresentativi»*, LD, p. 223.
- Schmidt W. (2000), *Statusfeststellungsverfahren und Beginn der Versicherungspflicht*, DAngVers, p. 313 ss.
- Speciale V. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, RGL, I, p. 271 ss.
- Tiraboschi M. (1998), *La disciplina del job sharing nell'ordinamento giuridico italiano*, DPL, 22, p. 1406 ss.
- Tiraboschi M. (2003a), *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, LD, p. 101 ss.
- Tiraboschi M. (2003b), *Le procedure di certificazione*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL suppl., 4, p. 123 ss.
- Tiraboschi M. (2003c), *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, GL, 34, p. 30 ss.
- Tiraboschi M. (2003d), *A tempo di record*, Il sole 24 ore, 10 ottobre 2003, p. 1.
- Toffoletto F. (2003a), *«Scommessa» sulla certificazione*, Il sole 24 ore, 6 settembre 2003, p. 18.
- Toffoletto F. (2003b), *La certificazione blinda i contratti*, Il sole 24 ore, 6 agosto 2003, 15.
- Travers R. (2002), *Co.co.co., trappola infernale*, Il consulente del lavoro, 10, p. 32 ss.
- Treu T. (2003), *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, DRI, 1, § 6.
- Treu T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna.
- Torelli F. (2003), *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato?*, LD, p. 243.
- Vallebona A. (1992), *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, p. 479 ss.

Vallebona A. (2003), *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, 3^a, Cedam, Padova.

**Health Human Resource Planning Values, “Reinvented”
Delivery Structures, and Collective Bargaining in Health Care:
The Ontario Home Care Experience***

Tom Archibald

I. Introduction	76
II. Emerging Values in Health Human Resource Planning	78
(a) “Substantive” Values: Investment, Cost-Effectiveness, Innovation	79
(b) “Procedural” Values: Dialogue and Accountability	81
III. Reinvented Delivery Structures and Nurse Collective Bargaining: The Ontario Home Care Experience	82
(a) Reinvention: “Managed Competition” in Ontario Home Care	82
(i) Home Care: Definition and Importance	83
(ii) The Shift to Managed Competition in Ontario Home Care	84
(iii) Human Resource Problems in Ontario Home Care	87
(b) Nurse Collective Bargaining Decline Under Managed Competition	91
(i) Legal Background: Wagnerism in Ontario Home Care	92
(ii) The Role of Labour Law: Mismatches Between Wagnerist Concepts and the “Reinvented” Home Care Sector	94
(A) The “Classic” Employer	95
(B) The “Classic” Job	100
(C) Subordination and the Strike Weapon	101
1. Disputes with Non-Profits	103
2. Disputes in the For-Profit Context: The Comcare Strike	104
(D) Intimacy of Law and Collective Bargaining	107
IV. Implications of Collective Bargaining Decline for Health Human Resources Policy	109
(a) Benefits of Decline: Innovation, Cost-Effectiveness?	110
A Rebuttal	111

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 15/2003

(b) Costs of Decline: Segmentation & Deficits of Accountability and Dialogue	113
Managerial-Professional Dialogue : A Health Policy Value?	114
V. Implications for Labour Law	119
(a) Bargaining Structure	119
(b) Organizing Process	119
(c) Dispute Resolution	120
(d) Conclusion	121

I. Introduction

In the last five years, the effects of labour law structures on the distributive goals of Medicare are touched on only tangentially in the plethora of studies and commissions on the topic. The November 2002 report of the Commission on the Future of Health Care in Canada¹⁷⁶, chaired by former Saskatchewan premier Roy Romanow (hereinafter “Romanow Report”), continued this tradition; labour law in health care remained largely in the background. Throughout Romanow’s analysis of HHR problems, many of the disturbing trends he describes, and the resolution of “sensitive issues such as wage settlements, scopes of practice, and working conditions”¹⁷⁷ are *profoundly* affected by labour law; in particular, collective bargaining by health professionals. Against this background have occurred: increased strife between nurses’ unions and provincial governments in the past five years, troublesome wage settlements from “have provinces” and interprovincial “poaching” of nurses – all with important implications for cost-effectiveness and sustainability. While decrying these trends, Romanow and his predecessors stop short of critiquing the background regulatory order in labour law in which they arise.

I propose to undertake this type of critique. Examining the implications of trends in policy spheres conceptually “external” to health care is nothing new to health policy; for example, Romanow¹⁷⁸ and others¹⁷⁹ looked closely at the impact of international trade agreements. In the same spirit, I believe labour law structures are also a worthwhile focus of critique. Addressing labour market problems in health care and other sectors can benefit, I believe, from greater scrutiny of the background legal structures in which they arise. In short, health policy should care about labour law trends in health care.

In this connection, I make two claims. First, using Ontario in-home nursing under recently-instituted “managed competition” reforms as an example, I argue that the “reinvention” underway in Canadian health care is inimical to the accessibility and effectiveness of collective bargaining for employed professionals. In line with “reinvention” thinking aimed at greater efficiency, more provinces are “buying” health services for citizens from private firms, rather than “making” them. These measures include contracting out with for-profit health care firms for delivery of publicly-funded home care, diagnostic, and even some hospital and surgical services. If the recent Romanow and other reports are a barometer, hospitals will be doing far less, and firms and institutions currently on the “periphery” of the system will be doing far more. Much debate has erupted around this shift; my concern here is not with its health policy merits *per se*, but instead its effects on collective bargaining for nurses and other employed professionals. The Ontario home care experience, I argue, suggests that the accessibility and influence of collective bargaining for employed professionals in Canadian health care will dramatically erode if managed competition or other market-based reforms continue to take hold in the system.

¹⁷⁶ Commission on the Future of Health Care in Canada (Roy J. Romanow, Q.C., Chair). *Building on Values: The Future of Health Care in Canada – Final Report*. (Ottawa: Commission on the Future of Health Care in Canada, November 2002) [hereinafter “Romanow Report”], available on line at <http://www.healthcarecommission.ca>.

¹⁷⁷ *Ibid.* at 92.

¹⁷⁸ *Ibid.* ch. 11, at 235-50.

¹⁷⁹ T. Epps & C. Flood. *The Implications of the NAFTA for Canada’s Health Care System: Have We Traded the Opportunity for Innovative Health Care Reform?* (Working Paper, Health Law Group, Faculty of Law, University of Toronto, 2002).

I then argue that this trend is, on balance, not desirable when measured against emerging HHR planning values in Canadian health care. I describe *substantive* and *procedural* HHR planning values that have emerged in Canadian health policy in the post-Romanow era. Since Romanow, the goals of HHR planning are now firmly rooted in values of innovation and cost-effectiveness. While the Romanow Report and its predecessors called for immediate funding increases to increase the supply of nurses, physicians and other providers, they also want provinces and firms to invest future increases in developing more cost-effective modes of delivery. In short, Romanow and others want the new money to “buy change”, not just “peace” with governments and providers, leading to perpetuation of inefficient models of delivery. At the same time, “accountability” and “dialogue” have emerged as “procedural” values informing how HHR planning is carried out. That is, Romanow urged the creation of institutions to provide greater oversight and wider participation in HHR decision-making to ensure it meets the substantive goals.

While the decline of collective bargaining for health professionals seems at first glance to dovetail with such values, I argue that any benefits in this regard are outweighed by its conflict with procedural values of HHR planning. Unions and collective bargaining have sometimes come under fire from proponents of efficiency and reinvention in public administration as barriers to progress, so this perspective is predictable. As such, it may be tempting for provinces to ignore this trend and allow barriers like collective bargaining to vanish “naturally” and quietly. Also, collective bargaining can be seen as almost redundant in light of the desperate demand for professionals in health care and their general public support in the wake of the dramatic labour force upheavals and restraint of the mid-1990s. In this context, promoting collective bargaining for professionals in health care runs the risk of giving them still more political control on health care decision making. If professionals once enjoyed dominance over the system, the erosion of collective bargaining in these “reinvented” sectors of health care will certainly restore an apparent, if not real, “balance” of power between professionals and managers in the system.

On the other hand, I argue that any benefits gained by the retreat of collective bargaining are outweighed by two factors. Most immediately, this erosion segments the labour market in health care. As emerging sectors such as home care and primary care take up more care duties from hospitals, the entrenched collective bargaining structures in hospitals, side by side with the erosion witnessed in these sectors, creates a relative “magnet” effect, draining valuable human resources away from those parts of the system at a time when more patients are going the other direction. While it is clear that the entire professional workforce is in crisis, with workload and working conditions the most serious problems, those working in hospitals and other traditional sectors of health care generally enjoy better wages, benefits and working conditions than their counterparts in home care and other emerging sectors.

Second, and more importantly, I argue that this erosion eliminates an imperfect but workable internal accountability and dialogue mechanism between health care professionals and their employers. As governments shift from being producers of health services to buyers, oversight of HHR decisions and dialogue in how they are reached are becoming first-order values. As managers face increasing pressure to contain costs and innovate, the risks of self-serving (even profit-driven) behaviour increase. Thus, both managerial and professional interests have recognizable conflicts of interest that could impede innovation. Collective bargaining, properly structured, could supply a valuable internal accountability and dialogue mechanism so that each set of interests can test the positions of the others in a transparent dialogue responsive to the substantive

values of HHR planning. However, if collective bargaining retreats, this function is lost. In light of increased skepticism that governments – fearing political costs - will ever voluntarily implement effective accountability and dialogue mechanisms, the importance of alternate institutions to fill the void increases. As well, enhanced internal voice mechanisms that promote “workplace democracy” can enhance efforts to recruit and retain nurses by offering voice as an alternative to exit in the event of managerial-professional conflict.

I conclude by sketching some institutional design issues for collective bargaining in health care. While collective bargaining in its current design is far from the perfect mechanism, it remains preferable to an absence of internal voice for professionals. To “re-enfranchise” nurses and other health care professionals with collective bargaining access under reinvented delivery models, I sketch some institutional design issues that need to be confronted in terms of bargaining structure, organizing process and dispute resolution.

In my view, the erosion of access to collective bargaining for nurses and other professionals *is* a health policy concern. While conceding that forcing the issue by imposing the Wagnerist collective bargaining *mutatis mutandis* onto Ontario home care may not be the ideal approach, I suggest that until the search for an ideal joint-governance mechanism proceeds further, collective bargaining on the lines I propose offers the most immediate policy response to a pressing health care problem.

II. Emerging Values in Health Human Resource Planning

In Canada and internationally¹⁸⁰, the “human resource” crisis is among the greatest challenges facing health care. Not only is it rapidly growing as a focus of scholarly inquiry¹⁸¹, the need for immediate and drastic action, including greater public investment, is a refrain familiar to every Medicare inquiry in the last five years. While Quebec¹⁸², Saskatchewan¹⁸³ and Alberta¹⁸⁴ have all produced comprehensive reports, the most prominent recent studies have been at the federal level: the “Kirby”¹⁸⁵ Report from the Senate, and the Romanow Report. The Romanow Report is by no means the Gospel of health policy values, nor the “end of history” for health care reform. Valuable health human resource (HHR) planning dialogue will use Romanow and the wealth of other reports and ongoing research as a stepping-off point. However, it does synthesize and speak

¹⁸⁰ L. Aiken et al., “Nurses’ Reports on Hospital Care in Five Countries” (2001) 20:3 *Health Affairs* 43.

¹⁸¹ Several leading health law and policy journals in Canada and abroad have recently devoted entire issues to HHR problems. Most recently, see R. Alvarez et. al., “Planning for Canada’s Health Workforce: Looking Back, Looking Forward” 3:2 *Healthcare Papers* 12-28, and responding papers collected in the same volume.

¹⁸² Québec. Commission d’étude sur les services de santé et les services Sociaux. *Emerging Solutions – Report and Recommendations* (Québec: The Commission, 2001). Available on line at http://www.cessss.gouv.qc.ca/page1_f.htm.

¹⁸³ Saskatchewan. The Commission on Medicare (Kenneth J. Fyke, Chair). *Caring for Medicare: Sustaining a Quality System* (Regina: The Commission, 2001). Available on line at http://www.health.gov.sk.ca/info_center_pub_commission_on_medicare-bw.pdf.

¹⁸⁴ Alberta. Premier’s Advisory Council on Health (D. Mazankowski, Chair). *A Framework for Reform. Report of the Premier’s Advisory Council on Health*. (Edmonton: PACH, 2001). Available on line at http://www.premiersadvisory.com/pdf/PACH_report_final.pdf.

¹⁸⁵ Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology (Hon. Michael J.L. Kirby, Chair). *The Health of Canadians – The Federal Role: Final Report. Volume Six: Recommendations for Reform* (Ottawa: Senate of Canada, October 2002) [hereinafter Kirby Report] available on line at <http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-e/soci-e/rep-e/rep02vol6-e.htm>.

for the vast array of the preceding and contributed research into Canada's HHR crisis. Further, Romanow's report stands apart from the rest because, quite simply, it is more popular with Canadians at a grassroots level. As one expert noted, having consulted a mix of citizen and expert constituencies, it resonates with "the other 73% of Canadians" – patients and other non-expert, vulnerable groups in the system.¹⁸⁶

On HHR planning, however, the Romanow Report echoed its predecessors in outlining a number of disturbing trends.¹⁸⁷ These include an immediate and long-term shortage of physicians and nurses, a continued resistance by professions to accept changes to scope of practice, excessive workloads and declining "quality of working life".¹⁸⁸ Although recognizing that Canada's health professionals remained, despite the wage restraint of the mid-1990s, among the best paid among all OECD nations, Romanow noted that cost containment measures and restructuring "have taken their toll on Canada's health workforce."¹⁸⁹ In making these conclusions, Romanow echoed most of the themes of his predecessor Commissions.

Nurses, which make up 35%¹⁹⁰ of Canada's health care workforce, have been routinely singled out for attention in this respect. All the HHR problems that plague the system in general can be found in the nursing profession: shortages, concerns about workload levels, "downward" substitution of nurses with lower-paid and less-regulated providers, stress and burnout, and other changes to the work environment. Romanow noted that enrolments in nursing schools are stagnant, and recruiting and retaining nurses is becoming more and more difficult. Put simply, health care seems less and less attractive as a career, and the system is suffering for it.

While attempting to divine what values will come to dominate health human resource (HHR) planning in the post-Romanow era is obviously difficult, early indications suggest that HHR planning will occur in line with new values, both substantive and procedural. "Substantive" means investment, cost-effectiveness and innovation: values that currently infuse our decision-making about "appropriateness" in HHR planning; that is, how we decide what are the "right" number, distribution, scope of practice, remuneration and working conditions of our health providers. Procedural values describe accountability and dialogue in how substantive choices are made in the system and how outcomes are measured against prescribed standards of quality, accessibility and cost-effectiveness.

(a) "Substantive" Values: Investment, Cost-Effectiveness, Innovation

Substantively, Romanow made it clear that the above-noted trends in nursing must be addressed immediately, and urged targeted funding for home care as an important short-term step.

¹⁸⁶ Michael Decter, President, Canadian Institute for Health Information (CIHI), speaking at "Life After Romanow and Kirby: Will Real Change Happen?" Symposium by the Health Law Group, Faculty of Law, University of Toronto, December 10, 2002 [hereinafter *Life After Romanow and Kirby*]. Mr. Decter spoke, along with Hugh Segal, President of the Institute for Research in Public Policy, Kingston, Ontario, and Profs. Carolyn Tuohy, Colleen Flood and Sujit Choudhry from the University of Toronto.

¹⁸⁷ The Report focused on HHR problems in ch. 4. *Romanow Report*, *supra* note 1 at 91-115.

¹⁸⁸ *Ibid.* at 93-94.

¹⁸⁹ *Ibid.* at 91.

¹⁹⁰ *Ibid.* at 92.

However, Romanow also made it clear that cost-effectiveness and innovation are equally important, long-term values in HHR planning. “Reinvention”¹⁹¹ to promote innovation, quality and cost-effectiveness in HHR planning will thus become a top priority. As some experts have noted, a major risk in the post-Romanow period of health care reform is that the \$15 billion in new federal funding demanded by Romanow will be wasted on short-term “quick-fix”¹⁹² solutions and agreements to “buy peace”¹⁹³ (whether between provinces and the federal government, or between provinces and their physicians, nurses and other providers). This time, say the experts, policy makers must give patients’ interests top priority, over those of providers, governments and other powerful and entrenched groups in the system.¹⁹⁴ In the wake of \$23 billion in new federal funding announced in September 2000, however, three “have” provinces (Alberta, Ontario and British Columbia) gave hospital nurses generous wage increases. Romanow specifically singled out these trends for concern in light of the aforementioned risks:

...[T]he Commission strongly feels that the additional funds should not become a target for increasing salary pressures from health care providers. There is a serious political risk to all parties – governments, health care providers and their organizations, and regional health authorities – if the bulk of additional funds simply goes to pay more for the same level of service, the same access, and the same quality. This simply will not be acceptable to Canadians.¹⁹⁵

That is, Medicare must prevent nurses and other professions from extracting “rents”, whether through collective bargaining or other institutions (such as physician-government negotiations in some provinces). Wages and other trends are now going to be measured against new yardsticks of their impact on the quality, accessibility and cost-effectiveness of care. In light of this, the Report recommended that “a portion of [proposed new funding] should be used to improve the supply and distribution of health care providers, encourage changes to their scopes and patterns of practice, and ensure that the best use is made of the mix of skills of different health care providers.”¹⁹⁶

In short, the post-Romanow message is that we need more human resources but also need to use them more efficiently. The pursuit of “best practices”, cost-effectiveness, and other values is now well-entrenched in HHR planning. While they have always been ideals in health care and administration in other public sectors, the current “crisis” of health care prodding Romanow and his predecessors has made them central to the sustainability of Medicare. In line with this message, governments across Canada are ready to experiment with new delivery models, among

¹⁹¹ This term was first coined in D. Osborne & T. Gabler, *Reinventing Government* (New York: Plume, 1993), a well-known analysis and proposal for reforms in the delivery of public services. As governments have moved ahead with restructuring, “public-private partnerships” to deliver public services, and other strategies to cope with fiscal pressures in public administration, “reinvention” approaches have attracted more attention from governments in both Canada and the U.S. For an excellent analysis of “reinvention” strategies for Canadian governments, including contracting out and privatization, see M. Trebilcock, *The Prospects for Reinventing Government* (Toronto: C.D. Howe Institute, 1994).

¹⁹² C. Flood, *International Health Care Reform: A Legal, Economic and Political Analysis* (London: Routledge, 1999) [hereinafter *International Health Care Reform*].

¹⁹³ Hugh Segal, speaking at *Life After Romanow and Kirby*, *supra* note 11.

¹⁹⁴ Prof. Colleen Flood, speaking at *Life After Romanow and Kirby*, *supra* note 11.

¹⁹⁵ *Romanow Report*, *supra* note 1 at 105.

¹⁹⁶ *Ibid.*

them increased contracting-out with for-profit firms to deliver Medicare services. The reforms in Ontario home care described below fall squarely in this category.

(b) “Procedural” Values: Dialogue and Accountability

Procedurally, “accountability” and “dialogue” and have emerged as values from the Romanow Report and subsequent debate. “Accountability” connotes mechanisms of oversight, transparency and measurement against prescribed norms of quality, accessibility and cost-effectiveness. As the federal government will try to extract accountability from provinces for cost-effective use of transfer payments for health care, so too will provinces do so to the regional boards, institutions, contracting firms and providers (most notably physicians) to whom they dispense funds. Particularly in this rare and volatile “open” period of health care reform, in which the political risks of inaction outweigh those of action, these values tell us *how* we want HHR planning to occur. Where government shifts from a “maker” to a “buyer” of Medicare services from the for-profit private sector, accountability is necessary to ensure that the touted gains in quality, accessibility and cost-effectiveness are truly achieved. More broadly, accountability implies the burden of justifying a wide range of other notionally “private” contractual arrangements in the system along the same lines. Terms and conditions of employment fall squarely under this rubric, so labour market trends – particularly the contents of recent collective bargaining settlements in the hospital sector – are also coming under scrutiny.

“Dialogue” connotes the need for a more inclusive policy process in HHR planning, the need to account for the interests of a wider range of interests, and the need to engage all stakeholders in evidence-based critiques of what Romanow termed “sensitive” HHR issues such as wages, working conditions and scopes of practice. To promote the most cost-effective HHR planning, Romanow recommended that his proposed Health Council of Canada (HCC) take a greater role in labour market research and planning.¹⁹⁷ He stated that

[t]he [HCC], with expertise drawn from providers, is the best vehicle for addressing health human resource issues and driving the process forward over the longer term. It can serve as a focal point for facilitating co-operation among governments, health providers and the public. It can address sensitive issues such as demands from various health provider organizations and changing scopes of practice through an arm’s length, independent body.¹⁹⁸

By recommending such an inclusive process, Romanow sees political dialogue between all affected parties as vital to sound HHR planning. By envisioning the HCC as the primary vehicle for HR planning, Romanow rejects HHR planning that happens in a haphazard, un-coordinated manner through the unfettered operation of collective bargaining and other labour market processes. Under these processes, “human resource issues go round in circles, never really getting to the heart of the matter.”¹⁹⁹

Further, Romanow’s recommendations show a clear preference for more balanced and meaningful dialogue and participation between all affected parties to HHR planning: citizens, patients,

¹⁹⁷ Romanow Report, *supra* note 1 at 108.

¹⁹⁸ *Ibid.* at 111.

¹⁹⁹ *Ibid.* at 110.

providers, managers, governments and other experts labour market to promote the quality, accessibility and cost-effectiveness of professional care, his recommendations recognize the inherent tensions between managerial, professional, patient and government interests, as well as the potentials for conflicts of interest, self-serving behaviour or regulatory “capture” by each group. Through a mechanism like the HCC, all affected groups would act as a political “check” on each other’s proposals for planning.

III. Reinvented Delivery Structures and Nurse Collective Bargaining: The Ontario Home Care Experience

In this section, I isolate one labour law trend for analysis against these values. Since the advent of “managed competition” in Ontario’s publicly-funded home care system, meaningful access to collective bargaining has dramatically declined for nurses. As I will argue, this is due to deficiencies in the background collective bargaining regime currently in home care – commonly called the “Wagner Act” model, or Wagnerism (named after the proponent of the *National Labor Relations Act* in the U.S. in 1935²⁰⁰). In particular, I argue that the Wagner Act model in Canadian health care cannot preserve meaningful access to collective bargaining for professional employees in the context of a rapidly changing delivery structure involving competition with for-profit firms. Based on these findings, I argue that if “reinvention” along the lines of Ontario home care’s competitive contracting model spreads throughout health care, and as more care is delivered outside hospitals, collective bargaining – once firmly entrenched in the system – may well recede in importance as a driver of HHR trends and an internal voice mechanism for professional employees.

(a) Reinvention: “Managed Competition” in Ontario Home Care

More than ever, governments in Canada and across the Western world are seeking to “reinvent” how they deliver health care through measures such as contracting out and privatization.²⁰¹ Reinvention can also include changes in how care is delivered, by whom, and at what cost. In either case, the rationale is familiar: containing health care spending and protecting the sustainability of the system. Now that innovation and cost-effectiveness are dominant values in HHR planning, the incentive to experiment with new delivery structures is greater than ever.

One of the most controversial issues in health policy surrounds one increasingly popular form of reinvention: contracting with private-sector facilities, including for-profit firms, for the delivery of core Medicare services. First, it must be made clear that private, for-profit delivery is already entrenched in Medicare in the form of private physician practice funded on a fee-for-service basis. However, the arrival of privately-owned and for-profit firms to deliver other publicly-funded health services is a more recent phenomenon, and one likely to increase despite Romanow’s admonition otherwise.²⁰² Recent measures in some provinces to contract with for-profit firms for

²⁰⁰ *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C. (1935).

²⁰¹ Flood, *International Health Care Reform*, *supra* note 17.

²⁰² Romanow rejected arguments in favour of private, for-profit delivery on the basis that there was no evidence that such measures improve quality or enhance efficiency. Because of the sensitivity of this issue, Romanow’s comments on this point bear reproduction here: Proponents of for-profit care may insist that the quality of care is not an issue, but there is evidence from the United States to suggest that the non-profit sector tends to have better quality outcomes than the for-profit sector in such things as nursing home

publicly-funded surgery, diagnostic procedures such as MRIs, and cancer treatment have attracted much attention and sparked debate about the proper role of private, for-profit delivery in health care. More and more services may well be delivered in a wide range of smaller, more specialized, independent health facilities rather than hospitals. The extent to which such measures proliferate in the wake of the Romanow and Kirby reports is difficult to predict, but will depend greatly on federal-provincial relations and other political factors.

For my analysis, the “managed competition” reforms to Ontario home care provide an excellent example of this type of reinvention in health care, and its impact on collective bargaining. Since 1996, acute nursing, therapy and other “medical” home care services are now delivered through a competitive contracting model involving for-profit providers. Before describing this reform, the emerging importance of home care within Medicare ought to be outlined.

(i) Home Care: Definition and Importance

“Home care is the most urgent element of modernizing and enhancing medical care.”²⁰³ That was Canada’s health minister in 1998. In the wake of Romanow, this is truer than ever.

Home care is “...an array of services which enables clients, incapacitated in whole or in part, to live at home, often with the effect of preventing, delaying or substituting for long-term care or acute care alternatives.”²⁰⁴ In Canada, home care’s acute-care substitution function is rapidly growing. Home care’s proponents say it is more cost-effective than hospitals or other institutions at treating the sick and elderly, and that the quality of care and health outcomes are superior when patients are treated in their own homes.²⁰⁵ Medicare, the home was the predominant site for most medical care; for example, physician house calls were more common. However, as hospitals and physicians became the cornerstones of the various provincial medicare plans that arose under the *Canada Health Act*²⁰⁶ and previous funding arrangements, home care’s role in Medicare shrank. It is currently listed as an “extended health service” under the CHA, meaning provinces do not have to adhere to the CHA’s five funding criteria (universality, comprehensiveness, portability, public administration and accessibility) to receive federal health transfers, as they must with respect to hospital and physician services.

care and managed care organizations and hospitals. More recently, a comprehensive analysis of the various studies that compare not-for-profit and for-profit delivery of services concluded that for-profit hospitals had a significant increase in the risk of death and also tended to employ less highly skilled individuals than did non-profit facilities.

For those reasons, the Commission believes a line should be drawn between ancillary and direct health care services and that direct health care services should be delivered in public and not-for-profit health care facilities.

[References omitted] *Romanow Report*, *supra* note 1 at 7.

²⁰³ Federal Health Minister Allan Rock, cited in M. Anderson & K. Parent: *Putting A Face on Home Care*. Report prepared for the Canadian Association of Retired Persons. (Kingston, Ont.: Queen’s University Health Policy Research Unit, 1999) [hereinafter *Putting a Face on Home Care*], p. iii.

²⁰⁴ Health Canada. Home Care Development. Federal-Provincial-Territorial Advisory Committee on Health Services Working Group on Continuing Care. *Provincial and Territorial Home Care Programs: A Synthesis for Canada* (Ottawa: Health Canada, 1999) [hereinafter *Home Care Synthesis*], p. 10. On line at <http://www.hc-sc.gc.ca>, accessed May 2000.

²⁰⁵ Health Services Utilization and Research Commission, *Hospital and Home Care Study. Summary Report No. 10* (Saskatoon: HSURC, 1998); L. Soderstrom et. al. “The health and cost effects of substituting home care for inpatient acute care: a review of the evidence” (1999), 160:8 *Canadian Medical Association Journal* 1151; K. Parr, Saskatchewan Health Services Utilization and Research Commission, *The Cost-Effectiveness of Home Care: A Rigorous Review of the Literature* (Saskatoon: HSURC, 1996).

²⁰⁶ R.S.C. 1985, c. C-6, s. 2.

However, more nursing services once rendered in hospitals and long-term care facilities are now provided in the home, and various forms of therapy and rehabilitation services have also been shifted. In addition to traditional holistic nursing care (e.g. monitoring health, wound dressing, and administering medication) technological advancements have facilitated more complex nursing care in the home, such as kidney dialysis. As of 1997, nursing services comprised the largest component of publicly-funded home care services, at 38.8%. With therapies comprising 26.5% of home care services, total acute and rehabilitative services now comprise almost three-quarters of all home care services.²⁰⁷

Romanow distinguished between the “medical” components of home care services outlined above, and the “supportive” components – support for daily living, hygiene, diet and other needs. While hospitals maintain a central place in the system, they are no longer envisioned as its cornerstone. They have pared back budgets, bed spaces and redefined their services in line with a reduced role - emergency, surgeries, and other highly acute, risky or complex care. Picking up the remainder of care are emerging sectors once at the periphery of the system, such as home care, primary care, and independent health facilities. “In effect, home care should not be seen as a distinct category of care, but as a key part of the health care system,” declared Romanow²⁰⁸. Thus, he recommended more public funding, and the enshrinement of “medical” home care services – post-acute nursing or therapy services, rehabilitation services, mental health services, palliative care and medication management - in the CHA as essential components of Medicare.²⁰⁹

(ii) The Shift to Managed Competition in Ontario Home Care

“Managed competition” is increasingly popular in some industrialized countries as a way to make health care more efficient.²¹⁰ Though it can take many different forms, the idea behind competitive contracting is to encourage better management of public health care dollars by rewarding firms that deliver higher quality at a better price to the taxpayer.

Since 1996, Ontario has used managed competition to deliver all home care services – including nursing, therapy and other services Romanow deemed essential to Medicare. The “RFP” (Request for Proposals) process replaced the 74 Home Care and Placement Coordination programs that had provided home care services through a non-competitive delivery structure. Many other prov-

²⁰⁷ Health Canada, Profile of Home Care Statistics in Canada. “Number of Home Care Clients Served by Type of Service (1996-97)” on line at <http://www.hc-sc.gc.ca>, accessed February 2001.

²⁰⁸ Romanow Report, *supra* note 1 at 185.

²⁰⁹ The Report focused on home care in ch. 8, at 171-189. In Recommendation 34, Romanow specifically calls for the following measures:

The proposed new Home Care Transfer should be used to support expansion of the *Canada Health Act* to include medically necessary home care services in the following areas:

- Home mental health case management and intervention services should immediately be included in the scope of medically necessary services covered under the *Canada Health Act*.
- Home care services for post-acute patients, including coverage for medication management and rehabilitation services, should be included under the *Canada Health Act*.
- Palliative home care services to support people in their last six months of life should also be included under the *Canada Health Act*.

Romanow Report, *supra* note 1 at 176.

²¹⁰ Flood, *International Health Care Reform*, *supra* note 16.

inces contract with private agencies for the “supportive” components of home care, but the medical components are more often provided by staff employed directly by the government or by non profit firms that have secure funding.²¹¹ Thus, by entrenching competitive contracting with an increasingly for-profit private sector as the delivery model for what are now deemed essential Medicare services, Ontario stands apart from other provinces.

Elected a year earlier, the Conservative government was swift to attack the non-profit “monopoly” it decried in home care. “When a Mike Harris government gets in, we’re going to restore the balance between the private sector and the not-for-profit sector in this province,” announced a Conservative health critic in 1994.²¹² Thus, the RFP process was born, and the market opened up to for-profit firms. In 1998, even when the RFP process was fully implemented, the minister responsible for home care still decried the “monopoly” that non profit firms had once enjoyed, adding that the old system contained no incentives to control costs or monitor quality. “People who determined who got home care were in many respects the same people who provided care,” he stated. The minister reportedly accused some non-profit providers of actually defrauding the province. Competitive contracting under the RFP process would, he argued, break up this monopoly, allow more competition by for-profit home care agencies, save money and enhance the quality of care.²¹³

Managed competition in Ontario home care works as follows. Currently, 43 regional bodies called Community Care Access Centres (CCACs) receive annual blocks of funding from the Ministry of Health and Long-Term Care. They use this money to contract, through the RFP Process, with private firms for almost all of the goods and services they used to deliver directly. In short, CCACs became “buyers” rather than “makers” of home care services. Contracting firms include the Victorian Order of Nurses (VON) who used to enjoy the “monopoly” broken up by the Harris government, St. Elizabeth Health Care, St. Elizabeth Nursing, Comcare, Bayshore, and WeCare. More and more for-profit, and U.S.-owned or based firms, are entering the Ontario home care market.

Until 2001, CCACs were governed by independent, incorporated, non-profit community-appointed boards that are accountable to the Ministry of Health through annual service agreements. With the passage of the *Community Care Access Corporations Act, 2001*²¹⁴, however, CCACs became statutory corporations whose boards are appointed by the provincial government, and who operate under much stricter control and review by the Minister of Health than was previously the case.

For nursing services, CCACs issue RFPs every three to five years, or whenever a contract expires or terminates for other reasons. After receiving the proposals, CCACs award the contract(s) based on a range of factors comprising cost and quality of care. The RFP process has fostered greater variability and fragmentation in the cohort of firms that deliver home care. In 1997, the Ministry

²¹¹ *Home Care Synthesis*, supra note 29.

²¹² Jim Wilson, quoted in Hansard, 21st Parliament, 1994, Legislative Assembly of Ontario.

²¹³ Cam Jackson, quoted in J. Barber, "Saving 'an awful lot of money'" *The [Toronto] Globe and Mail* Dec. 14, 1998, A4.

²¹⁴ S.O. 2001, c. 33.

of Health issued guidelines for the RFP Process²¹⁵, but CCACs still retain wide discretion. As contemplated by the guidelines, CCACs commonly divide their nursing contracts among at least two or more firms. The result is a patchwork of firms working under contracts of varying size and duration. For example, a CCAC could divide a three year nursing contract among firms A, B and C, each receiving 33%. For that period, the CCAC has all three firms at its disposal to supply nurses. Patients enter the system either by referral or by contacting the CCAC themselves. CCAC case managers determine entitlement on the basis of need. After the plan of care is arranged, CCACs select one of the firms to provide it. While CCACs set the plan of care, the contracting firms are the *de jure* employers of the nurses who carry it out.²¹⁶ Contracting with multiple firms gives CCACs the flexibility to allocate tasks among them depending on need and other circumstances. In this example, if all of firm A's nurses are already assigned to patients, or if for other reasons (such as a labour dispute or the firm's financial condition) it is not able to meet the CCAC's needs, then the CCAC simply turns to firm B or C for nurses.

Further, after the three-year contract expires, the CCAC is free to award the contract among an entirely new set of providers. Thus, the number and identity of the employers supplying home care nurses to CCACs can change dramatically with each new round of competition. In our example, if firms A and B lost their contracts to firms C, D and E in the next contracting round, many of the nurses they employed would seek new jobs either with firms C, D and E, the hospital sector or elsewhere. Although there are no precise data yet, each RFP round can result in significant turnover. Thus, while the RFP Process has consolidated home care funding and administration into 43 regional boards, it has also created more fragmentation and variability among the provider agencies that actually employ nurses.

Some opponents of managed competition rest their critiques on *a priori* opposition to increased "private" involvement in health care, saying it pushes the Canadian system closer to "American-style", for-profit health care.²¹⁷ Others have criticized it for how it operates in practice, suggesting it poses risks to quality and accessibility without proper regulation.²¹⁸ Romanow's admonition against for-profit, private delivery of essential Medicare services suggests tacit sympathy for these concerns.

In response, its proponents point out that private sector involvement in health care is nothing new, and therefore that the *a priori* objection to private *delivery* of publicly funded services is misleading.²¹⁹ According to some experts, it matters not to patients how care is provided, by

²¹⁵ Ontario. Ministry of Health, Long-Term Care Division. "Provincial Requirements for the Long Term Care Request for Proposals Process" (Ministry of Health, September 1997), p. 2 [hereinafter *RFP Guidelines*].

²¹⁶ The Ontario Labour Relations Board recently affirmed this in *Durham Access to Care*, *infra* note 96, discussed in Part III below.

²¹⁷ The union movement has been the most vocal in opposing competitive contracting. See e.g., R. Sutherland, "The Cost of Contracting Out Home Care: A Behind the Scenes Look at Home Care in Ontario" (unpublished, Canadian Union of Public Employees, 2001).

²¹⁸ M. Anderson & K. Parent, "Care in the Home: Public Responsibility - Private Roles?" (Toronto: Dialogue on Health Reform, June 2000) [hereinafter *Care in the Home*]; A. Williams et. al., "Long-Term Care Goes to Market: Managed Competition and Ontario's Reform of Community-Based Services" (1999) 18:2 *Cdn. J. on Aging* 125.

²¹⁹ E. Witmer, "Bringing Healthcare Closer to Home: One Province's Approach to Home Care" (2000) 1:4 *Healthcare Papers*; Ontario Home Health Care Providers' Association, "The Competitive Process in Contracting for Home Health and Social Care Provision" (unpublished position paper, March 1999).

whom, or for what motive, so long as the end result is quality and accessible publicly-funded care. On this view, managed competition is not *per se* objectionable; rather, the real problems are ensuring adequate funding levels and instituting proper accountability mechanisms for quality and cost. Despite Romanow's clear position on for-profit contracting, these debates will not end anytime soon.

(iii) Human Resource Problems in Ontario Home Care

Parallel to the above trends, the home care workplace itself has also been reinvented. While some trends in nursing work promise greater cost-effectiveness, others are causing some concern to health policy. All the HHR problems identified by Romanow exist in every province's home care system.²²⁰ The most urgent: a dire shortage of nurses. While this plagues health care systems in Canada and abroad²²¹, it is particularly severe in home care. At a time when the number and acuity of home care patients²²² dependent on home care is rising, as of 2000 only 3.7% of employed nurses in Canada worked in home care.²²³ The main factors cited by the nursing profession in a recent survey are underfunding, low wages relative to hospitals and other institutions, and poor working conditions.²²⁴ Currently, comprehensive official data on home care wages and benefits are not available, but a recent federal government report concluded that home care wages are consistently lower than for comparable jobs in hospitals and other institutions. One source reported, for example, that in 2000 hospital nurses received between \$20.50 and \$30.24 hourly, while home care nurses earned between \$18.71 to \$24.86.²²⁵ It also noted that wages in for-profit home care firms are often lower still. Many home care nurses do not receive significant fringe benefits, and are some are not compensated for travel time.²²⁶ A 2001 report commissioned by the Harris government showed these problems to be no less severe in Ontario. The report by Price Waterhouse Coopers ("the PWC Report") concluded that Ontario's home care system was underfunded, understaffed and plagued by waiting lists.²²⁷ The cause is not in dispute. Both home care firms, nurses and CCACs all agree that the wage gap between home care and institutions makes it harder to recruit and retain nurses in home care.²²⁸

²²⁰ Human resource issues are identified by home care policy observers as their top concern, along with funding. See e.g. M. Anderson & K. Parent, *CARP's Report Card on Home Care in Canada 2001: Home Care by Default, Not by Design* (Ottawa: Canadian Association of Retired Persons, 2001) [hereinafter *Home Care by Default*] at 14.

²²¹ Aiken et al., "Nurses' Reports on Hospital Care", *supra* note 5.

²²² "Client" is currently in vogue to describe those who depend on home care. In light of Romanow and other reports, this term seems inappropriate due to the essential medical nature of many home care services. "Client" connotes a non-medical, voluntary consumer actor. It is consistent with a relationship of choice and the attainment of *wants*, rather than with a relationship of dependence and *need*. In my view, "patient" is preferable, as it recognizes the real vulnerability of those dependent on medical home care services.

²²³ Canadian Institute for Health Information, Registered Nurses Database, *Supply and Distribution of Registered Nurses in Canada, 2000* (Ottawa: CIHI, 2000) [hereinafter *Supply and Distribution*], p.76, Table 6.0a.

²²⁴ *Home Care by Default*, *supra* note 45 at 14.

²²⁵ *Ibid.*, at 15. Figures are for Registered Nurses.

²²⁶ *Putting A Face on Home Care*, *supra* note 29 at 72.

²²⁷ Price Waterhouse Coopers, *A Review of Community Care Access Centres in Ontario: Final Report* (Toronto: Ministry of Health, December, 2000) [hereinafter *PWC Report*].

²²⁸ Registered Nurses' Association of Ontario, *Ensuring The Care Will Be There: Report on Nursing Recruitment and Retention in Ontario*. (Toronto: RAO, April 2000) [hereinafter *RAO Report*] at 50; Ontario Home Health Care Providers' Association, "Home Care

Other aspects of the reinvented workplace in home care may also be impeding recruitment and retention efforts for home care. Because of the travelling involved and the numbers of clients to serve, serious workload and safety issues also arise. In sprawling rural areas and sometimes dangerous urban centres, travel to a patient's home can be dangerous. As well, there are sometimes safety risks involved in serving a patient in their home while alone.²²⁹

Ontario nurses' organizations say the home care work environment is also deteriorating from both a personal and professional standpoint. Concern has been expressed, for example, about an increasing shift by home care employers from per-hour to per-visit as the mode of compensation. From a management perspective, this saves labour costs. However, the profession says that paying nurses on a per visit basis shifts to them the task of containing costs because more time with individual patients may well mean fewer visits, and less pay overall. It thus creates strong incentives to shorten patient contact. As one report concluded:

Nurses bitterly complain that they must reduce the level of service they deliver in order to make enough calls to become cost-effective (when on salary) or make an adequate living when paid on a per visit model. Most disturbingly, nurses report that they are continually in a rush and not in a position to supply the amount of care which their professional judgement tells them is necessary.²³⁰

In complex acute care cases, which are becoming more common in home care as patients are discharged quicker from hospitals after surgery, childbirth or other treatments, per-visit pay can conflict with the profession's ideals of "holistic" nursing practice, which mandate attention – and the devotion of time – to all aspects of a patient's health.

As well, fewer nurses are paid travel allowances, or for time needed to document care, and fewer are provided with vital communication equipment like cellular phones. The itinerant and isolated nature of home care nursing creates health and safety concerns. Caring in the home in isolation from colleagues and support staff leaves nurses more vulnerable in the event of a violent patient episode. In addition, the risks inherent in travelling – usually driving – to the site of care can be significant in sprawling rural areas, especially in winter, as well as in high-crime locations in urban areas at night. While some nurses reportedly prefer the autonomy and flexibility of community nursing, the increased workloads resulting from the nursing shortage have made it much more challenging and less professionally rewarding. Because of travel time and the professional obligation to see all assigned patients in a given day, some nurses are working over 12 hours a day.

Relative to hospitals or other health facilities, the home may not be a sufficiently controlled setting for complex acute care. For instance, it may not contain necessary facilities and resources, it may not be clean or quiet enough to deliver proper care, and the physical remoteness of the

Worker Compensation" (unpublished position paper, October, 2000); and Ontario Association of Community Care Access Centres, Human Resources: A Looming Crisis in the Community Care System in Ontario" (unpublished position paper, July 26, 2000) at 17.

²²⁹ *Ibid.* at at 71-72. See also A. Steinberg, *A Survey of Personal Safety Risks and Strategies Among Saskatchewan Home Care Nurses* (M.N. Thesis, University of Regina, 1995).

²³⁰ *RNAO Report*, *supra* note 54 at 50.

patient (as compared to hospitals) reduces the nurse's ability to control and monitor the patient on an ongoing basis.

Scheduling arrangements aimed at cost-effectiveness have also raised some concerns for nurses. One prominent concern is about the increasing "casualization" of the home care nursing workforce. Casual employment is distinct from part-time employment in that it does not have regular patterns, and is less secure than full-time work. As such, some casually-employed nurses work for multiple employers. Figures from 2000 show that between that between 1990 and 1997, casual employment for all nurses employed in Canada rose from 14% to nearly 19%.²³¹ As well, 15.4% of employed nurses worked for more than one health care firm; in Ontario, the figure stood at 14.9%.²³²

Casualization perfectly embodies the debates about the "reinvented" health care workplace. While casualization promises greater efficiency - it can save employers labour costs by giving them more flexibility to vary staffing levels quickly in response to fluctuations in service - it can be a double edged sword for nurses. On one hand, it can give them more control over their hours of work than they would have under regular full or part time schedules. Thus, it holds the promise of improving productivity and cost-effectiveness while permitting nurses to strike desirable work-personal arrangements. On the other hand, critics of casualization say that, without adequate legal protections, it can become unattractive to nurses.²³³ For instance, nurses may work many hours one week, and none the next. As such, they may not accumulate experience as quickly as full or part-time nurses and thus be excluded from entitlement in workplace benefit plans and advancement in wage scales. Further, they may be called into work on short notice; despite their freedom to decline shifts, many feel compelled to say yes, affecting their ability to balance work and personal commitments. According to the Ontario Nurses' Association (ONA), the largest nurses' union in Ontario, casual employment may require some home care nurses to work for more than one firm because of uncertainty about income. One union official stated it was not uncommon for nurses to carry several uniforms of their different employers in their cars during their workday so they can change between visits. According to the profession, the increasing contingency of home care nursing employment harms the "quality of working life" in nursing, and hence the ability of the home care system to attract and retain nurses.²³⁴ Thus, home care experiences a high turnover rate in nursing staff, as nurses seek jobs in hospitals, leave Canada, or the profession altogether.²³⁵

²³¹ Advisory Committee on Health Human Resources, *The Nursing Strategy for Canada* (Ottawa: ACHHR, 2000), [hereinafter *Nursing Strategy*] at 18. Figures do not include Quebec. The ACHHR was an *ad hoc* body formed by the provincial ministers of health in 1999.

²³² *Supply and Distribution*, *supra* note 48 at 39, and Table 15.0a, p. 95.

²³³ *Nursing Strategy*, *supra* note 57 at 10.

²³⁴ The lack of full or part time employment in health care was cited by 62.7% of nurses surveyed by the Registered Nurses Association of Ontario as a reason for their decision to leave Ontario for the United States. See RNAO, "Earning Their Return: When & Why Ontario RNs Left Canada, and What Will Bring Them Back" (Toronto: RNAO, 2001). See also *Care in the Home*, *supra* note 44 at 8; and the recommendation for more full and part time positions in A. Baumann et al., *Commitment and Care: The benefits of a healthy workplace for nurses, their patients and the system* (Ottawa, CHSRF, 2001) [hereinafter *Commitment and Care*] at 16.

²³⁵ Health Canada. Home Care Development. *Human Resource Issues in Home Care in Canada: A Policy Perspective* (Ottawa: Health Canada Home Care Development, 1999), on line at <http://www.hc-sc.gc.ca>, Section 3.6.3, "Wages and Benefits". See also see also *Home Care by Default*, *supra* note 46 at 18-19 for survey results showing difficulty recruiting, high turnover and increased workload.

Some nurses also say casual employment can interfere with the “continuity” of care – stability in the identity of provider and patterns of treatment. Continuity of care is said to affect the quality of care inasmuch as disruptions and sudden changes harm the *process* of care – particularly for seniors - and may also affect health outcomes. In a recent report on home care, continuity was cited by home care patients as a vital concern:

One of the bitterest complaints of clients is the disruption and lack of confidence that occurs when many different workers enter their homes. Not only is it tiring for clients to repeatedly instruct new workers but important information about the client’s condition may be lost...More so than in other health settings, continuity and reliability of home care workers are critical to the quality of the care delivered.²³⁶

To the extent they worsen the nursing shortage, these trends worsen access problems in home care. A 2000 survey of Canadian home care firms showed between 29 and 34% of those surveyed felt that difficulties in recruiting and retaining nurses had a negative impact on the accessibility of care.²³⁷ To the extent the public system cannot meet patient needs, it shifts the burden to the patient or their informal caregiving support network in the form of time, unpaid labour and sometimes money. A disproportionate share of this burden has fallen on women, whether spouses, children or others in a patient’s support network.²³⁸ Thus, access problems in home care have a distinctly gendered character.

As well, even if supply problems are met with more funding, concerns are still increasing that poor working environments for nurses and other caregivers also harm the quality of care itself. Assuming a shared understanding of the goals of post-acute home care – of what “quality” means in this setting – debate will likely continue on the nursing profession’s claimed link between their working conditions and the welfare of their patients. Emerging literature on this point, however, is tending to favour the nurse’s position. A recent government-commissioned study reiterated the less controversial link between working conditions and recruitment, but went further to argue that it also affects patient health outcomes.²³⁹ The study singled out six aspects of the nursing practice environment for scrutiny:

- workload levels
- job security and predictability
- managerial and collegial support and training
- the level of professional identity in the workplace
- the level of nursing participation in management decisions affecting care, and

²³⁶Health Canada. Human Resource Issues in Home Care in Canada: A Policy Perspective (Ottawa: Health Canada, 1998), section 6.1 Accessible on line at <http://www.hc-gc-ca>.

²³⁷ *Home Care by Default*, *supra* note 46 at 23.

²³⁸ M. Morris et al., *The Changing Nature of Home Care and Its Impact on Women's Vulnerability to Poverty* (Ottawa: Status of Women Canada, November 1999).

²³⁹ *Commitment and Care*, *supra* note 60.

- a balance between work and reward.

The report concluded that each aspect had a direct or indirect bearing on nurses' willingness and ability to meet the highest standards of care. While recognizing that these issues are difficult for health care managers to address under budget constraints, the report concluded that ignoring them altogether could lessen the commitment, professionalism and productivity of the nursing workforce. Similar arguments were advanced in a 2002 policy paper urging greater attention toward work environment issues for the health care workforce.²⁴⁰

Of course, this view has its skeptics. Long propounded by many in the public sector labour movement to justify better wages and working conditions, the "quality of work life - quality of care" theory is not entirely convincing to managers and economists in health care. On this view, just because a change in working conditions is seen as "unfair" by nurses does not always mean it is bad for patients as well. There is also some doubt whether actually achieving the "ideal" workplace imagined by the nursing profession will enure to the patient's benefit in all the ways the profession claims. For example, while the continuity problems caused by casualization may worsen the *process* of care for the patient, skeptics might ask whether this represents a real decline in the quality of care overall. That is, while having the same nurse visit every day may come to be a valuable part of the patient's process of care, it may not always be necessary to achieve desired health outcomes. If so, then nurses' criticisms of casualization ought to be more closely scrutinized.

In short, managers and health economists are concerned that, after a certain point, spending more to improve wages, the work environment and recruit more nurses may produce no meaningful improvement in patient care. However, none of these objections reject the workplace-quality of care theory outright; rather, they urge caution in its application. So long as there remains compelling evidence of a shortage of nurses and widespread concern for their workplace conditions, none of these objections warrant any less attention to it from health policy.

(b) Nurse Collective Bargaining Decline Under Managed Competition

The strength and accessibility of collective bargaining protection in Ontario home care has markedly receded since managed competition was introduced. In 1996, non profit firms held most of the home care contracts, and most were unionized, usually by the ONA. Today, nearly the reverse is true. Many non profit firms have lost their home nursing contracts, or significant shares of contracts. According to the ONA, some for-profit firms were able to submit excessively low-cost bids in order to drive the VON out of the market in the early RFP rounds. Driven by budget constraints, CCACs often chose these firms. The result of the RFP process, then, has been the ouster of the near-monopoly of the VON on the delivery of in-home nursing care, and the entrance of more non-union, for-profit home care firms in its place. Many of the VON branches that the ONA had organized now simply have no contracts; they are unionized workplaces with no work.

²⁴⁰ M. Koehoorn et al., *Creating High-Quality Health Care Workplaces*. CPRN Discussion Paper Series No. W/14 (Ottawa: Canadian Policy Research Networks, 2002), available on line at <http://www.cprn.org/cprn.html>.

Organizing the new, for-profit entrants has been almost impossible. The ONA says it simply lacks the resources at present to mount a concerted strategy to organize in this new environment. From all accounts, very little new nurse organizing has taken place in Ontario home care. Thus, most of the unionized firms operating in Ontario are the ones who were unionized before 1996, but who have clung to a share of the home care market. Although concrete evidence is not readily available²⁴¹, data from the ONA and the author's own research back up this finding. According to the ONA, there at least 77 for-profit and non-profit firms sharing home care nursing contracts across the 43 CCACs. Of these, 27 firms are organized by the ONA or other unions. This is affirmed by home care employers; while it lacked concrete data, their association characterized union penetration among member firms as "very low".²⁴²

(i) Legal Background: Wagnerism in Ontario Home Care

The legislative scheme for collective bargaining in Ontario home care follows the pattern of most industrial labour law regimes in the Canadian private sector. The purpose of the *Labour Relations Act, 1995*²⁴³ is to "facilitate" collective bargaining where employees freely choose it.²⁴⁴ Administered and enforced by the Ontario Labour Relations Board (OLRB), the LRA follows the Wagnerist model closely: enterprise-based, voluntary, and majoritarian certification procedures, coupled with protections for organizing, bargaining, strikes, grievance resolution, and other union activity.

Before describing key aspects of the home care collective bargaining system, it is important to recognize the already-entrenched system in Ontario hospitals. While emerging as the cornerstones of health care, hospitals became ripe targets for nurses' (and many other) unions. As well, their stable, publicly-funded, non-profit character made organizing them much easier, as questions of "competitiveness" and job security were much more remote. Thus, nurses in nearly every public hospital in Canada today are unionized, though with some notable exceptions.

Nurse collective bargaining in the Ontario hospital sector emerged much like it did across Canada, and also raised the same issues for nurses, governments and unions. While each Ontario hospital is individually organized, they bargain in a province-wide structure set up through agreement between participating hospitals and their unions. This mirrors the situation in most other provinces, where central bargaining – established by agreement or mandated by law – is the norm. As well, Ontario has addressed the question of the provision of essential hospital services during

²⁴¹ A caveat should be noted about the information I use. Obtaining precise data on the RFP processes and the union/non-union status of home care firms is difficult, due primarily to the confidentiality pressures inherent in the competitive process. Much of the research involved contacting each CCAC directly or searching each of their web sites. Because of legal obligations flowing from the tendering process, CCACs are wary of divulging any but the most basic information about the providers with whom they contract for nursing services; and some refused to answer even that question. The providers themselves are equally wary. The variance of RFP cycles between the 43 CCACs also mean that information may become dated; new contracts are being awarded across the province on a regular basis. Thus, the information reported here is based on telephone and Internet research by the author, together with information compiled by the Ontario Nurses' Association. Both accounts are, because of the foregoing exigencies, necessarily spotty on details but the overall picture of a decline in unionization remains intact. The barriers competition creates to obtaining labour market information about publicly-funded home care is, in itself, a concern for many researchers in the field, who see serious accountability and transparency problem for the regulation of home care.

²⁴² Interview with OHHCPA official, April 2002.

²⁴³ S.O. 1995, c. 1, Sch. A. [hereinafter *LRA 1995*].

²⁴⁴ *Ibid.*, s. 2 para. 1.

labour disputes by eliminating the right to strike and lock out in Ontario hospitals, replacing them with mandatory interest arbitration.²⁴⁵ Prince Edward Island and Alberta are the only other provinces to outlaw hospital strikes; other provinces use “limited strike” models or have no strike regulation at all.²⁴⁶

In home care, as in hospitals, the basic procedures for organizing are the same. The LRA follows the traditional Wagnerist vote-based organizing procedure. Unions wishing to organize an employer may do so by voluntary recognition by the employer or, more commonly, by filing an application for certification with the Board. In its application, the union describes its proposed “bargaining unit”, its estimate of the numbers of employees in the unit, and its membership evidence.²⁴⁷ The bargaining unit is the basic organizing concept for collective bargaining. It describes the group of employees of an employer that the union seeks to represent, usually along occupational and geographical lines.²⁴⁸ In determining an appropriate bargaining unit, the Board is required to consider both the union’s and employer’s proposed descriptions, but retains ultimate discretion. It takes into account a number of traditional factors in determining whether a unit is appropriate, including the “community of interest” of the employees in the unit, past collective bargaining practice, desirability of separating white-collar from blue-collar workers, and other factors. The LRA prohibits employees acting in a managerial, supervisory or confidential capacity from inclusion in a bargaining unit, as well as certain professionals such as dentists and architects. Experience in the hospital sector shows that nurses have traditionally been organized in units separate from other employees. For the most part, the OLRB has found units of service, paramedical and nursing staff appropriate.²⁴⁹

Membership evidence in a certification application consists of a list of signatures of employees wishing to become members of the applicant union. Based on the information provided by the union in the application, if the Board finds that more than 40 per cent of the employees in the bargaining unit appear to be members of the union at the time the application was filed, it will order that a representation vote be held no later than five days after the application date.²⁵⁰ If more than 50 per cent of the ballots cast are in favour of the union, the Board will certify the union.²⁵¹ The membership evidence requirement means that the union must first locate the employees and persuade them to become members.

The LRA provides employers an opportunity to contest the union’s bargaining unit description and its estimate of the number of employees in unit, but usually only after a certification vote is taken. The employer may propose an alternate bargaining unit description²⁵², which the Board

²⁴⁵*Hospital Labour Disputes Arbitration Act* R.S.O. 1990, c. H.14. [hereinafter *HLDA*]

²⁴⁶ B. Adell, M. Grant & A. Ponak, *Strikes in Essential Services* (Kingston: IRC Press, 2001).

²⁴⁷ *LRA 1995*, ss. 7(12), 7(13).

²⁴⁸ “Bargaining unit” is defined in s. 1(1) of the *LRA 1995* as a “unit of employees appropriate for collective bargaining whether it is an employer unit or a plant unit or a subdivision of them.”

²⁴⁹ *Pembroke Civic Hospital* [1993] O.L.R.B Rep. October 995, *Hospital for Sick Children* [1985] O.L.R.B Rep. February 266.

²⁵⁰ *LRA 1995*, s. 8(2), 8(5).

²⁵¹ *LRA 1995*, s. 10(1).

²⁵² *LRA 1995*, s. 7(14).

must take into account in determining the voting constituency.²⁵³ In addition, employers may challenge the union's estimated number of employees in the unit by filing a notice with the Board.²⁵⁴ Questions of the appropriateness of the bargaining unit and the accuracy of the voting constituency can be vital to the outcome of a unionization drive. However, the LRA requires that disputes regarding the description or composition of the bargaining unit be heard by the Board after a vote is taken. Where this occurs, the ballots are sealed and the contested ballots segregated pending the outcome of the hearings. This reflects the primacy placed on quick votes, which are seen as vital to ascertaining the true wishes of the employees free from undue influence from either employers or unions.²⁵⁵

The legislation also prohibits a number of other unfair labour practices in order to ensure that the true wishes of employees is ascertained by a vote. Employers are prohibited from interfering with the formation or selection of a union. They have the freedom to express their views in an organizing campaign so long as they do not use "coercion, intimidation, threats, promises or undue influence."²⁵⁶ In particular, employers may not engage in any reprisals or other alterations to the contract of employment of any employee for union activity.²⁵⁷ Similar prohibitions apply to union intimidation or coercion in respect of an organizing drive. Where it finds employer or union misconduct that results in a representation vote that it considers does not reflect the true wishes of the employees, the Board may order a new vote and "do anything to ensure" that a new vote does reflect employee wishes.²⁵⁸

(ii) The Role of Labour Law: Mismatches Between Wagnerist Concepts and the "Reinvented" Home Care Sector

Deficiencies in the Wagnerist scheme outlined above play a key role in the decline of collective bargaining power for Ontario home care nurses. These deficiencies flow from the basic concepts embedded in Wagnerism about the terrain it regulates. These concepts are, in health care and many other sectors, badly out of date. To explain the role of Wagnerism in the decline of collective bargaining, I will focus on three particular kinds:

- (1) The "Classic" Employer
- (2) The "Classic" Job
- (3) Subordination and the Strike Weapon

These concepts fail to capture the emerging realities of "post-Fordism" in Ontario home care that have emerged since 1996, and how this mismatch contributes to the erosion of collective bargaining. This is because they flow from a decidedly "Fordist" rendering of labour markets. In the

²⁵³ LRA 1995, s. 8(1).

²⁵⁴ LRA 1995, s. 8.1.

²⁵⁵ *City of Toronto* [1996] O.L.R.B. Rep. July/August 552, app. for jud. review dismissed [1997] O.L.R.B. Rep. Jan./Feb. 169 (Div. Ct.).

²⁵⁶ LRA 1995, s. 70.

²⁵⁷ LRA 1995, s. 72.

²⁵⁸ LRA 1995, ss. 11, 11(5).

Fordist vision, relationships of production are assumed to be more or less the same as those prevailing at the time Wagnerism first appeared in North America. Specifically, Fordism describes employment settings in which large, vertically integrated firms with large workforces and internal labour markets employed people for long term relationships in stable, full-time jobs. Job classifications and ladders of promotion were clearly defined within firms. Firms are assumed to minimize contracting out, and not engage in arms-length relationships with suppliers or purchasers.²⁵⁹

For many years in health care and the economy generally, Fordism dominated how goods and services are produced, firms are structured, and jobs designed. Thus, the Wagner Act model of collective bargaining appeared to flourish, inasmuch as meaningful access to unions was preserved. Canadian hospitals are the classic Fordist employer: large, stable, centralized, integrated, employing a wide range of professionals in more or less typical arrangements. Hence, they have been fertile settings for union organizing.

Briefly stated, "post-Fordism" describes the erosion of Fordism that has accompanied the vast economic and structural upheavals in both the public and private sectors. Since the mid-1980s, competitive pressures flowing from globalization, including pressures to cut labour costs, pushed firms to downsize their core workforces, contract out more of their production to smaller, specialized, often non-union firms, and rely on more part-time and casual labour. Many scholars have shown that in this environment, organizing for collective bargaining under the traditional single-employer, voluntaristic model becomes much more difficult.²⁶⁰ Under this theory, smaller workplaces mean unions have less incentive to invest in organizing campaigns. Workers, especially in more contingent arrangements, are more vulnerable to reprisals for trying to unionize. Competition drives firms to resist unionization more stridently. Under competitive pressures, unionizing can pose a direct threat to a firm, and hence to job security.

The emergence of competitive contracting in Ontario home care represents a shift to post-Fordism in health care. The fragmentation of work among many more and smaller home care firms under the RFP process, the increasing contingency of nursing employment, the disappearance of easily definable workplace constituencies, and the direct link between job security and competitiveness in home care firms all have created mismatches between Wagnerist concepts and the health care reality. As a result, collective bargaining access and power has greatly diminished, with no meaningful response from the institutions that support it.

In the following sections I will examine the three concepts outlined above, and show how their increasing mismatch with the emerging reality in Ontario home care is leading to this result.

(A) The "Classic" Employer

The first assumptions expressed by Ontario's collective bargaining law describe the "classic" employer. Firms are presumed to be large, stable, vertically-integrated entities - much like hospitals are (or were) in the health care system. Thus, organizing campaigns and the employee constituency at which they are directed are assumed to take place in large, singular and stable workplaces.

²⁵⁹ H. Arthurs, "Labour Law Without the State?" (1996) 46 *U.T.L.J.* at 11-20.

²⁶⁰ See e.g. D. Drache & H. Glasbeek, "The New Fordism in Canada: Capital's Offensive, Labour's Opportunity" (1989) 27:3 *Osgoode Hall L. J.* 517; and D. MacDonald, "Sectoral Certification: A Case Study of British Columbia" (1998), 5 *Can. Lab. Emp. L. J.* 243.

Such campaigns can be expensive and time-consuming for both unions and workers, but the assumption of a large and stable employer implies two things: first, that multiple attempts to organize are neither necessary nor desirable; and second, that unionizing an employer will not usually, on its own, result in the termination of its business.

In Ontario, the single-employer assumption is reflected in the fact that the OLRB has no power to certify a multi-employer unit.²⁶¹ The requirement to organize on an employer-by-employer basis has a strong basis in North American labour policy²⁶², given the assumption that workers for different, and often competing, employers have little community of interest. Multi-employer bargaining units, in which employees of a number of different firms within a region or province are grouped together in one bargaining unit, are the exception. Some provinces, such as British Columbia, permit multi-employer bargaining structures, and all provinces use province-wide bargaining to some extent for the construction industry. Sector-wide bargaining occurs in the hospital sector, but only under the aegis of a side agreement called a Memorandum of Joint Bargaining between the Ontario Hospital Association and each of the provincial unions, such as the ONA, that have organized hospitals. In this Memorandum, the participating hospitals agree to incorporate terms agreed to (or resolved by arbitration) in a central bargaining process into their local collective agreements.

The assumption of employer stability - its likelihood of staying in business regardless of its union status - is also reflected and promoted through certain restrictions on the timing of organizing campaigns. The LRA imposes limitations on when and how often unions may attempt to organize for bargaining. It places restrictions on applications in circumstances where an employer is already organized²⁶³ and where a union has already been unsuccessful in an organizing campaign. In particular, no union may apply for certification of an employer for one year where they lose a representation vote,²⁶⁴ withdraw their application after a vote²⁶⁵, or withdraw an application before a vote twice in a six month period.²⁶⁶ These rules are designed to prevent a multiplicity of unionization drives at one employer, something seen as both undesirable and, more importantly, unnecessary in light of the assumption that only one campaign is needed to accurately divine the true wishes of the employees. Assumptions of the size and stability of a "classic" firm's workforce underpin this belief. These examples suggest that the rules governing organizing for collective bargaining make sense primarily in a world that mirrors their assumptions. That is, in a Fordist world, the freedom to choose collective bargaining is well-protected.

Since at least 1996, Ontario home care has dramatically departed from these assumptions. Large, stable, vertically integrated firms are nowhere to be found in the Ontario system, replaced instead by a fragmented patchwork of more, smaller and less stable firms in competition for public

²⁶¹ *Harding Brantford Ltd.* [1966] O.L.R.B. Rep. July 245.

²⁶² R. Adams, *Industrial Relations Under Liberal Democracy: North America in Comparative Perspective* (Columbia, S.C.: University of South Carolina Press, 1995) [hereinafter *Industrial Relations Under Liberal Democracy*]; P. Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (Toronto: Carswell, 1980).

²⁶³ *LRA 1995*, s. 67, ss. 7(1)-7(6).

²⁶⁴ *LRA 1995*, s. 10(3).

²⁶⁵ *LRA 1995*, s. 7(10).

²⁶⁶ *LRA 1995*, s. 7(9.1).

contracts. This creates a major barrier to organizing, even where a majority of employees may desire union representation. As confirmed in the *Durham Access to Care* decision discussed below, despite the close integration of work between CCACs and the agencies with whom they contract, they remain separate employers for the purposes of labour law. Current RFP guidelines urge CCACs to divide nursing contracts between at least two agencies.²⁶⁷ Thus, if five agencies share a nursing contract, five separate certification applications would be required. Further, each RFP cycle - typically three to five years between tenders - can eliminate some firms and introduce new ones, thus creating new "employers" for the purposes of organizing. This fragmentation makes organizing nurses a much more costly and difficult task. The ONA claims it simply does not have the resources to invest in expensive organizing campaigns, particularly where they may face increased resistance from employers concerned about the effect of unionization on their chances in the RFP process.

"Classic employer" assumptions also explain the absence of relief from Ontario's labour law institutions to overcome these barriers. In particular, the application of the "related employer" provisions in the LRA by the OLRB has been decidedly modest in the home care context. Where the OLRB finds that two or more employers are "related" in their business activities, it will treat them as one for the purpose of organizing and bargaining. The tests for such a finding as set out in the LRA and applied by the Board are fairly stringent, requiring a significant degree of integration to be shown. Section 1(4) reads, in part:

Where, in the opinion of the Board, associated or related activities or businesses are carried on, whether or not simultaneously, by or through more than one corporation, individual, firm, syndicate or association or any combination thereof, under common control or direction, the Board may...treat the [entities] as constituting one employer...for the purposes of this Act.

The jurisprudence under this section is rich.²⁶⁸ The OLRB has set out a range of factors relevant to "common control or direction", namely: common ownership or financial control, common management, interrelationship of operations, representation to the public as a single enterprise, and centralized control of labour relations.²⁶⁹ These factors indicate that, for the purposes of collective bargaining, every employer is deemed to be autonomous - and thus a separate target for organizing - until compelling evidence of common control emerges. As well, even where the Board makes this finding, it still has the discretion to refuse the declaration.

Such a test may not properly account for new, more fluid business partnerships and corporate structures that are inimical to organizing campaigns yet fall short of the "common control" threshold. While labour law scholars have noted the growth of "boundaryless workplaces"²⁷⁰ and

²⁶⁷ *RFP Guidelines*, *supra* note 40.

²⁶⁸ See J. Sack & M. Mitchell *Ontario Labour Relations Board Law and Practice* (Toronto: Carswell, looseleaf) [hereinafter *Sack and Mitchell*], paras. 6.76 *et seq.*

²⁶⁹ *Ibid.* at para. 6.89; and *Walters Lithographing* [1971] O.L.R.B. Rep. July 406.

²⁷⁰ The "boundaryless workplace" concept was developed by Katherine V.W. Stone, "Employment Regulation in a Boundaryless Workplace", presented at 5th meeting of the International Network on Transformative Employment and Labour Law, Toronto, 2000. This formed part of a larger paper: K.V.W. Stone, "The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law" (2001) 48 *U.C.L.A. L. Rev.* 519.

"Moebius strip"²⁷¹ firm structures in the private sector in the wake of globalization, there has been no similar attention paid to such reinventions in the public sector. The fragmentation, instability and size of Ontario home care firms, together with the subcontracting model in which they operate, make Ontario home care closely mirror this picture.

The OLRB offered no assistance to overcome the challenges these trends pose for collective bargaining. *Durham Access to Care*²⁷², a 2000 Board decision, was a related employer application by several unions in home care, including the ONA. They asked Board to declare that the CCACs and the firms with which they contract are related employers. *Durham Access to Care* (DATC) is the CCAC serving the Oshawa and surrounding areas. The ONA already had pre-existing collective agreements with two non-profit firms (the VON and St. Elizabeth Health Care) that, prior to managed competition, provided all the nursing services for DATC. By 1999, however, DATC had apportioned this work under the RFP process between seven firms: the original two, one non-profit and four for-profit, private firms. The five new firms were non-union. It was a classic case of fragmentation, and the unions were asking the Board to undo it for the purposes of labour law.

The ONA submitted that DATC, despite being a separate legal entity, still exerted control and direction over the employees of all seven firms. In particular, it pointed to the close supervision and integration between the CCAC and the firms in matters of case management and care plans. It also noted their common source of funding (the provincial Ministry of Health and Long-Term Care), their representation to the public as a single entity providing home care services, and the DATC's centralized control of labour relations. The response from DATC and the firms was that the unions were simply seeking the declaration to "inoculate" themselves "against the vagaries of the competitive marketplace".²⁷³ In turn, the unions argued that "serious labour relations problems" are emerging under the RFP process because they do not know who the "real employer" is in a context of subcontracting with the DATC. As well, they argued that the Board should use the related employer remedy to create a "viable bargaining structure" for the managed competition system in home care, meaning a multi-employer bargaining model similar to that in the hospital and other institutional sectors of health care.

Vice-Chair Brown rejected the claim. While finding that the unions had made out a *prima facie* case of common control, Brown still declined to exercise his discretion to make the declaration:

It is one thing for organized employers to decide among themselves to engage in joint bargaining with a trade union, it is quite another for the Board to impose such a structure on heretofore unorganized entities...The hospitals that participate in central bargaining...are all organized by

²⁷¹ This term was coined by Charles Sabel. See C. Sabel, "Moebius Strip Organizations and Open Labor Markets: Some Consequences of the Reintegration of Conception and Execution in a Volatile Economy" in Bourdieu & Coleman eds., *Social Theory for a Changing Society* (1991) [****Tom to get fuller cite...]. Other in-depth treatments of post-modern firm structures' challenges for labour law include: M. Barenberg, "Democracy and Domination in the Law of Workplace Cooperation: From Bureaucratic to Flexible Production" (1994), 94 *Columbia L.R.* 753; J. Middleton, "Contingent Workers in a Changing Economy" (1996), *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*. ****full cite to be gotten by Tom; ***and H. Wial, "New Bargaining Structures for New Forms of Business Organization" in Friedman et. al., *Restoring the Promise of American Labor Law* ****Tom to fix cite.

²⁷² *Durham Access to Care* [2000] O.L.R.B. Rep. September/October 855 [hereinafter *Durham #1*] (on *prima facie* case); and [2000] O.L.R.B. Rep. November/December 1108 [hereinafter *Durham #2*] (refusing related employer declaration).

²⁷³ *Durham #2*, *supra* note **** at para. 6.

these unions and have long-established bargaining relationships. They have voluntarily decided to participate in central bargaining and have not had the Board impose a bargaining structure on them.²⁷⁴

In rejecting the union's case, Brown stated there was no evidence that managed competition was designed to thwart unions:

The government, which provides most if not all of the funding in the long-term care sector, decided in 1996 that it wished to move to a managed competition model for the delivery of home care services...The impact of the move to a competitive bidding model may have the consequence of [the firms] losing some or all of the [work] that it presently has from the DATC, but that does not mean that there is some labour relations mischief the Board should rectify.²⁷⁵

Durham illustrates the erosion of collective bargaining access caused by the fragmentation of nursing work under managed competition, and the abstentionist posture of Wagnerism in response to it. The Board was asked to essentially dismantle the post-Fordist production model created under the RFP process by characterizing a CCAC and all its contracting firms as one entity for labour law purposes. The Board's declaration on this issue is thus pivotal to preserving the fragmented post-Fordist delivery structure that has emerged since 1996.

Nurses in home care also reportedly fear unionization's impact on their job security under the RFP process. The ONA has surveyed nurses working in Ontario home care regarding collective bargaining, and reports that while there is widespread dissatisfaction with wages and working conditions, there is little interest in organizing. The union attributes this largely to fears that unionizing could cause their employer to lose its contract, leaving them with a union but no job. Displaced nurses have no guarantee of employment with one or more of the remaining firms, and if they do transfer, they often lose recognition of their seniority, wage levels or benefits from the previous employer(s).

These fears are not contemplated to be as imminent in the Fordist paradigm. Clearly, job security is always a factor employees consider seriously in deciding whether to unionize. However, it is not contemplated that it will - or should - be the *sine qua non* of a campaign's success. The OLRB has repeatedly affirmed that threatened or actual closures after a unionizing drive can be unfair labour practices unless the employer can show it had no anti-union motivation. "It would be stranger still if an employer violates the Act by firing some of its employees for their union membership or activity, but not by firing them all," pronounced the Board in an oft-cited decision on this point.²⁷⁶

However, in a competitive subcontracting context the threat to job security remains palpable despite the absence of any explicit employer statements to this effect, because the loss of a contract – and hence a job – due to unionizing is implied by the very structure of managed competition. No single employer needs to articulate the possibility that unionizing may cost nurses their jobs; it is self-evident from the subcontracting scheme itself. Thus, employers need not engage in anti-union conduct in order to achieve an anti-union result.

²⁷⁴ *Ibid.* at para. 19.

²⁷⁵ *Ibid.* at paras. 32-33.

²⁷⁶ *Academy of Medicine* [1977] O.L.R.B. Rep. December 783.

(B) The “Classic” Job

The second set of concepts embedded in Wagnerism relate to the nature of employment; that is, what a “classic job” looks like. Harry Arthurs succinctly fleshed out some aspects:

Most elements of our labour law system...are based on a paradigm of industrial employment which prevailed in key economic sectors during the 1930s and 1940s, when essential elements of the system were first introduced. The paradigm envisages that an ideal-type worker with relatively long job tenure will perform standardized tasks under the direction of hierarchical management within an expanding economy of relatively large-scale production units. Obviously, this paradigm - and its ideal-type workers, employers, and jobs - never captured all of the varieties of employment to which postwar labour law applied.²⁷⁷

This “universal worker” prototype is the worker most recognizable to collective bargaining law, and therefore who it privileges with protection. Workers whose jobs and work environments depart from this model (sometimes called “atypical” work arrangements) are less recognizable and more difficult to organize for collective bargaining.

One barrier found in post-Fordist employment models is a lack of attachment to any single employer. More workers are changing employers more often, some are working multiple jobs, and the prevalence of full-time employment is waning. A lack of attachment to a single workplace diminishes a worker’s expectation of long tenure, and thus their desire to go through the risks and effort of organizing a union that may remain in a workplace long after that employee departs.

Casualization, “elect to work” arrangements and the increase of multiple, contingent employment are key trends in post-Fordist employment models. In Ontario home care, these trends are giving the system a “just in time” or “lean production” character, borrowing from models that have emerged in other sectors.²⁷⁸ Separate from whether or not these work patterns are desirable *per se*, however, the increased casualization of work has been cited as a factor in decreased employee attachment with a workplace, lessening their incentive to organize for bargaining.²⁷⁹

The physical and social aspects of the work environment in Ontario home care also depart from the ideal model. Under the ideal model, workers had frequent interaction with each other and in many cases worked in the same physical space (i.e. a factory or hospital). Workers knew roughly the number and identity of their colleagues. In this scenario, organizing is easier. Thus, physical proximity and familiarity are implicit assumptions in Wagnerism. Unlike in the hospital sector, there is no physical bricks-and-mortar workplace in home care. Rather, it is the homes of patients spread across a geographical region. The ONA says many home care nurses have little idea how many co-workers they have, who their co-workers are or where they are working on a day-to-day basis. In many cases, in a given work week nurses work for two or more of the firms that have

²⁷⁷ Arthurs, “Labour Law Without the State?”, *supra* note 84 at 11-12.

²⁷⁸ See, e.g., M. Hudson, “Flexible Workers and the Changing Boundaries of Work: Theory and Practice” in K. Purcell ed., *Changing Boundaries in Employment* (Bristol, UK: Bristol Academic Press, 2000); and K. Moody, *Workers in a Lean World* (London: Verso Press, 1997), ch. 5, “The Rise and Limits of Lean Production”.

²⁷⁹ For a thorough review of the U.S. growth in part-time and casual employment and the difficulties of organizing in this labour market see J. Middleton, “Contingent Workers in a Changing Economy” *supra* note ***. See also G. Lester, “Careers and Contingency” (1998) 51 *Stanford L. Rev.* 73.

contracts with the CCACs, so identifying who their "employer" is for collective bargaining purposes can be difficult. The union reports that most home care nurses receive their daily assignments by fax from one or more of the contracting firms, and arrange their schedule accordingly. One union official claimed that some nurses in fact carry different uniforms in their cars so that they can change into that of a different employer between visits. This isolation of nurses from each other in the workplace and fragmentation of their employment relationships between various firms makes organizing for collective bargaining more difficult under the traditional rules.

(C) Subordination and the Strike Weapon

The final set of concepts are premises about the nature of the employment relationship and the importance of the right to strike. The first premise is that individual workers are in a weaker bargaining position than employers. Labour law sees employment as a relationship of subordination and hierarchy. Thus, the right to strike is seen as the primary instrument of bargaining strength and voice. Without it, goes traditional labour law theory, collective bargaining can have little benefit for workers. The second premise is that, aside from the broad constraints of criminal law, workers who go on strike are, in the "classic" employee model, generally non-professional, and thus have no professional or ethical conflicts with a labour stoppage.

Neither of these premises hold true in Ontario home care nursing, thus making the strike a blunt, unwieldy, dubiously effective and ethically problematic voice mechanism. After outlining why the strike remains the only mechanism available to unionized nurses in home care, I will show how its persistence raises efficacy and ethical issues for nurses that may have a profound effect on their desire for unionization.

While hospital nurses in Ontario have never had the right to strike, those in home care always have. Home care remains outside HLDAA, which only applies to "hospitals", defined as:

Any hospital, sanitarium, sanatorium, nursing home or other institution operated for the observation, care or treatment of persons afflicted with or suffering from any physical or mental illness, disease or injury or for the observation, care or treatment of convalescent or chronically ill persons, whether or not it is granted aid out of moneys appropriated by the Legislature and whether or not it is operated for private gain, and includes a home for the aged.²⁸⁰

In 2000, the ONA asked the Board to bring interest arbitration to home care by classifying home care firms as "hospitals" under HLDAA. In *VON Metropolitan Toronto Branch*²⁸¹ the Board refused. Vice-Chair Brown observed that nurses working for VON performed substantially the same work as their counterparts in conventional public hospitals. As well, he noted that the acuity of patients in home care had dramatically increased, further aligning in-home nursing with hospital nursing. The ONA argued that these similarities justified including home care under HLDAA on the basis that the deeper purpose of the legislation was to protect the continuity of medically necessary care from labour disputes. The VON countered that home care firms are not "institutions" as described in the legislation, and added that labour disputes would not disrupt patient care, since the CCAC could simply use other agencies in the event of a strike.

²⁸⁰ HLDAA, s. 1(1)

²⁸¹ *VON Metropolitan Toronto Branch* [2002] O.L.R.D. No. 239 [QL] [hereinafter *VON Toronto*].

Brown agreed with the employers. He reasoned that HLDAA was only intended to apply to "institutions" - those where the client or patient is in a facility that has institutional control over their care or observation. Since the VON operates primarily out of patients' homes, the requisite institutional control, and hence character, is lost. In rejecting the ONA's submissions on the purpose of HLDAA, Brown remarked:

...actual vulnerability is not determinative of whether an institution is a "hospital" under HLDAA. Once it is established that an organization or agency is an institution and is operated for observation, care or treatment, it is not necessary to show that the clients or patients would ACTUALLY be vulnerable in the event of a strike or lock-out. The legislature has already in effect deemed the clients or patients of HLDAA institutions to be vulnerable, even if they might actually be quite unaffected by a work stoppage. Conversely, the fact that clients or patients of an agency or organization ARE vulnerable does not automatically mean that the agency or organization must be a "hospital". The purposive approach to interpreting the Act does not transform an organization that is NOT within the "class" of institutions into one that is.²⁸²

(Emphasis in original)

With this ruling, the Board ensured that home care remains under the traditional strike-based bargaining model.

The entrenchment of the strike as the only dispute resolution mechanism available in home care has several effects on nurses' access to collective bargaining. Nurses face serious ethical and professional concerns about the withdrawal of services. Professional concerns about using picket lines and jeopardizing patient care thus take nurses well outside the second premise noted above, in that they face additional disincentives to unionizing not applicable to the classic non-professional worker envisaged by the legislative scheme.²⁸³

Second, contrary to the first premise of subordination and vulnerability in employment, nurses currently enjoy greater labour market and political power than before. The professional character of nursing work, a tight labour market and a measure of political influence in health care all tend to give nurses more voice in the workplace - and perhaps the system - than is contemplated by the classic employment model. Nurses are in high demand, and firms are paying close attention to staff issues; again, however, budget constraints make this a challenge. In this context, nurses may not need collective bargaining as much; however, given the cyclical nature of the nursing labour market, these circumstances may change.

Third, even if nurses do unionize and go on strike against a home care employer, their results are often disappointing. Since 1996, labour disputes in Ontario home care have been protracted, bitter, and have realized little benefit for those involved. Because of the fragmentation and instability of home care firms under the RFP process, nurses' strikes have only hit one firm at a time.

²⁸² *Ibid.*, para. 78.

²⁸³ For good overviews of the unique approach taken by professionals to collective bargaining, see K. Swan, *Professional Obligations, Employment Responsibilities and Collective Bargaining* (Kingston: IRC Press, Queen's University, 1978); A. Ponak & T. Haridas, "Collective Bargaining Attitudes of Registered Nurses in the United States and Canada: A Wisconsin-Ontario Comparison" (1979), 34:3 *Relations Industrielles* 576; Ponak, "Unionized Professionals and the Scope of Bargaining: A Study of Nurses" (1981), 34:3 *Industrial and Labor Relations Review* 396; A. Baumgart, "The Conflicting Demands of Professionalism and Unionism" (1983), 30:5 *International Nursing Review* 150; and M. Grant & R. Foucher, *Unionism, Professionalism and Professionals: A Study in Perceptions* (Kingston: IRC Press, 1992).

Many CCAC contracts (which are currently held in confidence by CCACs) are reported to contain forfeiture clauses that terminate an agency's contract in the event it is unable to continue to deliver services; hence strikes and lockouts raise the spectre of immediate contract termination. Also, without the considerable strength of a central bargaining structure and the prospect of a multi-firm strike, struck home care firms have had little incentive to settle, CCACs have had few concerns about maintaining services, and the nurses have gained little in bargaining. Registered nurses are, of course, not the only workers who have struck in Ontario home care; there have been strikes by homemakers, support workers, and other providers in the system. The following summary, however, is confined to a number of local disputes involving RNs and RPNs.²⁸⁴

1. Disputes with Non-Profits

In July, 1998, nurses in 13 VON branches across Ontario engaged in a two-week strike that centred on their demands for improved travel allowances.²⁸⁵ In this case, the union was the Practical Nurses Federation of Ontario (PFNO), representing Registered Practical Nurses. RPNs, sometimes called registered nursing assistants, are different from RNs in the level of training and responsibility they take on in patient care. They are commonly paid less than RNs and are often used in place of RNs for many home care tasks. During the walkout, the VON claimed patient care was not jeopardized and used RNs to substitute for the striking RPNs. However, the PFNO claimed that some patients were refusing care from the substitute nurses as a protest against the treatment of the RPNs in the bargaining dispute. RNs reportedly wore green ribbons in support of their striking colleagues. After two weeks, however, the strike ended with the nurses receiving a substantial drop in their travel allowances, from 28 cents per kilometre to 17 cents, and in some places a wage freeze and a cut in benefits. According to the PFNO, the cut in travel allowances alone cost each nurse between \$2,000 and \$8,000 per year.

In September 1998, a lock-out of ONA members at four branches of the VON in Eastern Ontario arose from the VON's increasing needs to cut costs. As with most VON branches, those in the Lanark, Brockville/Leeds/Grenville, Renfrew County and Eastern Counties branches had long-standing bargaining relationships with the ONA. However, the competitive process forced the VON to seek concessions on wages and benefits, and, most contentiously for the ONA, the elimination of travel allowances altogether. About 175 nurses were affected. After ten weeks of the lock-out with no resolution in sight, three VON branches had terminated their visiting nursing programs.²⁸⁶ Thus, the locked-out nurses lost their jobs and while these branches remain unionized, they currently have no contracts with their respective CCACs.

On August 31, 2000, about 200 nurses at the VON Hamilton began a 33-day strike.²⁸⁷ Represented by the Ontario Public Service Employees' Union (OPSEU), the nurses demanded wage parity with

²⁸⁴ The information on these dispute is gleaned from local and regional media reports, cited accordingly, and some interview information.

²⁸⁵ S. Morrison, "Wage losses blamed on Mike Harris" *The Spectator (Hamilton)*, July 24, 1998 A5, H. Greenwood and T. Boyle, "Patients reject replacement RNs; Oshawa VON denies strike affecting care" *Toronto Star* July 8, 1998 B3.

²⁸⁶ "Lock out of VON members continues; three branches terminate nursing services" *ONA News*, December 1998 p. 7.

²⁸⁷ "Patients could be left without home care if Hamilton nurses strike" *Canadian Press Newswire*, August 25, 2000; "Union recommends Hamilton home care nurses begin strike on Thursday" *Canadian Press Newswire*, August 29, 2000; "Home care nurses await written agreement from province to end walkout" *Canadian Press Newswire*, Sept. 1, 2000; "VON nurses in Hamilton-Wentworth agree to new contract ending 33-day strike" *Canadian Press Newswire* October 2, 2000.

hospitals, improvements to job security, benefits and travel allowances. According to the union, the starting salary for a home care nurse was \$17.61 an hour, compared with \$21.31 for their hospital counterparts. The union claimed that underfunding and the managed competition system was the culprit behind the shortage of nurses and wage gap with hospitals, and aimed much of its rhetoric at the provincial government. During the strike, 600 of the VON's 1,800 clients were transferred to other agencies contracting with the Hamilton-Wentworth CCAC, 600 others received telephone check-ups, and another 600 short-term clients were discharged. After the strike, the nurses received improved benefits and travel allowances.

Another protracted strike occurred in June, 1998 at the St. Elizabeth Health Care branch in Durham.²⁸⁸ Like the VON, St. Elizabeth's is a non profit nursing firm with a long history across Canada. In December 1996, the ONA organized the roughly 130 nurses employed by St. Elizabeth's in the Durham region and commenced bargaining toward a first agreement. The union demanded improvements on the issues of wages, scheduling, travel allowances and other benefits. After the parties failed to reach an agreement, the ONA applied to the Board for a first contract arbitration. In October 1997 the Board dismissed the application, saying that the parties had not reached impasse. On June 18, 1998, the ONA took about 110 nurses out on a strike that lasted 20 weeks. In the end, St. Elizabeth's and the ONA reached a settlement that contained some of the union's demands, leading one official to call it a "wonderful first collective agreement".²⁸⁹

2. Disputes in the For-Profit Context: The Comcare Strike

The strike by nurses at Comcare in Kingston in the winter of 1997/98 was in many ways a key moment in the decline of collective bargaining under the RFP process. The ONA began a 19-week strike at Comcare that embodied many of the union's fundamental complaints about managed competition and the entry of for-profit firms into the home care market. In particular, the Comcare strike symbolized the controversy surrounding casualization, "elect-to-work" models, and other post-Fordist trends in health care employment. The strike attracted media attention²⁹⁰ and spawned much litigation before the OLRB before it was settled by first contract arbitration.²⁹¹

Comcare is a private, for-profit firm that secured a contract with the Kingston and area CCAC to provide in-home nursing services. The CCAC work constituted about 60 per cent of Comcare's business, with penitentiary nursing taking another 30 per cent and 10 per cent to private clients.

The ONA was certified to represent the roughly 80 nurses employed by Comcare in November 1996, and negotiations started soon afterward. The union's key demands were improved wages, benefits and working conditions. In particular, ONA took issue with Comcare's "elect-to-work" scheduling policy. Under this policy, Comcare considered all nurses "casual" – available on an as-needed basis with no fixed scheduling. According to the ONA, this policy denied nurses important benefits and job security, and compromised their ability to balance work and personal schedules. It reportedly led to some nurses working as many as 48 hours a week with no overtime pay and

²⁸⁸ "VON branches locked out; St. Elizabeth workers continue their job action" *ONA Newsletter* (Fall 1998); "Long Strike Finally Over" *ONA Newsletter* (December 1998).

²⁸⁹ "St. Elizabeth nurses reach deal" *Toronto Star* October 29, 1998 B2

²⁹⁰ A. Chamberlain, "Home care nurses strike for contract with private firm" *Toronto Star* January 21, 1998 A8; A. Chamberlain, "Nurses win battle with home-care firm" *Toronto Star*, March 11, 1998 p. A9.

²⁹¹ Information on the Comcare strike was obtained from media research, OLRB decisions and interviews with ONA officials.

no recognition of experience. In response, Comcare said that the policy was quite acceptable to many nurses for its flexibility, and was common in many other home care firms because it enhanced the cost-effectiveness and continuity of patient care. It also cited concerns about the cost of paying the benefits that would flow from using the traditional full-time/part-time scheduling policy that ONA demanded. Throughout the dispute, Comcare's insistence on the elect-to-work policy remained the key issue.

By September, 1997, nine negotiation meetings had taken place with no settlement. Soon afterward, the ONA applied to the OLRB for an order that their dispute be settled by way of first-contract arbitration. Under the *Labour Relations Act, 1995*, the Board has the power to order first-contract arbitration where it finds, among other things, that one of the parties has made collective bargaining unsuccessful because of an "uncompromising" position adopted without "reasonable justification".²⁹² The parties had agreed there would be no strike or lock-out until the Board had decided the application. After it was denied²⁹³, the ONA began its strike on November 7, 1997. During the early days of the strike, approximately fifty nurses continued to work. To deal with the disruption in service, Comcare assigned more work to those nurses not on strike and to other non-union Comcare nurses in Kingston as well as replacement nurses it brought in from Comcare branches elsewhere in Ontario. To these nurses, it paid travel, lodging and other expenses in addition to the wages it had paid to the striking nurses. These measures permitted Comcare to maintain its service during the strike.

Soon after the strike began, Comcare sent letters to the striking nurses that provoked the ONA to bring an unfair labour practice application to the Board. In the letters, Comcare pointed out the consequences of being on strike, including the loss of benefits. As well, it mentioned that it would be issuing Records of Employment to the striking nurses, a move the ONA charged was an attempt to intimidate the nurses by suggesting they could be fired for engaging in a lawful strike. However, the Board disagreed, finding that Comcare was entitled to inform employees of the consequences of striking and to exert economic pressure through denial of benefits during the strike.²⁹⁴

While the ONA signalled its intention to make the Comcare dispute a high priority by giving \$250,000 in support to the striking nurses, the strike dragged through early 1998 as the parties reached a stalemate on the scheduling issue. In February 1998, the ONA filed another first-contract-arbitration application. This time, on March 9, the Board ordered in the union's favour, finding that Comcare's intransigence on the scheduling issue was an uncompromising and unreasonable position that had effectively stalled meaningful bargaining. Vice-Chair Lee Shouldice stated that

In my view, the employer's insistence on adopting an "elect to work" model was without reasonable justification. The evidence establishes that the employer is insisting on maintaining its position on the basis only of an assertion that the cost of moving off that position would make it uncompetitive in Kingston. It is unwilling to provide any information of substance to the union.

²⁹² *LRA 1995*, s. 43(2)(b).

²⁹³ *Comcare (Canada) Ltd.* [1997] O.L.R.D. No. 4036 [QL].

²⁹⁴ *Comcare (Canada) Ltd.* [1998] O.L.R.B. Rep. March/April 159.

Has the employer put any evidence before the Board to permit for the conclusion that there is a legitimate basis for its assertion? Merely asserting such a position before the Board in the context of a proceeding under section 43 of the Act is unsatisfactory. The employer must, when faced with such an application, establish some evidentiary basis-before the Board so as to support its assertion that cost is a real and legitimate factor. The employer did not do so in this case.²⁹⁵

As a result, the ONA ended the strike immediately. How many of the nurses who originally struck returned to Comcare remains unclear.

Over a year and a half later in September 1999, Arbitrator Graeme McKechnie issued his first-contract arbitration award.²⁹⁶ It contained a retroactive wage increase and other improvements the ONA was seeking. During the arbitration hearings, Comcare told the ONA it was losing more money than ever and that there was a real possibility it would have to stop operations in Kingston if this trend continued. In part this was due to the fact that the CCAC had not increased its reimbursement rate to Comcare since 1995 while its labour costs had increased over the same period. In fact, the CCAC had reduced the volume of work it gave to Comcare in 1998/99 because of "the labour relations dispute incurred"²⁹⁷ Nevertheless, McKechnie sided with the ONA on the "elect-to-work" issue, awarding conventional collective agreement language that rigidly regulated hours of work and made clear distinctions between full-time, part-time and casual shifts. McKechnie also awarded a small retroactive wage increase, though it brought Comcare nowhere near to parity with the hospital sector. He supplied no written reasons for his award, but the nominees for the employer and union weighed in with their views. The ONA nominee felt there was a "solid basis" for a higher wage increase than McKechnie awarded, while the Comcare nominee was pleased with it, saying that hospital wages are "reflective of a model of care delivery which is not parallel to community care", are the product of interest arbitration, and that "the hospital funding model is very different than the C.C.A.C. competitive bidding process in the community care environment." The Comcare nominee also was disappointed with the rejection of the "elect-to-work" model, citing its incorporation into the collective agreement of a nearby for-profit firm as "a mature collective agreement"²⁹⁸

None of these concerns became relevant. Soon after the McKechnie award, Comcare shut its doors. Though it was under contract with the Kingston and area CCAC until March 2000, by October 1999 it had forfeited its nursing (and other) contracts to the CCAC. The arbitration award had increased its operating costs to the point where it could no longer remain competitive in the RFP process. In ruling on a subsequent unfair labour practice application brought by the ONA which alleged that the closure was a reprisal for the strike, the OLRB found:

What is clear...is that the economic consequences of the collective agreement...were severe for the employer. The awards put the company's nursing services operation in Kingston, which prior thereto was barely profitable, into a significant loss situation.²⁹⁹

²⁹⁵ *Ibid.*, para 65.

²⁹⁶ *Re Ontario Nurses Association and Comcare Health Services (Kingston Branch) (Interim)* (February 11, 1999); and *Re Ontario Nurses Association and Comcare Health Services (Kingston Branch) (Final)* (September 8, 1999) (McKechnie), unpublished, copy on file with author.

²⁹⁷ *Comcare (Canada) Ltd.* [2001] O.L.R.B. Rep. January/February 48 at para. 18.

²⁹⁸ *Ibid.*, Dissent of Marianne Love, Comcare nominee.

²⁹⁹ *Ibid.* at para 25.

In the result, the Board found no anti-union *animus* in Comcare's decision to return the contracts. In fact, it noted that Comcare had submitted a failed bid in the next RFP round in 2000, indicating a genuine intent to reacquire the CCAC work. At present, then, Comcare remains unionized but its only work remains with its private clientele, about 10 per cent of its total before the strike.

(D) Intimacy of Law and Collective Bargaining

The foregoing experience suggests that collective bargaining will face new challenges if managed competition, contracting out and other “reinventions” become *de rigeur* in Canadian health care. That is, the primary internal voice mechanism supplied by labour law will recede, leaving a default legal order lacking access to any such mechanism. It has been observed that adverse wages and working conditions in home care provide “ideal” incentives to unionize.³⁰⁰ Indeed, if the ONA's surveys are any indication (though one must recognize the potential for union bias), many nurses in Ontario home care would seek unionization but for the barriers created by the post-Fordist model in which they practice. If so, then the persistence of legal rules that do little to protect nurses' efforts to organize voluntarily must be seen as a tacit policy to limit their access to collective bargaining regardless of nurses' real level of desire for it. The problem is not that unionization rates are low *per se*; the problem is that the current level of unionization does not reflect what it would be if collective bargaining access were meaningfully protected.

Certainly, the immediate causes are “non-legal” factors such as increased resistance to unionization among health care employers, and the inability of the labour movement to adapt its strategies to the post-Fordist trends and atypical work arrangements described above.

However, these factors arise – and are influenced by – the background labour law order in health care. As I have tried to show, some of the background concepts of Wagnerism, and their resulting doctrines, have an important bearing on the accessibility and effectiveness of collective bargaining for nurses. In my view, the decline of collective bargaining witnessed since 1996 is better seen as a result of the conceptual mismatches outlined above. Between labour law's assumptions about the setting in which it claims regulatory purchase on one hand, and the reality of that setting on the other. While it is important to account for the role of unions, employers and governments in explaining a decline in unionization, an analysis that ignores the role of law is oversimplified.

This claim engages a deeper debate about the link between law and labour markets. One view, sometimes called a classic economic perspective, envisions a sharp distinction between the two. Law is what we traditionally recognize as “law”: legislation, regulations, common law. Labour market “events” are separate phenomena, comprised of the totality of private arrangements between workers and employers. This view disputes an analysis that sees law as a central factor in labour market “events”. Hence, law is limited in its potential to regulate the labour market.

A competing view, however, gives more weight to legal rules in explaining labour market outcomes. A more deterministic view of law in labour (and other) markets has been advanced by

³⁰⁰ *Putting a Face on Home Care*, *supra* note *** at 75.

scholars in the Legal Realist tradition.³⁰¹ This perspective rejects the law-market distinction, and starts from the premise that because labour markets are constructions of law to begin with, it is misleading to speak of an "unregulated" labour market. All transactions between workers and employers - including employee incentives to organize for collective bargaining and employer responses to such efforts - occur against a backdrop of legal rules that shape each party's choices and constraints.

This claim has particular force in the context of access to collective bargaining. For example, rules prohibiting employer reprisal against employees seeking to unionize, backed with meaningful remedies, clearly influence worker decisions about whether to embark on an organizing campaign. Similarly, rules requiring an employer to bargain in "good faith" may influence an employer's level of resistance to unionizing drives. Writing in the U.S. context, Paul Weiler posited an intimate link between collective bargaining law and the prospects for organizing:

It is a mistake, though, to assume that NLRA procedures have an impact only with respect to situations in which they happen to come into play and in which, by counting up *ex post* the number of potential members lost in unsuccessful petitions, one can estimate the significance of that variable in the larger picture. In truth, our perception of how well the NLRA performs when it is actually utilized has a further important influence, *ex ante*, on the incentives and actions of the protagonists outside the legal procedure - unions, employers, and workers.³⁰²

The Supreme Court of Canada recently adopted a similar view in justifying its activism to protect collective bargaining for farm workers in Ontario. In *Dunmore v. Ontario (Attorney-General)*³⁰³, the issue was whether Ontario's exclusion of agricultural workers from the protections of collective bargaining legislation violated guarantees of freedom of association and equality guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.³⁰⁴ Prior to *Dunmore*, the Court had ruled against Charter protection for collective bargaining and the right to strike.³⁰⁵ McLachlin J., writing for the majority, held that the *failure to include* farm workers under the legislation amounted to a violation of their associational rights. However, the Court also made clear that the Charter does not protect collective bargaining, but rather places an obligation on governments to give legal protection to vulnerable groups who would otherwise have no realistic chance of pursuing group

³⁰¹ My understanding of legal realism derives in large part from the work of scholars Karl Klare, Duncan Kennedy and others. Their work gives a much more enriched account of this perspective than I can offer here, but suffice it to say that the legal realist tradition has a long heritage stretching back to the 1920s work of John Commons, Robert Hale and Michel Foucault. For a good review of the development of the legal realist tradition, see D. Kennedy, *Sexy Dressing, Etc.* (Cambridge, MA: Harvard U. Press, 1993), ch. 3, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!" 83-125. See also K. Klare, "The Public/Private Distinction in Labor Law" (1982) 130 *U. Penn. L.R.* 1358; "Traditional Labor Law Scholarship and the Crisis of Collective Bargaining Law" (1985) 44 *Maryland L.R.* 731; "Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law" (1981) 4 *Ind. Rel. L. J.* 450; and "Legal Theory and Democratic Reconstruction: Reflections on 1989" (1991) *U.B.C. L. Rev.* 69; and D. Kennedy, "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities" (1985), 34 *Am. U. L.R.* 939 [hereinafter "Fetishism of Commodities"].

³⁰² P. Weiler, *Governing the Workplace* (Cambridge, MA: Harvard U. Press, 1990) at 276.

³⁰³ [2001] S.C.J. No. 87 [QL]; 207 D.L.R. (4th) 193, rev'g. (1999) 182 D.L.R. 4th 471 (Ont. C.A.), aff'g (1997) 155 D.L.R. (4th) 193 (Ont. Gen. Div.) [hereinafter *Dunmore*].

³⁰⁴ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Sch. "B" of the *Canada Act, 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11, ss. 2(d) and 15 [hereinafter *Charter*].

³⁰⁵ See e.g. *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alberta)* [1987] 1 S.C.R. 313; and *Delisle v. Canada* (Deputy Attorney General) [1999] 2 S.C.R. 989.

goals. As Ontario's counsel argued, McLachlin J. held that removing such protection would not offend the *Charter* where employees already had sufficient economic or political power to exercise their associational rights without statutory protection. In this way, McLachlan J. was able to reconcile her reasoning with that in *Delisle v. Canada*³⁰⁶, an earlier decision involving collective bargaining rights for RCMP officers.

However, McLachlin J. rejected Ontario's argument that because the *Charter* did not apply to "private" conduct, such as employer reprisal prohibited by the LRA, the government's legislative choice cannot be scrutinized. McLachlan J. rejected the claim that law is a minor factor in the accessibility and effectiveness of collective bargaining. To the contrary, she concluded that the "freedom" to organize for collective bargaining – as with any other kind of association - is closely dependent on the background legal order. McLachlan J. wrote:

The history of labour relations in Canada illustrates the profound connection between legislative protection and the freedom to organize. It may be suggested that legislative protection is so tightly woven into the fabric of labour relations that, while there is no constitutional right to protective legislation per se, the selective exclusion of a group from such legislation may substantially impact the exercise of a fundamental freedom...the appellants' exclusion from the LRA functions not simply to permit private interference with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences.³⁰⁷

In the result, governments that fail to take steps to protect freedom of association for vulnerable groups in settings where private resistance by employers prevents its exercise are in violation of the *Charter*.

Because *Dunmore* involved an explicit *removal* of collective bargaining from a vulnerable group, it will not require governments to offer any greater collective bargaining to workers than they already do. In particular, it is not likely to assist unions where the barriers to collective bargaining arise from structural mismatches like the ones outlined above. Further, nurses are not likely to be viewed as a "vulnerable" groups, particularly in the current health care climate. Still, the Court's recognition of the real contingency of "free collective bargaining" on legal protections from notionally "private" factors justifies analyzing the impact of law on collective bargaining trends more generally, as I have tried to do here.

Following this analysis, the decline of unions in Ontario home care can be attributed to a dramatic mismatch between the assumptions about the labour market embedded in the statutory scheme for collective bargaining and the new realities of the home care labour market. In essence, this mismatch denies nurses meaningful access to collective bargaining in much the same way as the outright legislative exclusion found in *Dunmore*.

IV. Implications of Collective Bargaining Decline for Health Human Resources Policy

In light of the procedural and substantive values described in Section II, should the decline of collective bargaining access and power for health care professionals predicted above matter to

³⁰⁶ *Delisle, ibid.*

³⁰⁷ *Dunmore, supra* note 128 at para. 35.

HHR planning? One view might see this trend as “health policy-neutral”, in that collective bargaining and other labour relations matters are, as in any sector, purely private matters that affect only the immediate parties to the relationship. As noted at the outset, this may explain why the background labour law structures in health care remain off the health policy radar screen. Put simply, unionization rates and collective bargaining trends in health care really ought not to be queried by health policy; better to leave these issues to the “specialists” that administer and study labour relations as a discrete vocation.

However, given the intimate connection between labour law trends and HHR issues, perhaps more attention is now warranted. My goal in the foregoing narrative has been to illuminate the decline of collective bargaining in “reinvented” health care sectors; my task now is to draw some implications of this trend for health human resource planning. In particular, I will reflect on this trend in light of the substantive and procedural HHR planning values outlined in Part II above.

(a) Benefits of Decline: Innovation, Cost-Effectiveness?

It must be made clear that the nursing profession does not suffer from a lack of *external* voice - at high levels of policy making. A tight labour market, rising public sympathy, and close involvement in high-level policy reform have augmented their already strong voice in the system. Here, though, I am focused on the *internal* voice – that within the conceptually “private” sphere of the workplace – supplied by collective bargaining.

Because hospitals have dominated health care for so long, internal voice *via* collective bargaining remains a powerful voice political and economic mechanism for nurses. All hospital employees in Canada have long enjoyed the economic and political power supplied by collective bargaining, particularly in a publicly-funded, non-profit, hospital-based system. Indeed, prior to the onset of cost control and restructuring policies in the 1990s, the nursing profession had made slow but steady progress in improving their terms and conditions of work through collective bargaining – including gaining greater professional recognition and wage levels. Now, after the restraint and restructuring of the 1990s, during which all health care wages remained mostly stagnant³⁰⁸, nurses are again making gains, both politically and at the bargaining table in the hospital sector. Recent hospital wage settlements in Ontario, Alberta and British Columbia, together with increasing political power in other disputes in Nova Scotia, Quebec, Saskatchewan and elsewhere, point to a significant degree of power for nurses’ unions at the moment.

However, as the foregoing narrative suggests, this power may well rapidly erode if hospitals continue to lose pride of place in the health care system. In fact, it might be said that the vast bulk of nurses’ unions’ power depends on the persistence of Fordism – hospitals – in health care. If more care shifts to the home care, primary care, independent health facilities sectors - or even to a currently-rejected parallel private health care system – the penetration of nurses’ unions and their collective bargaining power will both diminish.

In the current HHR environment suffused with values of cost-effectiveness, flexibility and innovation, this trend may be welcome. Collective bargaining, with its perceived strictures and inefficiencies, is sometimes decried as hostile to these values. The clearest example of this was the centrality of casualization and “elect to work” arrangements to the Comcare strike in Ontario

³⁰⁸ Cite stats re wage trends in 90s.

home care. To Comcare, the imposition of a collective agreement mandating traditional, Fordist work patterns (full- and part-time distinctions, regular scheduling, classification rigidities and other traditions in the Fordist industrial model) would impede innovation and cost-effectiveness. On the other hand, nurses claimed that casualization worsened their working lives, recruitment and retention efforts and the quality of patient care.

Further, the classic stigma of collective bargaining in the public sector – that it leads to unsustainable increases in wages and other labour costs at the expense of those who depend on the system – has been reinforced in light of recent hospital collective bargaining trends. The recent “catch-up” settlements for hospital nurses in Ontario, Alberta and British Columbia have drawn fire from “have not” provinces, and from other sectors such as home care that are losing nurses to hospitals in these provinces. Further, seniority restrictions and costly “bumping” provisions made hospital restructuring – considered a species of innovation – very costly as systems in Ontario, Quebec and elsewhere faced great costs in reallocating personnel to what they viewed as more appropriate settings.³⁰⁹ The undertone of these critiques is, quite simply, that collective bargaining is hostile to cost-effectiveness and innovation.

Unions can also be seen as almost redundant in light of nursing’s current economic and political strength. The desperate demand for professionals in health care – the human capital of the system – and their general public support in the wake of the dramatic labour force upheavals and restraint of the mid-1990s. In this context, promoting collective bargaining for professionals in health care runs the risk of giving them even *more* political control on health care decision making. Worse, fears may arise that collective bargaining will be used to extract unsustainable wage increases and lead to greater interprovincial “poaching” of human resources, both worrisome trends to Romanow. If professionals once enjoyed dominance over the system, the erosion of collective bargaining in these “reinvented” sectors of health care will certainly restore an apparent, if not real, “balance” of power between professionals and managers in the system.

A Rebuttal

However, any presumption that lifting the “yoke of regulation” represented by collective bargaining will enure to the system’s benefit seems more self-serving and rhetorical than convincing, and has been hotly contested in academic circles. Many years ago, “classical” economic theory held that markets – the capitalist order – operated autonomously from systems of regulation; hence, the dichotomy between law and markets emerged. As Professor Duncan Kennedy has observed, the intrusion of law into markets was thus stigmatized because

[t]hey advert to the ‘justice’ or ‘fairness’ both of the rule of freedom and of the ‘natural’ outcomes of economic activity. Finally, they emphasize that these ‘natural, free, and just’ outcomes make everyone better off than they could be under any ‘unnatural’ (or artificial or distorted) system that might be created by interfering with freedom of production and exchange.³¹⁰

³⁰⁹ T. Archibald, “Health Care Restructuring Under Different Labour Law Approaches: The Ontario and Quebec Experiences” (1998) 24:1 *Queen’s L.J.* 61.

³¹⁰ Kennedy, “Essays on Fetishism”, *supra* note 127 at 944.

This stigma is reflected in more contemporary rhetorical flourishes found in some (less-than-elegant) reinvention rhetoric incanted by neo-liberal political parties and their media organs. Regulation is often accused of promoting “red tape”, “special interests”, “rent-seeking behaviour” and other economic felonies. The Mike Harris Conservatives who introduced managed competition to Ontario home care fall squarely in this camp with their rhetorical flourishes on monopoly abuse and even accusations of fraud by non profit providers. Less employment regulation is better, goes this rhetoric, especially where the payers and beneficiaries of the labour in question are, as in health care, all of society. In sum, the market exists independently of the state, and operates best when left alone.

Absent from such rhetoric is any recognition of the long line of economists and legal scholars who reject the state-market dichotomy and the stigma against regulation it supports. I will not digress into a discussion of institutional economics here. In a recent paper outlining possibilities for labour law to promote “competitiveness” in a rapidly changing global economy,³¹¹ U.K. Professor Hugh Collins contested the view that, In searching for the right regulatory answer to facilitate innovations in production and work processes, “the best policy for governments is one of deregulation of the employment relation.”³¹² Collins disagreed with the view that all regulation imposes net costs on employers and impedes innovation, saying there is no *a priori* reason to assume “that the private law of contract can support the necessary institutional arrangements for the creation of the flexible model of employment” any better than an alternate regulatory mode.³¹³ By approaching labour law as a potential force of competitiveness and productivity – goals firmly rooted in current Canadian HHR planning – Collins’ points urge caution in making assumptions about the effects one labour law model or other have on the economic sectors they inhabit. It cannot be good health policy to welcome an erosion of collective bargaining access for health care professionals solely on the basis of an uninterrogated intuition that health care is better off with less labour market regulation. A case *must* be made for why a non-union health care system is preferable to one where unions are accessible.

I do not see any. To rest a case on the fact that the interests of patients and taxpayers are well served by this erosion is misguided. First, greater *access* to unionization in no way guarantees that nurses will *actually* unionize. Under Wagnerist theory, if employees are satisfied with their level of voice without unionizing, then they will elect against it. That is, collective bargaining access – if it is seen as a “punishment for bad management” more than a democratic right - ought not to concern health care firms who provide meaningful voice mechanisms voluntarily.

Second, to label an increase in labour costs a health policy “bad” contradicts clear calls in Romanow, Kirby and other reports for greater spending on HHR. Contrary to a lot of policy rhetoric in health care since the early 1990s, “better management” is not the panacea it once was. After a certain point, despite continuing cost control demands from governments, middle managers in the system cannot squeeze any more “productivity” out of their workforce within current funding levels without impairing the actual quality of care available. There is a real risk that, after a certain

³¹¹ H. Collins, “Regulating the Employment Relationship for Competitiveness” (2001) 30:1 *Ind. L. J.* 17 [hereinafter “Regulating for Competitiveness”].

³¹² *Ibid.* at 33-34.

³¹³ *Ibid.*

point, savings generated by workplace restructuring and other innovation-driven measures will be negated and perhaps exceeded by the costs (more difficult to quantify in dollar terms) to the quality of care. At the least, such austerity has so far directly caused the HHR problems witnessed across the health care workforce since the mid-1990s. In Ontario home care, for example, there is a wide consensus among both nurses, home care firms and CCACs that funding levels are sorely inadequate. To object to regulatory mechanisms solely because they might force Queen's Park (now under the increasingly spendthrift Ernie Eves) to increase funding levels is, at the least, counterintuitive to this reality. In this light, the Ministry's 2001 freeze of CCAC funding (prior to Eves' arrival in the Premier's office) represents a large step backwards in addressing the current HR problems home care faces. In short, "better management" may no longer be the magic bullet allowing governments to avoid more fundamental resource-allocation issues in health policy.

That collective bargaining has resulted in significant wage hikes and labour cost increases is no justification for now completely countenancing its erosion as the system transforms. There is no reason to conclude that labour law is incapable of conceiving an effective and balanced voice mechanism such as (but not necessarily) collective bargaining in which debates about HHR issues can improve funding, contracting and other management decisions in the interests of patients. about funding. There is no reason, in short, to believe that decisions taken in an *absence* of such a dialogue would be health policy - "better" than those resulting from it.

Just as critics doubt the claim from nurses' unions that their strength is somehow good for patients, so could they doubt the notion that greater managerial power is always preferable. Most of these voices are either managers (firms, contracting agencies like CCACs, regional boards and provincial governments) or those who would entrust vital public interest questions entirely to management. Surely, the absence of internal checks and balances on management decisions makes the task of *implementing* policy much easier, but it guarantees neither the *soundness* of the policy, nor that the taxpaying and service-using public will somehow benefit by the added flexibility.

(b) Costs of Decline: Segmentation & Deficits of Accountability and Dialogue

In this section I offer two reasons why the erosion of collective bargaining for professionals in reinvented health care models could pose a problem for sound HHR planning and labour market oversight. The first problem is fairly straightforward: the current erosion of collective bargaining in reinvented sectors will create a "segmented" health care workforce in which unionized hospitals will remain human resource "magnets" relative to emerging sectors where collective bargaining is in retreat. Nurses will continue to drain back to health care's Fordist employers – hospitals – while more patients are going in the opposite direction - to home care and other sectors.

Second, I am also interested in what has been *lost* than what has appeared. What is lost is an institutional voice mechanism that could provide valuable political dialogue between two competing yet dominant perspectives in health care: the managerial and professional interests. During a time of reform, upheaval and restraint in health care, the risks of self-serving behaviour by all actors in the system can increase, as resource distribution and structural design are up for reconsideration. Powerful stakeholders in the system – professionals, their unions and associations, managers, political parties, pharmaceutical companies and the for-profit private sector al-

ways lurking on the periphery of the system – have great incentives to exploit a period of uncertainty to further their interests in a continuing atmosphere of financial restraint.³¹⁴ The one group left out of this jostling is, of course, the one most profoundly affected: patients. At bottom, checks and balances on such behaviour that do not unduly silencing or privileging one group over others would be a useful mechanism in such a context. The ideal, then, is to protect patient interests from being marginalized in favour of one interest or other. In my view, institutions like collective bargaining that can provide meaningful checks and balances between managerial and professional interests in the system are an ideal way to ensure that neither enjoys an absolute veto on HHR planning decisions.

This is an ideal familiar to labour law – “equal bargaining power” to enhance decision-making. In health care, promoting and protecting political “equilibrium” and dialogue between all these groups – including patients – dovetails with Romanow’s values of pluralistic, inclusive HHR planning. To the extent that reinvention fosters more entrepreneurial, competitive management strategies – including profit motives – the current external voice enjoyed by nurses in the system may not suffice to safeguard HHR planning decisions from domination by potentially self-serving managerial behaviour. Such domination runs the risk that poor decisions are not discovered until well after their worst effects – a nursing shortage, poor working conditions – become clear. At that point, external accountability mechanisms like those mentioned above highlight the need for change. However, this is too late for those patients and family members who have already suffered from a lack of access or a drop in quality. By supplying nurses and other workers meaningful internal voice – with appropriate checks and balances to ensure dialogue and transparency – collective bargaining or a derivative institution could address these problems on an ongoing basis before they cause undue harm. Certainly, this rests on the premise that reposing absolute legal control for HHR planning to managerial interests is undesirable, and that good management requires consultation and joint decision-making, particularly in a labour-intensive, professional setting like health care.

Managerial-Professional Dialogue: A Health Policy Value?

Recurring HHR debates often reveal a fundamental tension between managerial and professional perspectives on the meaning of “quality”, “cost-effectiveness” and other substantive HHR values, and tension on how to achieve them. Because health care is so labour- and skill-intensive, professionals are the capital assets of the system, giving them significant influence over policy. The managerial set of values in health care governance, generally held by those accountable for

³¹⁴ As Professor Carolyn Tuohy noted after the release of the Romanow Report, a “window of opportunity” has now opened for meaningful health care reform. However, the danger is that powerful groups such as these will move quickly to “close” it and impede changes that might affect their self interests. Indeed, Tuohy’s “accidental logics” theory of health care policy development and reform dynamics in Western nations holds that major systemic decisions in health care are profoundly shaped by the relative balance of power of the state, professions and the private sector at various “open” periods in history. C. Tuohy, *Accidental Logics: The Dynamics of Change in the Health Care Arena in the United States, Britain, and Canada* (Toronto: Oxford U. Press, 1999) [hereinafter *Accidental Logics*].

the financing and cost-effective management of the health system or health care firms, are primarily concerned with allocating scarce resources among competing and increasing demands for health services.³¹⁵

In this section I will suggest that neither perspective is a wholly satisfactory approach to HHR planning in the interests of patients. As noted, there is a risk that the new \$15 billion called for by Romanow Report will be wasted on “peace” agreements between governments and providers that substitute wage hikes for meaningful structural changes and improvements to workloads and patterns of practice, and allow them to evade accountability for real change. Real reform can be impeded by an absence of meaningful, inclusive and transparent HHR planning mechanisms. At the least, the interests of patients are greatly affected by the interplay of these two groups.

The managerial-professional tension underpins many of the debates surrounding health human resources issues. For example, “quality” in a human resource context means slightly different things to each perspective. The “Donabedian” formulation is an oft-cited analysis of “quality” in health care. In a seminal 1966 article, Professor Donabedian identified three different ways to measure quality in health care: *structure* (number of providers, their skill), *process* (how the care is delivered, such as length of visit), and *outcomes* (objective clinical health results).³¹⁶ The managerial perspective may be seen to stress quality in terms of health outcomes and believes in the reliable measurement of them. Conversely, the professional perspective stresses quality in terms of structure – technical inputs (meaning more spending on HR issues) to care.

These competing visions of quality inform each perspective’s view of the proper role of cost-effectiveness values in HHR planning. To governments, CCACs and home care firms, for example, quality has an efficiency factor. That is, the quality of a service is measured by the effectiveness it has on a health condition relative to the resources spent on it. For nurses’ associations, unions and nurses, however, quality may have a more “technical” emphasis. On this view, quality increases when more skill, technological capacity and overall resources (including human resources and skill) are invested. Still, it is not fair to say that professionals *never* consider cost-effectiveness or efficiency in their analyses of HHR problems. For example, the nursing profession is debating the value of “evidence-based nursing” in which constant innovation and improved cost-effectiveness are sought through research-based methods.³¹⁷ While this dovetails with larger values of

³¹⁵ The managerial-professional dichotomy I offer here is borrowed from health economist Robert Evans’ dichotomy between two distinct perspectives: “economic” and “professional/medical” assumptions about how to determine need for health care: R. Evans, *Strained Mercy: The Economics of Canadian Health Care* (Toronto: Butterworths, 1984) [hereinafter *Strained Mercy*] at 370. Evans described two competing economic models of health care utilization: the “Naïve Medico-Technical” model and the “Naïve Economic Model”. The former corresponds to the professional perspective I am describing; the latter to the managerial. Neither model, says Evans, is entirely satisfactory when applied to the exclusion of the other.

The Medico-Technical Model assumes that utilization and supply of health services – meaning spending – depends on provider-determined need, and thus gives professional providers wide latitude to determine the appropriate levels of resource inputs. Cost considerations are not a factor in this model, and if allowed to operate unchecked can risk the waste of scarce health resources. The Economic Model, by contrast, assumes that need is determined by consumer – or purchaser – demand, which is determined by a combination of price and outcome factors. In this model, medical need is not the dominant factor in determining supply except where it coincides with purchaser demand. Evans describes the Economic Model as a response to the Medico-Technical model’s relative ignorance of cost considerations, and while no country has adopted it as a complete basis for policy, it is an important component of the search for cost-effectiveness in health policy.

³¹⁶ A. Donabedian, “Evaluating the Quality of Medical Care” (1966), 44:2 *Milbank Memorial Fund Quarterly* 166; also see Donabedian, *The Definition of Quality and Approaches to its Assessment* (Ann Arbor, MI: Health Administration Press, 1980).

³¹⁷ Cite EB nursing paper.

“evidence-based decision-making”, health professions remain decidedly input-driven in their analyses of HHR problems.

From a managerial perspective, the sustainability of health care *requires* innovation, which in turn requires experimentation with new models of delivery – such as elect-to-work arrangements and redistribution of functions among profession. The debate about elect-to-work models illustrates this well. If the reality is that most home care nurses prefer casual employment and it controls spending without impairing patient accessibility, what is the objection to it? The professional perspective, however, emphasizes the risk that in some cases – in their view, too many – nurses in this model may feel coerced, overworked or otherwise disadvantaged, particularly relative to their counterparts in hospitals. This, says the profession, may impair the quality of care by hurting continuity.

Despite their divergent values, the professional and managerial interests must be balanced at all levels of health policy decision making. In describing the tension between them, Evans stressed that neither is a wholly satisfactory basis for health policy decisions, and that most policy decisions embody a compromise between them. Similarly, the managerial and professional values described here each represent valid yet competing visions of quality, and valid collective and individual interests in health policy decision making. If so, then it would be unwise – from the interests of patients and taxpayers - to give one or the other policy ascendance in the system.

If this is accepted, then there is strong public interest is in a balanced and transparent process in which their dialogue occurs. Ideally, we want the arguments and evidence marshalled by each perspective to be afforded a fair hearing within transparent political accountability institutions that structure their debate and ensure that its resolution is evidence-based and in accordance with clear and consistent standards of accessibility and quality. Of course, this is only an ideal; it is far from realization in health care. But the core premise remains intact: that dialogue and accountability are valuable in health care. Now more than ever, there is a serious risk that patients’ interests in quality, accessibility and cost-effectiveness in health care – in real structural change - will be overlooked and subordinated to the interests of those who run and work in the system. This is part of the impetus toward legislative “bills of rights” for patients: ensuring adequate voice for patient concerns about comprehensiveness (rights *to* health care), access, quality and cost (rights *in* health care).³¹⁸

In the interests of patients, then, health policy must be careful not to let one perspective dominate HHR planning, particularly at a time of systemic reform and uncertainty. Dialogue must be structured and transparent, and include the interests of *all* parties affected by HHR planning decisions. Ceding decision making to one set of interests or the other outright creates risks that they may overlook the full consequences of their decisions, or even abuse their control over policy, to advance their material or political self interests over those of patients’. Certainly, some health professions have been accused of extracting excessive “rents” from the system to further their self-interests. Professions have always been cloaked in the mysteries of medical science, and for many years used their technical monopoly to engender public trust in their decisions.³¹⁹ However,

³¹⁸ T. Epps & C. Flood, “Can a Patients’ Bill of Rights Address Concerns About Waiting Lists?” (Draft Working Paper, Health Law Group, Faculty of Law, University of Toronto, October 9, 2001).

³¹⁹ Tuohy, *Accidental Logics*, *supra* note 42.

as cost containment became more important, governments and employers gave less deference to professional expertise in HHR planning. Further, there is little doubt that professions currently have an opportunity to “rent seek” during a time of system reform. In this context, the erosion of collective bargaining may be seen as a “rebalancing” of power between the managerial and professional interests.

However, like the professions, managerial interests also have a lot at stake in health reform. Not only is public sector administration becoming increasingly difficult, the political risks of failure are higher than ever, particularly in health care. In short, managerial interests (governments, funding agencies and employers themselves) are not in an enviable position. In this environment, the incentives to show immediate cost control to political superiors (and to the electorate) are very high. This creates incentives to masquerade cost-shifting to nurses and patients as real cost-saving. Professor Colleen Flood expressed this concern in the following terms:

If one is truly concerned with efficiency (as opposed to just reducing government spending), then it is not just direct government health costs that must be counted but also the costs to society at large. It is the wider societal costs that are often overlooked and discounted by policy-makers.³²⁰

That is, reducing spending by cutting back the number of nurses and the quality of their working lives can appear to save money, when in fact the costs have only been assumed by the nurse in the form of more overtime and increased workload.

Thus, both professionals and managers have motives and opportunities for self-serving behaviour at a time of system upheaval. The importance of preserving the dialogue between the managerial and professional perspectives at all levels of health care governance lies in the fact that each interest is a necessary check on the other. Managers are needed to audit professions' claims to medical need by asking for evidence of cost-effectiveness; professionals are needed to illuminate the costs that are sometimes overlooked, whether by inadvertence or self-interest. Where one set of interests dominates a debate to the near-exclusion of the other, there exists an immediate danger of a conflict of interest between the public interest and the self-interest of the group that dominates the decision making.

These examples illustrate the importance of preserving a measure of checks and balances in the policy process, both at the central level of a government commission or collective bargaining and the micro-level of the workplace. It guards against each side from using its political voice for self-serving purposes. To illustrate: If unions or professional associations demanding large pay hikes to satisfy their constituents rather than to improve nurse recruitment, it is bad policy. Similarly, where for-profit home care firms adopt low-wage, low-skill practices to maintain a competitive foothold in the market, or where CCAC managers seek savings at every turn to show a balanced budget to their superiors in the provincial government (who, since Bill 130, can terminate them at will), it is bad policy.

Dialogue and internal accountability may also improve the operation of the health care labour market. By “improve” I mean generate outcomes – particularly a reduction in turnover rates - that promote appropriate HHR planning. If nurses lack internal voice in the workplace, the issues

³²⁰ C. Flood, “The Structure and Dynamics of Canada’s Health Care System” in J. Downie & T. Caulfield eds., *Canadian Health Law and Policy* (Toronto: Butterworths, 1999).

they raise about workload, skill mix and other aspects of their working lives may well go unheard. The result, then, is exit from the system or, for those who remain, lower morale, commitment and even competence levels. These trends cannot enure to the benefit of patients. If additional voice mechanisms are in place that institutionalize dialogue on issues of appropriateness, these may act as a “safety valve”³²¹ of sorts that forces confrontation with divergent views and mitigates resort to exit strategies.

If internal voice mechanisms are available to nurses and other professionals, issues like wages, staff levels and working conditions will receive adequate consideration, and act as a check against funding, contracting or firm management decisions that may affect the accessibility, quality and cost-effectiveness of care. For example, if there is no debate about “elect-to-work” models within an institutional framework like collective bargaining, their real costs and benefits may not receive sufficient scrutiny. Similarly, issues such as wage rates, benefit levels, professional support structures and skill-mix ratios deserve to be debated as public interest questions. If employers and CCACs believe these models improve quality and save money, then they should, as a matter of public policy, be required to make that case in a transparent forum. If nurses’ perspectives are muted on these crucial questions, then there is an increased risk that funding levels, contracting choices and other managerial decisions will occur without accountability for their impacts on the supply of nurses and the environment in which they work.

Some labour relations scholars have argued that increased participation in decision-making via internal voice mechanisms such as collective bargaining can also enhance productivity and competitiveness.³²² In line with emerging “Quality of Working Life” theories in some economic sectors, this view sees workplace “democracy” as instituted by collective bargaining as a good business strategy. If the point of “reinvention” in health care is to make the system more competitive, then labour policy measures that promote competitiveness ought to be welcome. As noted earlier, the work of Hugh Collins and other scholars suggests that labour law has the potential to facilitate new, more cost-effective modes of production and work relations.³²³ In Collins’ view, appropriate employee protections against some of the risks inherent in post-Fordist work models – job insecurity, increased skill demands – can permit us to realize the benefits of new work modes without causing unwanted labour market effects. Such a proposal might, for instance, create optimal regulatory conditions for the wider implementation of “elect-to-work” or other innovations in health care management. If so, health care would benefit from true cost savings without shifting undue cost to nurses. Indeed, the way is now clear to ask more of labour law in health care than we have before.

In sum, then, the erosion of collective bargaining under “reinvented” delivery models portended by the Ontario home care experience conflicts with the substantive and procedural HHR planning values described in Part II. There is no *a priori* reason to prefer a professional workforce disenfranchised from collective bargaining to one that is not, because there is no basis to assume that

³²¹ This phrase is borrowed from Robert Hebdon’s work. See R. Hebdon, “Ontario’s No-Strike Laws: A Test of the Safety-Valve Hypothesis” in *Proceedings of the 28th Conference of the Canadian Industrial Relations Association* (1991) at 347-356.

³²² The most forceful argument for the productivity benefits of unions was made in R. Freeman & J. Medoff, *What Do Unions Do?* (New York: Basic Books, 1984). Roy Adams has echoed this view in his work, most notably in R. Adams, “Labour Policy, Cooperation and Competitiveness: Recasting the Vital Links” *Policy Options* (March 1994) 33-38.

³²³ Collins, “Regulating for Competitiveness” *supra* note 137.

greater control of the system by managerial interests is “good” for HHR decision-making. Further, if reinvention continues to repose more decision-making power on HHR issues in the hands of management interests, the dialogue and accountability benefits supplied by professional access to internal voice mechanisms like collective bargaining are lost.

If so, an accountability and dialogue “deficit” may well emerge in which governments and managers dominate HHR planning. Recent commentary on the Romanow report has included doubts that governments will, on their own, cede meaningful decision-making power at a time of incredible political risk, set up accountability mechanisms for HHR planning, or promote meaningful and transparent dialogue to enhance the democratic character, if not the propriety, of HHR decisions themselves. If so, the loss of collective bargaining as a proxy for this function is, despite all its flaws, a loss for health policy.

V. Implications for Labour Law

If I am correct in these conclusions, then re-enfranchising the Canadian health care workforce requires us to change the legal order to overcome the post-Fordist barriers described earlier. By no means am I here prescribing any template for health care collective bargaining, but rather am touching on three areas that will arise in designing any such system. These are: bargaining structure, organizing process, and dispute resolution. I will situate the discussion in the Ontario home care setting, though the issues I raise likely have wider implications for Wagnerism in health care.

(a) Bargaining Structure

As the *DATC* case illustrated, the Wagnerist collective bargaining structure in Canadian health care is incapable of recognizing the fragmentation inherent in post-Fordist subcontracting arrangements such as the RFP process. In my view, the appropriate response would be to reject the *DATC* approach and recognize each CCAC and its subcontracting partners as one employer for the purposes of collective bargaining. This would not impose unions on any given CCAC, but it would recognize that the proper constituency for collective bargaining in this sector is really the entire group of contracting partners. For example, if a majority of nurses in the system desire it, then regional-based (by CCAC region) bargaining could emerge in which all firms who win contracts with a CCAC would be bound by this agreement, regardless of whether they themselves are unionized.

This approach resembles sectoral bargaining proposals in other sectors and jurisdictions where workers face similar barriers to organizing. It has some intuitive appeal for its coverage and for its tendency to bring competitive parity as between the employers in the given geographical area. That is, if one employer is unionized, all others are as well. Hence, there is no competitive advantage for any given employer to resist or oppose organizing attempts. Wages and working conditions are, therefore, taken out of competition without an undue impact on the actual inter-firm competition within the bargaining structure.

(b) Organizing Process

I am not proposing the *imposition* of collective bargaining, but rather improving its accessibility. Within this structure, the vote-based certification approach should remain. As the experience in Ontario home care shows, the desire for unionizing can be thwarted by a lack of attachment to an employer, a lack of social familiarity with colleagues, and in general the difficulty of identifying

who works for whom. To overcome these barriers, the law must abandon traditional Fordist notions of strong employer attachment and full-time employment to recognize the realities of casual, multi-firm employment in Ontario home care. Still, the choice to unionize must remain free. If a union seeks to organize all the nurses working in a CCAC region, then it must convince a majority of them to vote in favour of it. Likewise, nurses can decertify a union following parallel voting procedures. In this model, some CCACs may be unionized, while others not. This is an acceptable state of affairs because the goal is not entrenching unions, but protecting freedom of access to them. To go further would, in my view, be bad for HHR planning because employers whose management decisions are in line with the procedural values of dialogue and accountability would not realize any benefit relative to those whose decisions are not.

(c) Dispute Resolution

Finally, the method of dispute resolution is crucial both to the social acceptability of my proposed system and to the accessibility of collective bargaining itself. As the Comcare and other disputes illustrate, the strike weapon is largely ineffective within a competitive contracting context. The replaceability of the nurses who struck by others from firms within the same CCAC made the Comcare strike virtually meaningless to management. For Comcare, it simply lost its contract and closed its doors, perhaps to open again another day. The CCAC suffered no noticeable interruption of service. Thus, the strike dragged on until administrative intervention by the OLRB and Arbitrator McKechnie forced the employer's hand. Thus, strikes remain largely ineffective under the RFP process. As such, they make collective bargaining that much less attractive as a voice mechanism.

As well, the ethical and moral concerns nurses have about having to strike to wield any voice also militate against organizing. While nurses may seek the voice promised by collective bargaining, some may resist the crude withdrawal of services as the way to achieve it. These concerns exist, of course, alongside the classic concerns about disruptions to essential services during public sector strikes. Nurses are typical of the "high trust" employees envisioned by Alan Fox;³²⁴ workers who may not need the ultimate sanction of a work stoppage to exert voice in their workplace. Where nurses do seek voice, therefore, they are forced to use a mechanism that poses serious ethical and efficacy concerns. The alternative, then, is to reject collective bargaining – and hence voice – altogether.

Thus, in my view, the right to strike is not the ideal model for dispute resolution in Ontario home care. The VON decision was wrongly decided. By adopting a bricks-and-mortar approach, the OLRB completely ignored the increasing similarity of work between hospital and home care nurses. Nursing work is moving from hospitals to homes, and is no less essential. Interest arbitration is the only viable approach to resolving disputes, despite its flaws.

There are many grounds to object to using the dispute resolution process supplied by Wagnerism to resolve managerial-professional disputes on issues that affect the public interests of quality, accessibility and cost-effectiveness. Among the most obvious are that neither the right to strike

³²⁴ A. Fox, *Beyond Contract: Work, Power & Trust Relations* (London: Faber, 1974).

or interest arbitration contain any internal processes for resolving these issues on an evidence-based model. That is, the conventions of arbitration follow from the privacy principles of collective bargaining.³²⁵ Interest arbitrators always regard their task as repugnant on the grounds of having to fashion a “private” agreement from outside the bargaining process. However, if the public interest nature of notionally “private” issues is accounted for, then this view of arbitration as an aberration has less validity. Instead, arbitration can be seen for its possibilities as a coherent, pluralistic process that attempts to align labour relations outcomes with the broader public interests in health policy. If adjudication is the preferable mode of dispute resolution, then the search for better interest arbitration procedures should begin.

(d) Conclusion

My main objective here has been to suggest that the demise of Wagnerism in Ontario home care equates to a demise of nurse enfranchisement to an internal voice mechanism. While serious debate must take place over what type of legal regime we want to govern our health care workforce, I have attempted to define some of the catalysts to this debate. The human resources crisis in Ontario home care is aggravated by the disenfranchisement of the nursing workforce from collective bargaining. At the least, reforms must have as their goal the re-enfranchisement of nurses so that they can exercise meaningful voice within a managerial-professional dialogue. What is unacceptable, as I have tried to suggest, is the persistence of a confluence of legal and structural factors that effectively eliminate any such voice. This, I believe, ought to inform the starting point of any discussion of health care labour relations in a reinvented era of competition, for-profit delivery and entrepreneurialism. Without professional voice, impairments to accessibility, quality and cost-effectiveness resulting from misguided or self-serving management choices may remain unaddressed until it is too late. While law must heed concerns about cost-effectiveness when crafting the form, substance and strength of this voice – indeed, of a more robust managerial-professional dialogue – the need for voice itself seems incontrovertible.

³²⁵ Archibald, *supra* note 134.

La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale.
Diritti fondamentali e procedure di *soft law**

Silvana Sciarra

1. Premessa. Cosa è cambiato e cosa sta cambiando nel dibattito sull'Europa sociale	123
2. Dopo Lisbona. Il trionfo del metodo aperto di coordinamento	125
3. Dal Working group sull'Europa sociale al Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa	129

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 16/2003

1. Premessa. Cosa è cambiato e cosa sta cambiando nel dibattito sull'Europa sociale

Un risultato interessante che emerge dalla più recente ricerca sui diritti sociali nell'Unione Europea è la rinnovata centralità del tema nel dibattito accademico e nel *policy-making* delle istituzioni comunitarie.³²⁶ Piuttosto che accostarsi alla materia con spirito tanto critico da nascondere quasi un complesso di inferiorità, il dibattito ha assunto in talune occasioni un tono pragmatico, rivelando un'utile tensione propositiva.

I temi che più hanno riscaldato tale dibattito, soprattutto dalla seconda metà degli anni novanta in poi, ruotano intorno alla riforma dei Trattati. Quasi rincorrendo un paradosso, la marginalità dell'Europa sociale, attribuibile prevalentemente alla debolezza delle sue basi giuridiche, si è gradualmente imposta all'attenzione di un pubblico più vasto, non limitato agli specialisti della materia.

Si può addirittura sostenere che nell'intreccio fra comunità scientifiche nazionali e *policy-makers* sovranazionali si sia creato un laboratorio di analisi assai attivo, a cui hanno guardato con curiosità quanti avevano a cuore il riequilibrio di posizioni giuridiche squilibrate e l'ammmodernamento di un sistema di garanzie dei diritti sociali.

Agli albori della CEE il dilemma ruotava intorno alla inconciliabilità dell'Europa sociale con un mercato in cerca di dinamiche perfette e di massima efficienza. Negli anni in cui l'equilibrio del mercato si andò consolidando intorno alla scelta di una moneta unica, oltre alla lenta evoluzione delle politiche sociali tradizionali, si rivelò nella sua drammaticità l'assenza di una politica per l'occupazione.

In quelle circostanze, ovvero dopo il Trattato di Amsterdam, il laboratorio delle politiche sociali europee aprì le sue porte a quanti elaboravano i temi della conciliabilità fra sviluppo economico e stabilità delle politiche monetarie da un lato e rafforzamento dei diritti sociali dall'altro.

Un tale laboratorio di idee non poteva che essere multidisciplinare ed anche multiculturale, con ciò intendendo che si rivelò indispensabile mettere a confronto teorie diverse sullo stato sociale e pratiche diverse circa l'azionabilità dei diritti. Dopo Amsterdam si avviò un periodo fecondo di approfondimento che indusse ad un confronto di idee non convenzionale.

Il carattere fortemente politico di questa operazione di rinnovamento culturale non può essere sottaciuto. Una diversa attenzione ai temi dell'Europa sociale corre parallela all'impostazione di significative riforme istituzionali. Anche se nei dibattiti nazionali l'attenzione verso tali riforme riflette talvolta orientamenti contingenti, è pur vero che l'avvio di un processo rifondativo sovranazionale ha imposto un maggior tasso di coerenza all'evoluzione della politica interna. Alla contrapposizione di pregiudizi marcatamente ideologici si sostituisce una negoziazione di alto livello,

³²⁶ Per alcuni esempi in tal senso si veda: J. Shaw (a cura di), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000; B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2003; J. Kenner, *EU Employment Law*, Oxford, Hart Publishing, 2003; T. Hervey and J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2003; La Commissione offre un bilancio delle attività in CCE, Comunicazione della Commissione, Quadro di valutazione dei progressi compiuti nell'attuazione dell'agenda per la politica sociale, COM (2003), 57 definitivo, 6.2.2003

ben esemplificata nelle modalità di avvio nonché nei lavori della Convenzione presieduta da Roman Herzog, che ha redatto la Carta dei diritti fondamentali.³²⁷

Si tratta della specificazione di un metodo non nuovo, praticato, in modo forse meno sofisticato e tuttavia efficace, da un gruppo di saggi nominato dalla Commissione e presieduto da Maria de Lourdes Pintasilgo, in vista della CIG del 1996.³²⁸ A tale impresa fece seguito il gruppo di esperti di alto livello, guidato esemplarmente da Spiros Simitis, uno studioso fra i più critici circa la struttura asimmetrica dei valori fondamentali all'interno dell'ordinamento europeo e fra i più appassionati propugnatori di una espansione dei diritti sociali.³²⁹

Nel fare cenno a questi precedenti, ripercorrendo una breve ed intensa cronologia di fatti che hanno riportato sulla scena pubblica ed istituzionale i diritti fondamentali, non si può fare a meno di sottolineare che un impulso assai forte è venuto dalla autorevolezza delle voci che si sono sollevate a difesa dei diritti sociali. Questi ultimi, per la loro storica rilevanza nelle carte costituzionali degli Stati Membri nonché per la visibilità e la rappresentatività di gruppi organizzati e di associazioni che se ne fanno fautori³³⁰, hanno costituito un banco di prova importante nella redazione della Carta di Nizza, ispirata, tra l'altro, al principio della indivisibilità dei diritti fondamentali.

Oltre alla novità rappresentata dal processo formativo della Carta, poi approvata a Nizza come dichiarazione solenne,³³¹ si deve segnalare lo svolgersi parallelo di un altro capitolo innovativo, sviluppato dentro quel laboratorio di idee a cui prima si è fatto cenno, parlando del dopo-Amsterdam. Il metodo aperto di coordinamento, consolidato ed ampliato dopo il Consiglio europeo di Lisbona, trova le sue origini nell'attuazione del Titolo VIII in materia di occupazione inserito nel Trattato di Amsterdam.

Non si può non rimarcare il parallelismo di due distinti processi riformatori. La preparazione della Carta e la enunciazione di un catalogo di diritti sociali fondamentali avviene secondo una procedura aperta e tuttavia guidata da soggetti istituzionali, tanto che di essa si parla come di un modello preferibile rispetto alla macchina complessa delle CIG.³³² Le politiche occupazionali si rafforzano intorno ad un metodo anch'esso aperto che, oltre a coinvolgere i governi nazionali, coinvolge in modo diretto diversi settori delle amministrazioni degli Stati.

³²⁷ È noto che il *drafting* della Carta è stato il risultato di un processo aperto ai contributi della società civile, anche per via telematica. Si veda fra gli altri Dutheil de la Rochère, *La Charte des Droits Fondamentaux de L'Union Européenne. Quelle valeur ajoutée, quel avenir*, RMCUE 2000, p. 675.

³²⁸ CE, Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino, Lussemburgo, 1996. Il testo redatto dal gruppo fu il risultato di un ampio confronto con la società civile.

³²⁹ CE, Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire. Rapporto del gruppo di esperti sui diritti fondamentali, Bruxelles, febbraio 1999.

³³⁰ Oltre a molti gruppi attivi nella società civile, basti il riferimento al ruolo del sindacato europeo. V. U. Muckenberger (a cura di), *Manifesto Social Europe*, Brussels, ETUI, 2001.

³³¹ GUCE C 364-1, 18 dicembre 2000. Il problema della natura giuridica della Carta è affrontato da B. de Witte, *The legal status of the Charter: vital question or non issue*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001, p. 81 ss.

³³² Si veda G. De Búrca, *The Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights*, *European Law Review* 2001, p. 126, ed anche i risultati della ricerca svolta per conto della Commissione e confluita nella pubblicazione curata dal Centro Schuman dell'Istituto Universitario Europeo, *Second Report on the Reorganisation of the European Union Treaties*, Firenze, luglio 2000.

Su questo parallelismo che esemplifica le due grandi novità del dibattito europeo sull'Europa sociale, si può costruire una riflessione proiettata sugli sviluppi futuri, in vista dell'avvio della prossima CIG.

La consapevolezza diffusa è che anche nella materia delle politiche sociali il 'linguaggio dei diritti' favorisce l'integrazione ed avvicina i legislatori nazionali, creando la consapevolezza di valori condivisi.³³³

La micro-storia dei diritti sociali fondamentali, scritta attraverso le tappe del loro avanzamento nel diritto europeo, è in realtà una macro-regione del diritto costituzionale nei principali ordinamenti nazionali.

Prima di guardare alle proposte elaborate dalla 'Convenzione sul futuro dell'Europa' è opportuno soffermarsi sull'altro tema prima citato, che ha riempito di contenuti innovatori il laboratorio interdisciplinare ed interculturale del dopo-Amsterdam.

Le politiche occupazionali scaturite dall'attuazione del nuovo titolo inserito in quel Trattato hanno portato alla luce il metodo aperto di coordinamento, quale tecnica regolativa alternativa all'armonizzazione. Tale metodo si va estendendo ad altre materie e viene da più parti salutato come una grande novità, anche per gli spunti di riflessione teorica che esso offre sia ai giuristi, sia – con un'enfasi ancora maggiore – agli studiosi della scienza politica e dell'integrazione.³³⁴

2. Dopo Lisbona. Il trionfo del metodo aperto di coordinamento

È diffusa fra gli osservatori la convinzione che i contributi più inventivi e più efficaci circa la possibilità di smuovere le acque delle politiche sociali comunitarie siano venuti dal metodo aperto di coordinamento, formula emersa nei lavori della presidenza portoghese del Consiglio³³⁵, in cui fu anche avanzata la proposta di estendere tale metodo alla materia della lotta all'esclusione sociale.³³⁶

In una delle occasioni di riflessione politica ed accademica promosse dalla presidenza portoghese, il Ministro belga responsabile per gli affari sociali e le pensioni, Frank Vandenbroucke segnalò l'urgenza di applicare tale metodo nella lotta all'esclusione sociale, legandolo al raggiungimento di obiettivi in termini di risultati, più che guardando ai livelli di spesa sostenuta dagli stati sociali.

³³³ G. de Búrca, *The Language of Rights and European Integration*, in J. Shaw e G. More (a cura di), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 29 ss. Questa raccolta di saggi rivela al giurista continentale l'importante contributo teorico, oltre che interpretativo fornito agli studi sull'integrazione europea da una nuova generazione di giuristi attivi, o comunque educati nel Regno Unito. Un dibattito scientifico così ricco è servito a controbilanciare l'immobilismo delle posizioni politiche assunte dal quel governo, particolarmente accentuato sui temi dell'Europa sociale.

³³⁴ Una combinazione di diversi punti di vista disciplinari è proposta da J. Zeitlin e D. M. Trubek (o a cura di) *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, OUP, 2003. Si veda anche il numero speciale curato da J. Scott e D. Trubek, *Law and New Approaches to Governance in Europe*, ELJ, 2002, n. 1 per cogliere i nessi del dibattito aperto dal libro bianco della Commissione *La Governance europea*, COM (2001)428, luglio 2001 ed il consolidarsi del metodaperto di coordinamento.

³³⁵ Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000, http://www.europarl.eu.int/summits/lis1_en.htm

³³⁶ Una ricostruzione dei passaggi istituzionali più salienti è in C. De la Porte e P. Pochet (a cura di), *Building Social Europe through the Open Method of Coordination*, Brussels, PIE, 2002.

Fu anche proposto di basare le scelte politiche dei governi sulla comparazione di indicatori sociali, da mettere a punto congiuntamente con le istituzioni comunitarie.³³⁷ Per segnalare l'importanza che si intendeva attribuire a questa materia si suggerì di trasformare il Gruppo di alto livello sulla protezione sociale in Comitato per la protezione sociale, da inserire nel Trattato, con una funzione consultiva. Il risultato di tanta lungimiranza è nel nuovo art. 144 inserito nel TCE a Nizza. A tale comitato, composto da rappresentanti degli stati e della Commissione, si riconosce un ruolo guida nel 'promuovere la cooperazione in materia di protezione sociale tra gli Stati Membri e con la Commissione'.

È utile valutare perchè il metodo aperto di coordinamento ha suscitato tanti consensi fra gli osservatori.

La prima attuazione del Titolo VIII ha preso le mosse dalle cadenze temporali predefinite nel Trattato. È annuale la relazione comune del Consiglio e della Commissione, così come lo sono le Conclusioni del Consiglio (art.128 TCE), che chiudono il cerchio, a seguito delle relazioni sulle politiche occupazionali inviate da ogni Stato Membro.

La *ratio* che ispira il Titolo VIII del TCE è che le iniziative prese in attuazione degli artt. 125 e seguenti sono per definizione incompatibili con l'armonizzazione, come si dice espressamente nell'art. 129. Il Consiglio ha un ruolo di incoraggiamento e di sostegno delle politiche occupazionali nazionali che, sempre secondo l'art. 129, può arrivare fino all'adozione di 'misure di incentivazione dirette a promuovere la cooperazione', secondo una terminologia ambigua che lascia nel vago la natura di tali incentivi.

Nel campo delle politiche sociali, l'art. 137.2 TCE, come modificato dal Trattato di Nizza, nell'esemplificare alle lettere a) e b) il ruolo di 'incoraggiamento' del Consiglio, espressamente esclude l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri nella lotta all'esclusione sociale e nella modernizzazione dei regimi di protezione sociale. Dove non regna l'armonizzazione, la *soft law* propone tecniche di coordinamento quali il miglioramento della conoscenza, lo scambio di informazioni sulle migliori prassi e sulle esperienze fatte dagli Stati Membri. Si tratta, come si può vedere, di una formula che non si propone una competizione al ribasso degli standard di protezione sociale, ma un coordinamento delle esperienze migliori, nel quadro degli obiettivi posti dall'art. 136.

L'art. 136 – è bene ricordarlo – altro non è che il 'vecchio' art. 117 che, già nel Trattato di Amsterdam si era arricchito dei riferimenti ai diritti fondamentali contenuti nella Carta Sociale del 1961 ed in quella Comunitaria del 1989.³³⁸

L'art. 137 offre uno spazio importante all'armonizzazione nelle materie della 'sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori', materie sottratte al dominio della *soft law*, a cui spetta invece

³³⁷ Nello stesso convegno Europe, globalisation and the future of social policy fu presentato il Rapporto di M. Ferrera, A. Hemerijck e M. Rhodes, *The Future of Social Europe. Recasting Work and Welfare in the New Economy*, Celta Editore, Oeiras, 2000.

³³⁸ Questa innovazione raccoglie le proposte circolate nel dibattito accademico prima richiamato, che ha preceduto la CIG del 1996. Sia pure entro i limiti di un richiamo della Carta Sociale del 1961 nella nicchia delle 'Disposizioni sociali' e non nelle 'Disposizioni comuni' del TUE - dove solo la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo è richiamata – si consolida l'idea di una proficua circolazione degli standard internazionali, al fine di costruire un sistema di tutela a più livelli, anche in forza della specificità dei diritti sociali ad esercizio collettivo. Si veda, per altri riferimenti, S. Sciarra, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in P. Alston (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford & New York: Oxford University Press, 1999, p. 473 ss.

il compito di intervenire nella 'modernizzazione dei regimi di protezione sociale'. L'intreccio fra competenze e tecniche regolative è, come si vede, sottile e potrebbe dare adito a molte riflessioni, tutte legate al significato che la Commissione intende attribuire al termine 'modernizzazione'.

Quanto ai regimi di sicurezza sociale, si entra nel vivo di competenze caparbiamente difese dagli Stati Membri, restii al cambiamento per via legislativa, ma forse sedotti da un progetto *soft* e graduale di modernizzazione.

Il nuovo clima di riflessioni e di proposte favorito dal metodo aperto di coordinamento spiega l'attivismo della Commissione nel creare consenso politico intorno ai temi, anch'essi assai sensibili nella percezione dei governi, dei servizi sanitari nazionali³³⁹, della modernizzazione delle regole che sovrintendono alla libera circolazione dei lavoratori³⁴⁰ ed all'estensione del Regolamento 1408/71 ai cittadini degli stati terzi.³⁴¹

È ugualmente significativo l'impegno profuso dalla Commissione nel monitoraggio del metodo aperto di coordinamento applicato alle politiche occupazionali.³⁴² A queste ultime si vorrebbe imprimere una maggiore efficienza, semplificando le linee guida emanate in base al Titolo VIII e 'sincronizzandole' con quelle relative alle politiche macro-economiche, emanate in base al Titolo VII.³⁴³ Si richiama anche l'attenzione sullo scarso coinvolgimento dei parlamenti nazionali e sull'esigenza di imprimere maggiore trasparenza alle procedure di Lisbona. Si fa strada l'idea di elaborare indicatori sempre più precisi e condivisi dagli Stati Membri, indicando a questi ultimi obiettivi anche quantitativi da raggiungere.³⁴⁴

Il punto di vista del diritto del lavoro, attento a cogliere le novità delle politiche occupazionali, ma anche preoccupato dalla stasi delle politiche sociali,³⁴⁵ consiste nel non abbandonare il linguaggio dei diritti, anche quando si guarda ad una procedura esclusivamente fondata sulla *soft law* e tuttavia incardinata nel Trattato, quale è quella del metodo aperto di coordinamento.

Non vi è dubbio che l'attuazione del Titolo VIII ha confermato tutte le potenzialità di una tecnica regolativa non costrittiva, proprio perchè attenta all'esercizio della sovranità nazionale in materie

³³⁹ Si veda la Comunicazione *Strengthening the social dimension of the Lisbon strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection*, COM (2003) 261 final of 27.5.2003, sezione 2.2, ed ivi un riferimento al Joint Commission/Council Report on supporting national strategies for the future of health care and care for the elderly to the Spring 2003 European Council (http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/healthcare/healthcare_en.htm).

³⁴⁰ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, COM (2001) 257 final of 23.5.2001 e la proposta recentemente adottata dalla Commissione, (COM) 2003 199 final of 15.4.2003. Si veda anche la Comunicazione *Commission's Action Plan for skills and mobility*, COM (2002) 72 final of 13.2.2002.

³⁴¹ Regolamento (CE) No 859/2003 del 14 Maggio 2003 che estende il Regolamento (CEE) No 1408/71 e il Regolamento (CEE) No 574/72 a cittadini di stati terzi non rientranti nella normativa in questione in ragione della loro nazionalità.

³⁴² A tal fine la Commissione ha richiesto nel 1997 a ciascuno Stato Membro di svolgere ricerche circa l'andamento delle politiche occupazionali, in attuazione del Titolo VIII, a seguito di una decisione in tal senso adottata nel Consiglio di Nizza. The Impact Evaluation available at http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/impact_en.htm.

³⁴³ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni *Bilancio di Cinque Anni della Strategia Europea per Occupazione*, COM (2002) 416 definitivo, Brussels 17.7.2002.

³⁴⁴ Comunicazione della Commissione, *The Future of the European Employment Strategy. A Strategy for Full employment and Better Jobs*, COM(2003) 6 definitivo, Brussels, 14.1.2003.

³⁴⁵ Condivisibili le preoccupazioni espresse da D. Ashiagbor, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From 'Social Policy' to 'Employment Policy'*, *European Law Journal* 2001, p. 311 ss.

che toccano da vicino i valori costituzionali, da un lato, e che, dall'altro, si collegano sovente alla disponibilità di stanziamenti nei bilanci degli stati e dunque a priorità da indicare nelle scelte di politica economica.

Tutto questo non è nuovo, se solo si guarda all'originaria impostazione del Titolo del Trattato sulla politica sociale. Il linguaggio ancora adottato in alcune norme – quelle che più risentono delle molte modifiche stratificate negli anni – fa riferimento al sostegno ed al completamento dell'azione degli Stati da parte della Commissione. La novità non va rintracciata nel coordinamento, da sempre compito precipuo della Commissione, ma nella procedura con cui le azioni degli Stati sono messe a confronto, secondo una istituzionalizzazione dei tempi che attribuisce al Consiglio poteri di indirizzo più marcati rispetto al passato ed un potere sanzionatorio assai lieve, consistente nell'invio di raccomandazioni agli Stati.

Si può sostenere che la combinazione fra mezzi e fini, così come risulta dalla pratica del metodo aperto di coordinamento, ha ampliato la nozione di standard di tutela, rendendo la procedura prevista dal Trattato una pre-condizione per l'avvio di misure legislative o amministrative che attengono alla tutela ed alla promozione dell'occupazione. Talune misure - si pensi agli interventi di riforma del mercato del lavoro, alla regolamentazione che attiene alle condizioni ed ai tempi di lavoro, ma anche alla formazione professionale – sono state in questi anni parte integrante delle linee guida del Consiglio e scelte ricorrenti nelle politiche legislative degli Stati.

Difficile dire se a tali scelte gli Stati sarebbero comunque giunti, in assenza del nuovo Titolo del Trattato ed in presenza di esigenze interne di riforma del diritto del lavoro. Sta di fatto che, nell'avviare politiche occupazionali in osservanza degli obblighi derivanti dal Trattato, le amministrazioni nazionali hanno interpretato le procedure da seguire, adeguandole a prassi interne a ciascuna amministrazione. Questo progressivo arricchimento del metodo aperto di coordinamento – non esente da critiche per la estemporaneità dei metodi seguiti nella redazione dei Piani nazionali – sta a significare che, nonostante l'assenza di disposizioni vincolanti, il metodo possiede una sua solidità.

Poichè si è trattato di adempiere ad obblighi indefiniti quanto ai contenuti, lo spazio di manovra per gli attori nazionali coinvolti si è rivelato assai ampio. Metodo 'aperto' vuol dire anche questo: le competenze nazionali non vengono toccate, ma si crea nelle istituzioni comunitarie l'aspettativa di un risultato coerente, il più possibile funzionale all'obiettivo da raggiungere.

L'avvio del metodo aperto di coordinamento nella materia dell'inclusione sociale si è avuto in assenza di una previsione esplicita nel Trattato, quanto alla procedura da adottare. Il nuovo testo dell'art. 144 si limita infatti ad individuare alcune modalità che il Comitato per la protezione sociale può seguire nella raccolta e nella circolazione delle informazioni e delle buone prassi, nonché nell'elaborazione di relazioni e pareri.

Quanto all'art. 137, si è già detto che le modifiche apportate a Nizza hanno descritto i poteri del consiglio come 'incoraggiamento alla cooperazione' per le materie escluse dall'armonizzazione, fra le quali figura anche la lotta contro l'esclusione sociale.

Si deve evidenziare la forza espansiva di un metodo che viene di volta in volta adeguato ad esigenze diverse. Non sarebbe, tuttavia, corretto interpretare le politiche sull'inclusione sociale in analogia con quelle sull'occupazione. Proprio perché siamo in presenza di procedure *soft* e non di norme vincolanti, ciascuna iniziativa mantiene caratteristiche sue proprie e si svolge secondo

prassi mutevoli e non predeterminabili, se non attraverso il consenso dei soggetti di volta in volta interessati.

In un contesto caratterizzato da obiettivi non quantificabili – la promozione di un livello elevato di occupazione (art. 2 TUE e TCE) e da tecniche regolative alternative alla legge, il linguaggio dei diritti sociali fondamentali, particolarmente familiare per i giuristi nazionali e già presente nel gergo comunitario, si impone con urgenza all'attenzione dei futuri riformatori dei Trattati.

Piuttosto che restare svincolate da qualunque riferimento normativo cogente, le politiche occupazionali, come pure quelle sull'inclusione sociale, devono trovare limiti chiari nel rispetto dei diritti fondamentali. Un'interpretazione sistematica delle norme ora vigenti, incluse le norme contenute nella Carta, già consentirebbe di dichiarare operanti tali limiti.³⁴⁶

L'inserimento della Carta nella Parte II del 'Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa' dovrebbe ulteriormente specificare la funzione dei diritti sociali fondamentali in rapporto alle procedure di *soft law*, in vista di un'espansione di tali procedure verso altre aree del diritto sociale europeo.

Così come la 'armonizzazione dei sistemi sociali', uno dei risultati del buon funzionamento di un mercato sempre più integrato, è stata perseguita nel rispetto delle tradizioni costituzionali degli Stati Membri, il metodo aperto di coordinamento non può restare estraneo a tali tradizioni, né ignorare che l'integrazione europea è oggi assistita da una sempre più incalzante circolazione degli standard internazionali.

La prospettiva di un metodo aperto, ma ancorato al rispetto di diritti fondamentali condivisi, è, tra l'altro, utile nella fase dell'allargamento a nuovi Stati Membri, già osservatori attenti della evoluzione della *soft law*, ma anche chiamati a partecipare alla CIG ed a ratificare un futuro nuovo Trattato.³⁴⁷

3. Dal Working group sull'Europa sociale al Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa

Le proposte di riforma circolate nell'ultimo decennio si intrecciano, come si è cercato di dimostrare, con una lenta evoluzione dell'Europa sociale. Nel riformare i Trattati si è proceduto seguendo il metodo dell'ampliamento delle basi giuridiche, da un lato, e dell'espansione delle materie da decidere secondo il voto a maggioranza qualificata, dall'altro. È stato anche gradualmente specificato il riferimento a fonti internazionali esterne all'ordinamento europeo, pur lasciando aperta la questione del raccordo fra Corti sovranazionali.

È rimasta a lungo non risolta la questione della ripartizione delle competenze fra Stati Membri e Unione Europea in materia di politiche sociali ed anche di garanzia del rispetto dei diritti sociali fondamentali. Senza cambiare l'impianto originario dei 'vecchi' articoli 117 e 118, si è proceduto

³⁴⁶ Basti leggere l'incipit dell'art. 136 TCE e rapportarlo all'art. 6 TUE. La Carta di Nizza contiene il riferimento alle fonti internazionali, incluse le Carte sociali, nel Preambolo.

³⁴⁷ Secondo le conclusioni del Consiglio di Copenhagen, 12-13 Dicembre 2002, richiamate opportunamente da B. de Witte, *Entry into Force and Revision*, in B. de Witte (a cura di), *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, EUI-R. Schuman Centre, Academy of European Law, Firenze Maggio 2003, p. 211.

ad un'opera di restauro per approssimazioni successive, seguendo le variabili geometrie della politica, oltre che del bilanciamento fra poteri delle istituzioni e competenze degli stati.

Il fatto che la circolazione di idee non si sia mai arrestata e che sia rimasta vigile la critica della dottrina, conferma la tesi esposta all'inizio di queste riflessioni. Nonostante le lacune dell'ordinamento, la costruzione dell'Europa sociale si sta svolgendo consapevolmente, come reazione al pericolo di una sua marginalizzazione. L'inclusione dei diritti sociali nella Carta di Nizza conferma che è stato avviato un importante processo di costituzionalizzazione.

Collocati in questa prospettiva storica, che è stata di graduale espansione dell'Europa sociale, i risultati dei lavori della 'Convenzione per il futuro dell'Europa' possono apparire troppo prudenti. Coerente con l'incedere lento delle riforme in questa delicata materia, la Convenzione sembra segnare il passo.

Il gruppo sull'Europa sociale si è inserito con ritardo nel calendario complessivo dei lavori, quasi a voler colmare un vuoto di immagine oltre che di contenuto.³⁴⁸

Nel Rapporto finale del gruppo si adotta una terminologia sensibile ai valori inclusi nella Carta di Nizza. Dignità umana, solidarietà, uguaglianza sono, secondo il Rapporto, valori da includere nell'art. 2 del Progetto di Costituzione, anche in vista di un ampliamento degli obiettivi dell'Unione, di cui all'art. 3. Si noti che la bozza finale del Progetto tiene conto di tali suggerimenti, pur con qualche sottile distinzione quanto al valore della solidarietà, indicato fra quelli su cui si fonda la società composta dagli Stati membri, ma, se ben si intende, non fra quelli su cui si fonda l'Unione. Proprio sulla solidarietà, valore cardine in molte costituzioni nazionali, si basa un'importante giurisprudenza della Corte di Giustizia, volta a sottrarre al diritto della concorrenza istituzioni nazionali con finalità sociali operanti in regime di monopolio.³⁴⁹

Nell'art. 3 della Parte I compare fra gli obiettivi dell'Unione la solidarietà tra generazioni, con ciò specificando un aspetto molto attuale di un valore sociale ad ampio raggio, che dovrebbe consentire l'avvio di politiche di coordinamento sul tema delle pensioni.

Anche la lotta all'esclusione sociale fa la sua comparsa fra gli obiettivi dell'Unione e l'aggettivo 'piena' precede il termine occupazione, vista come esito di 'un'economia sociale di mercato fortemente competitiva' (Parte I, art. 3.3).

Come si vede il gruppo di lavoro è riuscito a comunicare con gli estensori del Progetto ed a trasmettere alcune idee, seguendo la linea tradizionale del progressivo ampliamento dei valori a cui deve ispirarsi l'Europa sociale.

Nel suo stile poco tecnico e talvolta frammentario il Rapporto sull'Europa sociale risente delle forti contrapposizioni manifestatesi all'interno del gruppo e finisce con l'aspettarsi in una linea di

³⁴⁸ Molte organizzazioni, prima fra tutte la Confederazione europea dei sindacati, si sono battute per la creazione di un gruppo di lavoro specifico incaricato di affrontare questi temi. Il 22 novembre 2002 il gruppo sull'Europa sociale ha iniziato a lavorare ed ha consegnato alla Convenzione il Rapporto finale il 6-7 febbraio 2003. Si veda Working Group XI, CONV 516/1/03 REV 1, http://european-convention.eu.int/doc_register.asp?lang=EN&Content=WGXI

³⁴⁹ Si rinvia, tra gli altri, a S. Sciarra, Market Freedom and Fundamental Social Rights, in B. Hepple (a cura di), Social and Labour Rights in a Global Context, Cambridge CUP 2002 p 105 ss. ed a S. Giubboni, Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: Practical Convergences and Theoretical Conflicts, ELJ 2001.

continuità con il passato, senza proporre innovazioni di rilievo.

Ampio sostegno è fornito dal gruppo di lavoro al metodo aperto di coordinamento, tanto da spingersi a suggerire una sua costituzionalizzazione, al fine di chiarire le procedure già vigenti, senza con ciò voler interferire con le competenze degli Stati Membri.³⁵⁰

Il Progetto di Costituzione reinterpreta ed adatta queste proposte. Nella stessa norma - l'art. 14 della Parte I – trovano posto, con pari dignità, il coordinamento delle politiche economiche e dell'occupazione, coerentemente con quanto affermato nell'art. 11.3, in cui si chiarisce la competenza dell'Unione nella promozione di tali politiche.

Le politiche sociali, relativamente agli aspetti definiti nella parte III, rientrano fra i settori di competenza concorrente; l'art. 14.4 prevede che il coordinamento delle stesse possa – non debba – essere perseguito dall'Unione.

Nella parte III del Progetto, al capo III, fra le politiche dell'Unione in settori specifici figura l'occupazione, seguita dalla politica sociale, ovvero dal 'vecchio' Titolo XI TCE.

Il Progetto non estende, come sarebbe stato auspicabile, il voto a maggioranza qualificata a tutte le materie rilevanti per un rilancio delle politiche sociali, ma ripropone l'abile intuizione avuta a Nizza e lascia aperta per il futuro al Consiglio la possibilità di decidere, con voto all'unanimità, circa l'espansione di tale meccanismo decisionale, senza dovere, per questo, fare ricorso a ulteriori modifiche del Trattato. Non vi è dubbio che la grande novità del Progetto è rappresentata dall'inclusione della lettera c) 'sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori' fra le materie che potrebbero, in futuro, essere decise a maggioranza qualificata. L'art. III.21, che si occupa di sicurezza sociale per i lavoratori migranti, specifica ora 'dipendenti ed autonomi', con ciò segnando un altro piccolo passo avanti nella costruzione di un moderno sistema europeo di garanzie per chi fruisce della libera circolazione all'interno dell'Unione.

Quanti hanno a cuore una ripresa dell'iniziativa legislativa nell'Europa sociale – offuscata negli ultimi anni dalla predominante attenzione dedicata al metodo aperto di coordinamento - potrebbero in futuro concentrare le proprie energie sulla ricerca del consenso necessario ad imporre il ricorso alla maggioranza qualificata come unico sistema decisionale in questa materia.

Non può sottacersi che intorno al simbolo della formazione delle decisioni finiscono, anche questa volta, per contorcersi gli sforzi dei riformatori, con la conseguenza di riprodurre inammissibili ed antistoriche distinzioni fra aree delle politiche sociali. L'evoluzione del diritto del lavoro negli ordinamenti nazionali dimostra invece che proprio l'integrazione fra istituti da regolamentare arricchisce le proposte e le soluzioni legislative, oltre a favorire un intreccio inventivo di tecniche regolative.

Sullo sfondo di queste proposte, il vero banco di prova dell'Europa sociale in divenire, ha a che

³⁵⁰ WG XI, sezione IV, in particolare ai paragrafi 42 ss. <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/cv00/cv00516-re01en03.pdf> Questa proposta riflette le indicazioni fornite al gruppo durante un'audizione del ministro belga per le politiche sociali F. Vandenbroucke, tenutasi il 21 gennaio 2003. Nella stessa direzione si esprimono G. De Búrca and J. Zeitlin, *Constitutionalising the Open Method of Coordination, Thinking outside the box*, paper 6/2003, http://www.fd.unl.pt/je/edit_pap2003-06.htm.

fare con l'innesto dei diritti fondamentali sul corpo di norme che tradizionalmente hanno governato le politiche sociali e dell'occupazione.

Il rapporto con le fonti esterne all'ordinamento europeo, prima segnalato come problematico nella lenta marcia di avvicinamento dell'ordinamento europeo verso più consolidati standard internazionali, è stato ulteriormente chiarito. Non solo i diritti sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo 'fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali' (art. 7.3 Parte I),³⁵¹ ma l'Unione persegue l'adesione a tale fonte.³⁵²

Diritti ad esercizio collettivo, quali il diritto di informazione e consultazione ed il diritto di fare ricorso ad azioni collettive, incluso il diritto di sciopero, che non figurano nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sono presenti nella Carta - e dunque nella Parte II del Progetto - nonché nella Carta del Consiglio d'Europa ed in quella comunitaria del 1989. Entrambe queste fonti sono richiamate nel Preambolo della Carta di Nizza, anch'esso inserito nel Progetto di Trattato.³⁵³

Il richiamo nella stessa sede ad entrambe le Carte può ingenerare confusione quanto al valore giuridico da attribuire ai diritti e principi in esse sanciti. Non deve sembrare ingeneroso considerare conclusa la funzione della Carta comunitaria, opportunamente richiamata quale segnale di continuità nella costruzione dell'acquis e tuttavia non più significativa quale fonte di ulteriore ispirazione per l'iniziativa legislativa.

La Carta del Consiglio d'Europa, al contrario, andrebbe ulteriormente valorizzata, anche in ragione del Protocollo addizionale del 1995 - entrato in vigore nel 1998 - sui ricorsi collettivi.³⁵⁴ La peculiare natura dei diritti sociali protetti ha indicato la necessità di espandere i meccanismi di garanzia dei diritti medesimi, suggerendo un ricorso aperto alle organizzazioni sindacali e ad altre espressioni della società civile, quali le ONG.

Questa scelta conferma che, anche nel confronto fra fonti del Consiglio d'Europa, lo standard di tutela può variare, pur senza sostituirsi a quello precedente.³⁵⁵ Nelle materie in cui la giustiziabilità individuale prevista dalla Convenzione del 1950 può apparire insufficiente a cogliere la programmaticità di taluni diritti ad esercizio collettivo, la Carta offre un suo proprio rimedio.

L'espansione dei diritti sociali è, infatti, fortemente vincolata all'efficacia dei mezzi di tutela, come

³⁵¹ In tal senso si era pronunciata G. De Búrca, commentando una precedente formulazione della bozza di Costituzione. Si veda Fundamental Rights and the draft Constitutional Treaty, The European Policy Centre, 24 Marzo 2003, http://www.theepc.net/en/default.asp?TYP=SEARCH&LV=279&see=y&PG=KWM/EN/portal_auth_one&CAT=53 [last visited: 30 settembre 2003].

³⁵² Non altrettanto si dice nella norma in questione per l'adesione ad altre fonti internazionali, che pure come già indicato, sono richiamate. V. le considerazioni di E. Vranes, The Final Clauses of Fundamental Rights. Stumbling Blocks for the First and Second Convention, European Integration online Papers vol 7 (2003) n.7; <http://eiop.or.at/eiop> [last visited: 30 settembre 2003].

³⁵³ Fra i diritti sanciti dalla Carta sociale europea figurano materie, quali il diritto di sciopero ed il diritto di organizzazione sindacale, esplicitamente escluse, anche nel Progetto di Trattato, dalla competenza dell'Unione (art.III-104.6). Questa contraddizione, sottolineata dalla maggioranza dei commentatori, appare sempre più stridente. Il diritto di associazione compare fra le materie elencate nell'art. III.107, materie per cui la Commissione 'incoraggia la cooperazione' e 'facilita il coordinamento'.

³⁵⁴ Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, ETS n°: 158.

³⁵⁵ In tal senso l'opinione di G. Gaja, New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe? in P. Alston, cit. 13, p. 786.

sta a dimostrare l'evoluzione delle fonti internazionali qui considerate.

Nell'evoluzione del diritto sociale europeo continua a mancare un richiamo alla vasta ed importante attività svolta dagli esperti indipendenti che sovrintendono all'applicazione della Carta del Consiglio d'Europa.

Questo aggancio al diritto vivente potrebbe essere garantito, come già suggerito in passato,³⁵⁶ da un organismo non giurisdizionale, il cui compito sia quello di monitorare l'attuazione ed il rispetto dei diritti sociali negli Stati Membri. Nell'elaborare i propri standard di tutela, un tale organismo dovrebbe ispirarsi alle fonti internazionali richiamate dalla Carta di Nizza – inserita nel Trattato –, nonché alle tradizioni costituzionali nazionali. Il principio ispiratore alla base della sua attività dovrebbe essere quello di riconoscere un potere di denuncia al soggetto individuale o collettivo che ha subito la violazione di un diritto sociale fondamentale. A tale posizione attiva delle vittime può non corrispondere, come spesso accade, una via nazionale alla sanzione. È dunque indispensabile garantire che l'organismo sovranazionale sia in grado di denunciare le deviazioni dall'osservanza dei diritti fondamentali, sia invocando di ripristinare le posizioni individuali lese, sia promuovendo interventi positivi da parte degli Stati Membri, tali da consentire ai soggetti individuali e collettivi di fruire del diritto violato.

Si può perfino immaginare che nell'ambito del metodo aperto di coordinamento – per ora soprattutto in materia di occupazione e inclusione sociale – la redazione dei piani nazionali da sottoporre al vaglio delle istituzioni europee dedichi spazio, oltre che ad indicare gli adempimenti in vista del coordinamento delle relative politiche, anche ad una verifica circa il rispetto dei diritti fondamentali.

Ciò che si propone è un immediato affiancamento fra procedure di *soft law* e monitoraggio dello stato di attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali.

Prima di esplorare questa possibilità, un'altra novità merita attenzione.

Nel Preambolo della Carta, ora inserita come si è già detto nella Parte II del Progetto, si legge che 'la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri alla luce delle spiegazioni elaborate sotto l'autorità del Presidium della Convenzione che ha redatto la Carta'.³⁵⁷

Siamo in presenza di una insolita soluzione, che pretende di vincolare i giudici ad un testo non vincolante. Si tratta, a ben vedere, di una sorta di ricognizione delle fonti esterne all'ordinamento europeo e di richiamo dell'*acquis* comunitario, quasi per orientare i futuri interpreti.

³⁵⁶ S. Sciarra, From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy, in P. Alston, cit. 13, p. 473ss. Questa proposta, già abbozzata da R. Blanpain, B. Hepple, S. Sciarra, M. Weiss, *Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union*, Leuven 1996, è ripresa, peraltro senza riferimenti a questi autori, da M. Gijzen, *The Charter: a Milestone for Social Protection in Europe*, MJEand CL 2001, p. 46-47. Il ricorso collettivo dovrebbe essere affidato, secondo Gijzen, ai partners sociali europei. Ritengo invece che un tale diritto andrebbe esteso ad altri gruppi della società civile, in linea con quanto indicato dalla Commissione, sia pure in un diverso contesto. Si veda la Comunicazione Consultation Document: towards a reinforced culture of consultation and dialogue. Proposal for general principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission, (COM 2002) 277 definitivo, Brussels 5.6.2002. Si potrebbe anche pensare che soggetti collettivi nazionali siano abilitati a ricorrere.

³⁵⁷ Il 9 luglio del 2003 il Presidium ha inviato alla Convenzione un documento intitolato 'Updated explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights', prodotto dal Presidente del Gruppo di lavoro II ed accettato dal Presidium, a seguito degli emendamenti apportati dal Gruppo al testo della Carta (art. 51 e 52) incorporato nel Progetto di Trattato. Si dice in apertura di questo documento che le spiegazioni fornite, non paragonabili alla legge, non sono che 'validi strumenti di interpretazione' delle norme della Carta.

Sembra difficile accettare che un tale riferimento possa restare nel testo definitivo del Trattato. La CIG potrebbe nel suo lavoro trovare utile il percorso interpretativo fornito dal Presidium, soprattutto nel meticoloso raffronto con le norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, fornito nel commento all'art. 52. I giudici, al contrario, dovrebbero solo applicare le norme del Trattato così come emergeranno dalla CIG.

Le note esplicative fanno anche riferimento alla Carta Sociale Europea, fonte di riferimento importante per i diritti non sanciti dalla Convenzione. Ciò conferma quanto detto prima: è utile non perdere il senso concreto di questo sincretismo fra fonti e lavorare per un'espansione dei diritti sociali in tutte le loro molteplici espressioni.

Gli art. 51 e 52 hanno sollevato molti dubbi fra i commentatori, da condividere anche in relazione alla materia dei diritti sociali.³⁵⁸

Si è già detto in precedenza che i termini 'diritti' e 'principi' sono stati adottati fin dall'inizio della riflessione – sia accademica, sia istituzionale - intorno all'introduzione di diritti sociali fondamentali nel Trattato. Si era inteso con quella terminologia affiancare diritti soggettivi perfetti a posizioni soggettive la cui tutela si sarebbe perfezionata solo con l'attuazione del relativo 'programma' costituzionale.

Una tale biforcazione dei diritti fondamentali si carica di particolari significati nel contesto del Progetto di Trattato. Si potrebbe evocare una sconfitta del piano riformatore complessivo, poiché in tal modo si verrebbe a creare una irragionevole distinzione fra diritti, alcuni più deboli di altri sin dal loro concepimento e dunque con minori probabilità di affermarsi. Tanto più una tale sconfitta sarebbe amara, quanto più si ampliasse l'insoddisfazione per le altre riforme mancate, in particolare per la mancata estensione del voto a maggioranza qualificata.

Si prenda l'esempio del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, previsto dall'art. 30 della Carta. La 'protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro' continua a figurare nell'art. 104, Parte III del Progetto, fra le misure su cui il Consiglio delibera all'unanimità. L'art 30 specifica che il diritto si esercita 'conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali'.

Il diritto comunitario, in questo caso, è bloccato nella morsa del voto all'unanimità. Negli ordinamenti in cui vige una legislazione contro i licenziamenti ingiustificati la tutela dovrebbe uscire rafforzata dall'interpretazione dell'art. 30. Misure fortemente limitative di tale tutela dovrebbero configurarsi come contrarie al diritto europeo. L'art. 10 Parte I del Progetto prevede infatti che la Costituzione prevalga sul diritto degli Stati Membri.

Anche nelle procedure di *soft law*, ad esempio nel coordinamento di politiche occupazionali che includano la tutela contro i licenziamenti fra le misure redistributive o di sostegno, si dovrebbe ritenere operante lo standard costituzionale garantito dall'art. 30. Si intende dire che il diritto fondamentale opererebbe in questo caso come limite invalicabile dagli Stati che, pur continuando ad esercitare la propria sovranità legislativa, si collocano pur sempre all'interno di un metodo a tutti gli effetti formalizzato nella futura Costituzione europea.

³⁵⁸ Come ritiene anche E. Vranes, cit. a nota 41, p. 7 ss., soprattutto guardando alle conseguenze che una tale distinzione può avere sulla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Non vi è dubbio che anche la Commissione ed il Consiglio, nella predisposizione delle linee guida, come pure nella valutazione dei Piani nazionali, devono ispirare il proprio intervento al rispetto dei diritti fondamentali.

Sarebbe forse da mettere a punto, per questa come per altre circostanze di violazione dei diritti fondamentali, un meccanismo sanzionatorio che si adegui alle procedure del metodo aperto di coordinamento. Così come circolano le buone prassi e si pratica l'apprendimento reciproco, secondo una logica che facilita la tutela di un bene collettivo quale l'occupazione, si dovrebbe prevenire l'avvio di cattive prassi, facilitando le indagini sui motivi che spingono a deviare dal rispetto pieno dei diritti fondamentali.

Le funzioni del Comitato per l'occupazione (art. III-102) potrebbero essere indirizzate in tal senso, anche per garantirne una maggiore visibilità. Anche i 'Consigli europei di primavera', che il Consiglio di Lisbona indicò come sedi per la valutazione annuale delle politiche occupazionali e che ora sempre più si aprono alla consultazione formalizzata delle parti sociali,³⁵⁹ dovrebbero prevedere una sessione di monitoraggio delle leggi e delle pratiche nazionali non rispettose dei diritti sociali fondamentali.

A voler scegliere un altro esempio fra i diritti sanciti dalla Carta, l'art. 33, nel prefiggersi di conciliare vita familiare e vita professionale, prefigura il diritto alla tutela contro il licenziamento a causa della maternità ed il diritto a congedi di maternità e parentali.³⁶⁰

Più sofisticate garanzie per la conciliazione fra famiglia e lavoro spesso figurano nei programmi per la lotta all'esclusione sociale. Anche in questo caso il metodo aperto di coordinamento svolge la sua benefica funzione di avvicinare le scelte nazionali nel rispetto di un limite costituzionale invalicabile. Non si può, tuttavia, configurare un vero e proprio obbligo nei confronti degli Stati al di là della trasposizione delle direttive vigenti, incentrate, come si è visto, solo su alcuni aspetti della tutela. In realtà una vera tutela della famiglia, a cui si rivolge l'art. 33, si perfeziona attraverso una rete complessa di servizi sociali a cui i genitori lavoratori ed in modo più pressante i nuclei familiari composti da un solo genitore dovrebbero avere accesso.

Si vuole con questi esempi sottolineare che i diritti sociali fondamentali, se sganciati da una base giuridica nel Trattato e dunque da una potenziale piattaforma legislativa, continuano a svolgere la funzione, tutt'altro che secondaria e tuttavia non sempre soddisfacente, di limite alla deregolamentazione ed all'abbassamento delle tutele. Questa funzione, condivisa da molti nell'interpretazione del diritto vigente,³⁶¹ dovrebbe uscire rafforzata dal Progetto di Costituzione e dal confronto che si svolgerà nella CIG.

Nella fase attuale di evoluzione dell'ordinamento europeo, l'Europa sociale dovrebbe crescere sull'integrazione positiva degli standard di tutela, soprattutto nelle materie che specularmente corrispondono ai diritti fondamentali sanciti nella Carta. Verso questo obiettivo potrebbe condurci il metodo aperto di coordinamento: una nuova via coordinata nella graduale attuazione dei

³⁵⁹ Un summit con la partecipazione delle parti sociali si è svolto il 20 Marzo 2003, prima dello svolgimento del Consiglio di Primavera.

³⁶⁰ Le spiegazioni del Presidium – citate a nota 46 - ci ricordano che la norma si ispira alla Direttiva 92/85 CEE sulla tutela della salute delle lavoratrici madri, nonché sulla Direttiva 96/34 CE in materia di accordo quadro sui congedi parentali. I relativi articoli della Carta Sociale Europea sono anche richiamati.

³⁶¹ O. De Schutter, La garanzia dei diritti e principi sociali nella 'Carta dei diritti fondamentali', in G. Zagrebelsky (a cura di), Diritti e Costituzione nell'Unione Europea, Bari-Roma, Laterza, p. 199.

diritti sociali fondamentali.

A questo riguardo è non solo insoddisfacente, ma anche rischiosa la distinzione, introdotta nell'art. 51.1 della Carta, fra diritti da rispettare e principi da osservare. Non basta invocare la giustiziabilità nelle corti per ottenere il rispetto dei diritti fondamentali. A questi, come pure ai principi che ispirano l'ordinamento europeo, vanno fornite gambe per camminare verso soluzioni comuni e per avanzare nelle politiche legislative. 'Rispetto' ed 'osservanza' dovrebbero essere intese come formule equivalenti nel favorire qualunque misura – nella legislazione primaria come nella *soft law* – che avvicini gli standard di tutela, rimuovendo gli ostacoli che impediscono il godimento pieno dei diritti.³⁶²

L'art. 52.5 – e con esso le note del Presidium - chiariscono che non sorge alcun obbligo di attuare i principi tramite leggi o altre misure, poiché non nasce alcun diritto delle istituzioni o degli Stati Membri di pretendere interventi positivi in tal senso.

È improbabile che, soprattutto nel perseguire l'allargamento a nuovi Stati Membri, la Carta, divenuta parte integrante del Trattato, possa essere adoprata quale trampolino di lancio per iniziative legislative. Il precedente costituito dalla Carta comunitaria del 1989, un documento ancora più fragile quanto a vincolatività, certamente non può essere dimenticato e tuttavia non basta a stimolare oggi l'iniziativa legislativa.

In vista dell'allargamento, la Commissione pone, non a caso, l'accento sulla modernizzazione delle norme vigenti. C'è da augurarsi che anche modernizzando si possa aggiungere spessore alle politiche sociali ed affinare gli strumenti interpretativi, oltre che legislativi.

Il procedimento di revisione dei Trattati, ormai divenuto 'semi-permanente'³⁶³, è terreno di dialogo costituzionale e di decisione, ma anche di previsione per quanto potrebbe essere fatto in futuro. La pazienza dovrà forse essere ancora l'arma di chi costruisce il futuro dell'Europa sociale, una pazienza costruttiva, che favorisca la comunicazione fra i riformatori di oggi e quelli di domani.

³⁶² Si pensi alle politiche di *gender mainstreaming* come affiancamento - e non in alternativa - alle politiche antidiscriminatorie. Si pensi anche a politiche di inclusione sociale che tengano conto in modo differenziato di gruppi sociali svantaggiati, usando il metodo della sanzione positiva, dell'accordo fra soggetti pubblici e privati e della convenzione, più che della lite nelle corti.

³⁶³ B. de Witte, Il processo semi-permanente di revisione dei Trattati, Quaderni Costituzionali 2002, p. 499.

Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*

Raffaele De Luca Tamajo

1. La tipizzazione legislativa di una nuova fattispecie	138
2. L'emersione della figura nella realtà socio-economica e produttiva	139
3. La destabilizzazione del criterio di qualificazione binario e il disagio della giurisprudenza	140
4. Le proposte innovative della dottrina e i progetti di legge	141
5. Il modello delineato dal D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276	145
6. La duplice ratio della nuova disciplina	145
7. I requisiti fisionomici del lavoro a progetto	146
8. La temporaneità del contratto e le ricadute sulle modalità di risoluzione	149
9. Il divieto di rapporti di collaborazione atipici e i meccanismi sanzionatori	151
10. I diritti riconosciuti al collaboratore a progetto	152
11. Gli ambiti di sopravvivenza dei co.co.co	154
12. La sorte dei co.co.co. nel periodo transitorio	155
13. Bibliografia	156

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 9/2003

1. La tipizzazione legislativa di una nuova fattispecie

L'introduzione, ad opera degli artt. 61 e ss. del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, della figura del "lavoro a progetto", lungi dal provocare soltanto un arricchimento delle tipologie contrattuali attraverso le quali il lavoro viene integrato nei processi produttivi, coinvolge le *categorie fondative* del diritto del lavoro e la storica dicotomia (autonomia-subordinazione) che ne ha disegnato i confini nel corso del secolo appena concluso.

Con la formalizzazione della nuova figura il legislatore prende posizione in ordine al ricco dibattito, sviluppatosi nell'ultimo decennio, tra i sostenitori della necessità di dare piena cittadinanza giuridica ad un *tertium genus* capace di attenuare le tensioni che in tema di qualificazione dei rapporti si erano addensate ai confini della subordinazione e coloro che, viceversa, rifiutavano ogni revisione della tradizionale classificazione delle attività lavorative, ritenendo sufficiente una modulazione delle tutele atta a realizzare una più equilibrata distribuzione delle risorse garantistiche.

Il contrasto, per la verità, era più conclamato che radicale, dal momento che anche i primi postulavano un riequilibrio nell'allocazione delle tutele, mentre i secondi, spinti dall'esigenza di modulare le garanzie, finivano sovente per disegnare delle *classi omogenee di rapporti*, evocando implicitamente la necessità di una predeterminazione legale di nuove fattispecie³⁶⁴.

La scelta del legislatore di delineare una nuova tipologia contrattuale non può non compiacere, almeno nella sua impostazione di fondo, chi, a partire dal 1997 e in vari scritti³⁶⁵, aveva auspicato con convinzione la formalizzazione legislativa di una nuova figura capace di accogliere rapporti di lavoro che solo a costo di grandi forzature potevano ancora essere inquadrati all'interno della classica dicotomia.

La proposta sembrò allora quasi provocatoria, sicuramente eversiva rispetto ad una consolidata tradizione sistematica ben poco scalfita dal velleitario riferimento alla c.d. parasubordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.: da un lato, attirò le critiche di chi continuava a ritenere immutato il modello antropologico-culturale del diritto del lavoro e con esso le categorie giuridiche su tale modello forgiate, e, dall'altro, generò il timore che l'operazione mirasse soltanto ad allentare surrettiziamente le garanzie riconosciute al lavoro subordinato.

Viceversa appare oggi evidente, anche per l'avallo del legislatore, che il ricorrente tentativo di superare la normazione per tipi è destinato a naufragare di fronte alla necessità di individuare fattispecie legali come presupposto per l'applicazione dei diversi regimi giuridici e che la predeterminazione di una "fattispecie legale" esonera il legislatore dall'impegnativo compito di ridisegnare ogni volta il campo di applicazione delle singole disposizioni, contribuendo, così, ad una sistematica più lineare degli apparati di tutela. Del resto, la focalizzazione normativa di una nuova figura intermedia tra autonomia e subordinazione, lungi dal trovare impulso in una mera alchimia sistematica o in un vezzo dogmatico del giurista, rinviene ampia giustificazione nell'aderenza a processi evolutivi dell'organizzazione della produzione quanto mai diffusi; processi cui in questa sede si può solo fare un rapido cenno.

³⁶⁴ Sul punto cfr. PEDRAZZOLI M., Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro, in QDLRI, 1988, n. 21, p.13.

³⁶⁵ Cfr. i miei "Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato" in ADL, 1997, 41; "L'ipotesi di un <<tertium genus>> e il disegno di legge n. 5651 sui cd. <<lavori atipici>>", in DL, 2000, 4, 263.

2. L'emersione della figura nella realtà socio-economica e produttiva

In effetti, così come tra la fine dell'800 e i primi del '900 dalla figura dell'artigiano, archetipo del "produttore" dell'epoca, gemmarono due nuovi prototipi sociali identificati da specifiche caratteristiche socio-economiche, da una peculiare relazione con gli strumenti della produzione e da particolari modalità dell'operare (l'imprenditore e il lavoratore dipendente che, non disponendo di mezzi di produzione, era costretto a porsi a disposizione del primo), così all'inizio del nuovo secolo emergono sul palcoscenico della storia industriale inedite figure, figlie degli scenari post-industriali, dall'identità fuggevole e in evoluzione, ma che presentano un minimo comune denominatore.

Si tratta di lavoratori privi degli strumenti di produzione tradizionali, carenti di un significativo assetto proprietario e della possibilità di operare su un mercato ampio e che, pertanto, devono coordinarsi in modo stabile e continuativo con un'impresa altrui, realizzando una elevata interdipendenza o connessione funzionale con l'organizzazione imprenditoriale. Essi, tuttavia, appaiono in grado di autodeterminare le modalità della prestazione, in quanto sovente forniti della "nuova ricchezza", cioè a dire di un patrimonio di conoscenze, di *know how*, di specializzazione professionale che li rende capaci di (e interessati a) fornire un risultato, un servizio, un programma a prescindere da quella rigorosa eterodirezione che tipizza la posizione del lavoratore subordinato. I lavoratori di cui parliamo operano, dunque, in condizioni di notevole autonomia decisionale e possibilità di intervento sul processo produttivo ed anzi quanto più sono autonomi, tanto più riescono ad esprimere nel proprio lavoro creatività, qualità e responsabilità.

Così come all'inizio del secolo scorso la nuova e seppur più netta (per i suoi connotati di classe) figura di coloro che, non disponendo di mezzi di produzione, si ponevano a disposizione dell'imprenditore richiese una opportuna tipizzazione legislativa e, addirittura, lo sviluppo di un nuovo e specifico ramo del diritto, analogamente i significativi mutamenti dei processi produttivi e le figure emergenti reclamano a gran voce la tipizzazione di una nuova fattispecie giuridica o almeno di una nuova area di riferimento.

D'altronde, che la evocazione dei diversi e ben più radicali fenomeni socio-economici di fine '800 non sia azzardata viene confermato dalle parole di Gino Giugni secondo cui "la vera sfida che la fine del secolo pone al diritto del lavoro, costruito mattone su mattone sulle solide fondamenta del lavoro dipendente, è quella di confrontarsi con un dato sociologico che propone nuovamente, come fu all'inizio del secolo, la necessità di una congrua traduzione nella struttura giuridica"³⁶⁶.

In definitiva, se è vero che le classificazioni giuridiche non hanno natura ontologica, e in tanto sono utili in quanto dimostrano una buona capacità di fotografare e sintetizzare il mondo reale, può ben dirsi che la tipizzazione legislativa del lavoro c.d. coordinato o a progetto appare oggi opportuna e feconda, non foss'altro perché dimostra una forte capacità di aggregazione di fenomeni emergenti nella realtà produttiva e organizzativa dell'impresa post-fordista, fenomeni altrimenti esposti ad una diaspora più o meno casuale verso qualificazioni e territori impropri. Più articolato e perplesso resta, peraltro, il giudizio sulle modalità attraverso le quali la tipizzazione è stata realizzata.

Guardato, poi, in un'ottica complessiva lo sviluppo del lavoro coordinato si rivela sintonico con

³⁶⁶ Giugni, Tre commenti alla "Critique du droit du travail" di Supiot, in DLRI 1995 n.3, p.474.

più generali tendenze del mondo imprenditoriale, espresse, in particolare, dal sempre più frequente ricorso alle esternalizzazioni e al lavoro interinale. La valorizzazione di forme di collaborazione “coordinata” (ma indipendente) così come le tendenze appena richiamate si collocano all’interno di una più generale aspirazione degli imprenditori post-fordisti ad integrare nella produzione lavoratori non dipendenti o dei quali i primi non abbiano la piena responsabilità giuridica e amministrativa. Le imprese appaiono, tra l’altro, sempre più bisognose di apporti più prossimi al “risultato” che alla “messa a disposizione”, apporti qualificati da uno specifico know how e da poteri di intervento, caratterizzati non da una vistosa soggezione gerarchica e da eterodirezione, bensì da varie forme di integrazione e di coordinamento con l’organizzazione aziendale, riconducibili solo con evidente difficoltà all’interno di una delle due categorie in cui tradizionalmente si inquadrano le attività lavorative.

3. La destabilizzazione del criterio di qualificazione binario e il disagio della giurisprudenza

Al cospetto della emersione di fattispecie promiscue è divenuto altresì palese il disagio della giurisprudenza, costretta a classificare figure che vengono dal futuro avvalendosi di categorie giuridiche costruite su ben altre tipologie socio-economiche e su diversi paradigmi di svolgimento della prestazione lavorativa. Anche su questo versante la tradizionale dicotomia codicistica autonomia/subordinazione è apparsa sempre più inadeguata e incapiente di fronte alla diffusione di forme di collaborazione difficilmente collocabili nell’ambito dell’uno o dell’altro schema e di conseguenza chi collabora all’impresa ha rischiato di vedersi accordare o negare in blocco il compatto sistema di garanzie in base a circostanze di fatto tutto sommato marginali nell’economia dei rapporti instaurati.

In tale contesto, la giurisprudenza ha tentato di reagire sia con l’adeguamento e l’affinamento della nozione di subordinazione, sia mediante l’estensione, in via interpretativa, di un segmento minimo di tutela ai rapporti di collaborazione parasubordinata.

In quest’ultima direzione si è mosso l’orientamento giurisprudenziale che, non senza contrasti, e con qualche forzatura, ha applicato al lavoro coordinato e continuativo il regime speciale in materia di prescrizione³⁶⁷ e la tutela delle prestazioni di fatto contemplata nell’art. 2126 c.c.³⁶⁸.

Diversa, invece, la via imboccata da un più recente filone giurisprudenziale che, muovendo proprio dai mutamenti intervenuti nell’organizzazione del lavoro, ha elaborato una nozione “attenuata” di subordinazione. Emblematica è la pronunzia nella quale la Suprema Corte ha sottolineato come “il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore – inteso come sottoposizione a specifici ordini e al diretto e costante controllo datoriale delle diverse fasi di esecuzione della prestazione lavorativa – [diventi], con l’evolversi dei sistemi di organizzazione

³⁶⁷ Cass. 19.12.1994, n. 10923, in *MGL*, 1995, 113 e in *DL*, 1995, II, 227, con nota di CAU.

³⁶⁸ Cass. 14.06.1999, n. 5895, mass.; Cass. 03.02.1996, n. 930, mass.; Cass. 03.09.1993, n. 9277, in *DPL*, 1993, 2903; Cass. 28.04.1992, n. 5076, mass., per l’applicazione della rivalutazione monetaria ex art. 429 c.p.c., v. C. Cost. 26.05.1981, n. 76, in *GI*, 1982, I, 1, 446; Cass. 06.03.1999, n. 1912; Cass. 29.05.1998, n. 5326; Cass. 04.02.1998, n. 1118, in *RDT*, 1998, II, 739; Cass. 22.06.1996, n. 5790, in *FI, Rep.* 1996, voce *Professioni intellettuali*, 137; Cass. 07.01.1995, n. 205, in *Resp. Civ.*, 1995, 505; Cass. 01.07.1994, n. 6241 in *FI, Rep.*, 1978, voce *lavoro e previdenza (controversie)*, 184. In tema di applicabilità dell’art. 2113 c.c. cfr. Cass. 27.05.1996, n. 4872, in *DPL*, 1996, 3258; Cass. 23.06.1995, n. 7111, cit.; Cass. 03.04.1989, n. 1613, in *FI*, 1989, I, 1420; Cass. 16.02.1988, n. 1632; Cass. 12.10.1987, n. 7550 in *FI, Rep.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, 2863.

del lavoro verso una sempre più diffusa esteriorizzazione di interi settori del ciclo produttivo o con l'emersione di una serie di professionalità specifiche, sempre meno significativo della subordinazione". Ne consegue che indice determinante della subordinazione diverrebbe solamente "l'assunzione per contratto dell'obbligazione di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle, con continuità fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro"³⁶⁹.

Tuttavia non può non obiettarsi come una simile operazione adeguatrice rischi di sfumare eccessivamente i già labili confini tra le fattispecie e di accrescere l'incertezza e l'empiria nella delimitazione del campo di applicazione delle tutele. Inoltre, l'adeguamento della nozione di subordinazione ai processi in corso nel sostrato socio-economico e organizzativo è un tentativo che approda comunque a risultati parziali: i mutamenti in atto richiedono, a mio avviso, un intervento non solo e non tanto di manutenzione della nozione di subordinazione, ma anche e soprattutto sui criteri drasticamente binari di imputazione degli effetti.

4. Le proposte innovative della dottrina e i progetti di legge

A fronte di una ormai consolidata destabilizzazione dei tradizionali criteri qualificatori, la dottrina già da tempo si è preoccupata di correre ai ripari, proponendo, *de iure condendo*, una serie di opzioni volte ad una rimodulazione delle garanzie giuslavoristiche.

In particolare, è stato suggerito di spostare il baricentro della disciplina legislativa dal concetto di lavoro subordinato a quello ampio e onnicomprensivo di "*lavoro sans phrase*". Si allude, alle proposte di Alleva³⁷⁰ e D'Antona³⁷¹ - trasfuse in disegni di legge volti alla ridefinizione della fattispecie di lavoro subordinato e dei relativi scenari - che hanno immaginato di attribuire uno zoccolo minimo di tutele al lavoro personale, ritagliando così una prima categoria, quella del lavoro senza aggettivi, nella quale rientrerebbero gli autonomi coordinati ed i lavoratori subordinati dotati di un ampio potere di autorganizzazione della prestazione. Al di sopra di tale categoria si collocherebbero altre, cui vengono accordate protezioni crescenti, fino a pervenire all'ultima, grosso modo coincidente con la subordinazione intesa nel grado più intenso. Entrambi i progetti sono partiti dal presupposto che esistono "dei diritti fondamentali nel mercato del lavoro che devono riguardare il lavoratore, non in quanto parte attuale di un qualsiasi tipo di rapporto contrattuale, ma in quanto persona che sceglie il lavoro come proprio programma di vita e che si aspetta dal lavoro (che può essere autonomo, che può essere subordinato, che può cambiare in un certo arco di tempo) l'identità, il reddito, la sicurezza, cioè i fattori costitutivi della sua vita e della sua personalità"³⁷².

Le due proposte, simili negli obiettivi, risultano differenziate nell'impostazione. Alleva ha suggerito un'estensione in chiave annessiva dei confini del diritto del lavoro, atta a ricomprendervi tutti

³⁶⁹ Cass. 06.07.2001, n. 9167 in *RIDL*, 2002, II, 272; Cass. 27.11.2002, n. 16805, in *MGL*, 2003, 3, 127.

³⁷⁰ ALLEVA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, proposte per un testo unico, Roma, 1996, 195.

³⁷¹ D'ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, cit., 95.

³⁷² D'ANTONA, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in AMATO (a cura di), *I destini del lavoro*, cit., 95.

i dintorni della subordinazione e tutti i rapporti che presentino una qualche connessione funzionale con l'impresa. Il pacchetto garantistico riconosciuto all'insieme delle figure variamente articolate ammetterebbe un unico differenziale fondato sull'inserimento o meno "nell'organico dell'impresa" in presenza del quale soltanto troverebbero applicazione le tutele forti del diritto del lavoro.

Anche D'Antona è partito dalla medesima idea di base, ma, a differenza di Alleva, non ha ipotizzato due cerchi concentrici in cui esaurire la fenomenologia dell'attività lavorativa, bensì una linea retta sulla quale viene a posizionarsi in un *continuum* una pluralità di tipologie contrattuali tutte accomunate dal "coordinamento economico-organizzativo di una prestazione lavorativa personale nel ciclo della produzione, come fattore normale e costante dell'attività dell'impresa altrui".

Su un diverso piano si è posto il progetto di codificazione di un *tertium genus* che segni il definitivo superamento della storica dicotomia tra autonomia e subordinazione³⁷³. L'idea era quella di costruire sul versante normativo un'ulteriore fattispecie quanto mai indifferenziata al suo interno, capace di inglobare tutte le variegate forme contrattuali che l'autonomia collettiva vorrà tipizzare, e però sufficientemente definita nei confronti del lavoro subordinato e di quello autonomo. La creazione di uno spazio giuridico intermedio, se serve ad offrire una casa comune a figure che altrimenti rischiano di essere ricondotte alternativamente e casualmente nell'area della subordinazione o dell'autonomia, non implica affatto che i vari ed eterogenei sottotipi debbano essere dotati di un'identica disciplina; al contrario, in aggiunta ad uno zoccolo minimale di tutele legislativamente previste, si ipotizzava la necessità di discipline ampiamente differenziate e per lo più dettate dall'autonomia collettiva.

Secondo una prima impostazione la tipizzazione normativa di un *tertium genus* sfoltirebbe entrambi i campi del lavoro autonomo e subordinato, assorbendo una serie di fattispecie di confine e riconsegnando le due categorie tradizionali alla loro più rigorosa vocazione originaria. Altri hanno invece ipotizzato l'assorbimento nel lavoro coordinato solo di alcune figure di lavoro autonomo e tutt'al più di fattispecie in bilico e di dubbia qualificazione.

Le riflessioni della dottrina hanno raggiunto anche le Camere dove sono stati depositati molteplici progetti che, muovendo da un ripensamento della qualificazione binaria dei rapporti di lavoro, miravano a dotare di alcune garanzie fondamentali quell'ampia area vuota tra autonomia e subordinazione³⁷⁴.

Benché la legge delega n. 30 del 2003 e il Decreto legislativo di attuazione n. 276 del 9.10.03 costituiscano gli unici prodotti delle aule parlamentari, sarebbe scorretto ed inopportuno ignorare l'ampio dibattito sviluppatosi a seguito della discussione nel febbraio 1999 del d.d.l. n.5651

³⁷³ DE LUCA TAMAJO – FLAMMIA – PERSIANI, *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, in *LI*, 1996, 15-16, 75; FLAMMIA, *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, in *MGL*, 1997, 161; DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, 4 e II.o., *L'ipotesi di un "tertium genus" e il disegno di legge n. 5651 sui c.d. "lavori atipici"*, in *DL*, 2000, 4, 263.

¹¹ Di particolare interesse il d.d.l. n. 3972 ad iniziativa dei deputati Lombardi e Salvati presentato alla Camera dei Deputati il 9 luglio 1997.

³⁷⁴ Di particolare interesse il d.d.l. n. 3972 ad iniziativa dei deputati Lombardi e Salvati presentato alla Camera dei Deputati il 9 luglio 1997.

firmato dai senatori Smuraglia, De Luca e altri e recante il titolo «Norme di tutela dei lavori “atipici”» (testo che durante la scorsa legislatura ha fatto più strada nell'*iter* parlamentare)³⁷⁵.

Il d.d.l. unificava sotto l'ombrello dell'aggettivo “atipico” tutti i rapporti di collaborazione “di carattere non occasionale, coordinato con l'attività del committente, svolto senza vincolo di subordinazione, in modo personale e senza impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo” ed estendeva ai medesimi le norme dello Statuto dei Lavoratori sulla libertà di pensiero, sul conseguente divieto di indagine sulle opinioni, sulla libertà sindacale nonché le norme in materia di sicurezza del lavoro. Da questo d.d.l. si ricavava l'impressione che il legislatore, all'atto di legalizzare il lavoro coordinato, si fosse preoccupato principalmente di disincentivarne l'utilizzo, predisponendo una disciplina prossima a quella del lavoro dipendente ed attenuando, così, i differenziali di tutela.

La disciplina si caratterizzava, altresì, per lacune rigidità volte a frenare drasticamente la crescita della nuova figura. Illuminante era, ad esempio, l'eccessiva limitazione della libertà organizzativa del committente che discendeva dall'introduzione del divieto di trasformare un contratto di lavoro subordinato in contratto di lavoro coordinato o ancora dalla previsione di un diritto di preferenza del prestatore di lavoro, rispetto ad altri aspiranti, nei casi in cui il committente intendesse procedere alla stipulazione di un contratto di tipo analogo. Un'ulteriore restrizione dell'autonomia individuale sarebbe stata prodotta dall'art. 3 del d.d.l. che ammetteva unicamente contratti di collaborazione a tempo determinato. Tale disposizione, inopportuna nella misura in cui non teneva conto che i rapporti di collaborazione, proprio in quanto continuativi, mal tollerano l'individuazione di una durata massima, nascondeva una ulteriore strettoia: il riferimento esclusivo al contratto a tempo determinato perseguiva l'obiettivo di complicare il recesso anticipato dal rapporto, che, secondo l'art. 2119 c.c., è legittimo solo in presenza di una giusta causa.

Ugualmente rigido si dimostrava l'apparato sanzionatorio: oltre ad una sanzione amministrativa, il d.d.l. prevedeva che qualora venisse “accertato dagli organi competenti con provvedimento esecutivo che il rapporto costituito ai sensi dell'art. 1 è in realtà di lavoro subordinato, esso si converte automaticamente in rapporto a tempo indeterminato, con tutti gli effetti conseguenti”.

A sanzioni così dure non corrispondeva, però, una chiara definizione della fattispecie. La formula utilizzata nel progetto di legge implicava la delimitazione dei confini della nozione di subordinazione, ma di fronte ai nuovi lavori e ad un diverso modo di organizzare i vecchi quei confini risultavano sfumati con la conseguenza che la loro individuazione diveniva sempre più difficile. Non a caso era diffusa la sensazione che si stessero “mettendo in circolo norme le quali, sotto l'apparenza del riconoscimento di istituti flessibili, sembrano nascondere trappole avvelenate, per via della contemporanea presenza di formulazioni ambigue e di un apparato sanzionatorio rigido e micidiale”³⁷⁶.

A prescindere dalle evidenti rigidità, il d.d.l. Smuraglia ha avuto il merito di spostare decisamente

³⁷⁵ Per commenti al disegno di legge v. AA.VV. Quale disciplina per i lavori atipici, in D.L. 2000, p. 13 ss.

³⁷⁶ LISO, *Note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in ACCORNERO – LISO – MARESCA (a cura di), *I cosiddetti “lavori atipici”. Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze dell'impresa*, Roma, 2000, 44.

la barra del timone verso la istituzionalizzazione di una compiuta figura contrattuale che si incuneava tra le precedenti ed alla quale veniva attribuita una propria disciplina sostanziale.

Più o meno nella stessa direzione si sono mossi Giuliano Amato e Tiziano Treu nell'elaborazione di un disegno di legge quadro sulla tutela e promozione del lavoro³⁷⁷. Il progetto si articolava su tre crescenti livelli di protezione: il primo per i lavoratori autonomi *stricto sensu*, il secondo per quelli "economicamente dipendenti" e l'ultimo per i subordinati. Il disegno di legge identificava, con qualche forzatura, i lavoratori "economicamente dipendenti" con quelli che instauravano "rapporti di collaborazione aventi ad oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione", ai quali attribuiva tutele aggiuntive rispetto a quelle riconosciute ai lavoratori autonomi. In particolare veniva previsto il diritto ad un equo compenso, alla sospensione della prestazione in caso di infortunio, malattia, gravidanza, cure parentali e personali, e, soprattutto, il recesso per giusta causa senza obbligo di preavviso o per giustificato motivo con preavviso (o con l'indennità sostitutiva), nonché il diritto ad un congruo indennizzo in caso di recesso ingiustificato dal contratto a tempo indeterminato. Erano, inoltre, garantiti diritti di informazione, di organizzazione e attività sindacale e di sciopero nei limiti stabiliti dalla legge n. 146 del 1990.

In diversa direzione è sembrato muoversi il Governo Berlusconi che nel c.d. Libro Bianco ha accolto l'idea di Marco Biagi di uno "Statuto dei lavori"³⁷⁸, con il dichiarato scopo di incidere solo sul versante delle tutele e di "rinunciare ad ogni ulteriore intento definitorio e classificatorio di una realtà contrattuale in continuo e rapido mutamento".

L'idea era quella di predisporre una serie di garanzie "per cerchi concentrici e geometrie variabili"³⁷⁹ a seconda del tipo di istituto da applicare. Partendo dalle regole fondamentali comuni a tutti i rapporti di lavoro il progetto mirava a "delineare, per gruppi di istituti omogenei (salute e sicurezza, diritti sindacali, equa retribuzione, dignità e riservatezza, ecc.) campi di applicazione via via più circoscritti fino a giungere a prospettare una nuova e più elastica disciplina dei licenziamenti". Il Libro Bianco, quindi, proponeva una graduazione e diversificazione delle tutele in ragione delle materie di volta in volta considerate e non delle tipologie contrattuali, prospettando la possibilità di rinunciare a definizioni generali ed astratte, e indicando, di volta in volta, i confini di ogni intervento normativo, fatto salvo un livello minimo di protezione assicurato a tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi.

L'ambizione di ripartire le garanzie lungo un *continuum* senza intervenire sulla fattispecie si è rivelata, in concreto, irrealizzabile dal momento che l'articolazione delle tutele comporta inevitabilmente l'individuazione di una pluralità di centri di imputazione dei vari cerchi di disciplina. Non a caso la legge delega sul mercato del lavoro e il D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, nell'attuare la proposta di Biagi, finiscono per tradirne l'impostazione, delineando – come inizialmente chiarito - un'ulteriore tipo contrattuale, quello del lavoro "a progetto".

³⁷⁷ Il disegno di legge è consultabile in www.uil.it/uil_lombardia/articolatoddl.htm.

³⁷⁸ BIAGI, *Progettare per modernizzare*, in TREU, *Politiche del lavoro, insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, 276; BIAGI - TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, in *LD*, 1999, 4, 571.

³⁷⁹ BIAGI - TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., 571.

5. Il modello delineato dal D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276

Nella cennata contrapposizione tra l'ipotesi della mera rimodulazione delle tutele senza alcuna formalizzazione di nuove fattispecie e la figura del *tertium genus*, il legislatore del 2003 ha, dunque, optato per quest'ultima, in omaggio vuoi a precise esigenze sistematiche, vuoi alla necessità di dare cittadinanza giuridica alle variegata forme emergenti di integrazione del lavoro nell'organizzazione produttiva.

Al modello proposto nel corso della precedente legislatura (emblemizzato dal disegno di legge Smuraglia) che si affidava ad una fattispecie generica e tendenzialmente multicomprendiva, assistita, da pregnanti e diffuse tutele, tali da attenuare notevolmente il differenziale con il lavoro subordinato, è succeduto un modello opposto, che, invece, circoscrive in modo fin troppo rigoroso la fattispecie, ribattezzata come "lavoro a progetto", ma prevede un regime protettivo debole e comunque rinunciabile, ove sulla preoccupazione garantistica di riconoscere protezioni e diritti alla nuova figura prevale l'obiettivo di impedire pratiche elusive delle tutele del lavoro subordinato o distorsioni della concorrenza attuate attraverso una fittizia scelta tipologica.

Un'impostazione questa non del tutto sintonica con la filosofia di fondo che permea la restante disciplina del D.Lgs. n. 276/2003 e, più in generale, con le linee di politica del diritto che ispirano l'attuale Governo, orientate di massima a restituire margini di spontaneità ai meccanismi del mercato e della produzione, anche mediante la creazione di fattispecie flessibili (lavoro intermittente, occasionale, staff leasing, liberalizzazione dei processi di esternalizzazione), sovente in cambio di garanzie individuali o di una rete di sicurezza a valle in favore dei lavoratori coinvolti nelle strategie aziendali liberalizzate (si pensi alla previsione di regimi di solidarietà, di parità di trattamento, di ammortizzatori etc.). Nel lavoro a progetto, invece, come meglio si vedrà in seguito, la diversificazione tipologica e la soddisfazione dell'esigenza datoriale sottostante trovano precisi limiti, mentre le tutele individuali appaiono scarse.

In ogni caso se la parasubordinazione richiamata nell'art. 409 n. 3 c.p.c. (e successive discipline) non delineava una autonoma categoria di contratto e si atteggiava piuttosto come un'area all'interno del lavoro autonomo, meritevole dell'estensione di alcune tutele del lavoro subordinato, può ben dirsi che il lavoro a progetto configura una nuova fattispecie tipica o un nuovo tipo contrattuale, sia per la precisione dei contorni definitivi, sia per la specifica disciplina di cui risulta destinatario.

6. La duplice ratio della nuova disciplina

La legalizzazione di questa nuova figura, da un lato, si muove nella logica di offrire ai contraenti privati un utile strumento di integrazione flessibile del lavoro nel meccanismo produttivo, alleggerito di buona parte degli oneri del lavoro subordinato e, dall'altro, registra sussulti di eteronomia che vanno in controtendenza rispetto allo spirito complessivo del recente provvedimento legislativo e che limitano in modo significativo l'autonomia dei contraenti, peraltro in un'area nella quale essa era fin qui rimasta sovrana.

La contraddizione trae origine dalla confluenza di due diverse rationes che si sono ampiamente confrontate nel corso dei lavori preparatori.

Quella iniziale si prefiggeva lo scopo di accordare all'autonomia privata più ampi margini nella scelta del tipo al quale ricondurre alcune forme di collaborazione emergenti nel contesto post

industriale, in altri termini di incrementare il tasso della c.d. flessibilità tipologica, consentendo alle parti di plasmare l'instaurando contratto di collaborazione sulle reali e peculiari caratteristiche di svolgimento della prestazione lavorativa. Obiettivo non disgiunto dall'esigenza di agevolare la classificazione di collaborazioni difficilmente riconducibili in modo esaustivo all'area della subordinazione o dell'autonomia.

A questa ratio originaria se ne affianca, in posizione di relativa antitesi, un'altra, che ha trovato particolare alimento nel corso del dibattito "preparatorio" del Decreto legislativo n. 276: quella di impedire il ricorso puramente fraudolento alla nuova figura, precludendo, con appositi sbarramenti della fattispecie legale, la fittizia qualificazione in termini di "lavoro a progetto" di rapporti che nella sostanza hanno tutte (o quasi) le caratteristiche della subordinazione.

È noto, che i forti differenziali di trattamento e di contribuzione tra lavoro subordinato e lavoro continuativo e coordinato avevano in precedenza provocato un diffuso ricorso a tale ultima figura esclusivamente in chiave di elusione della disciplina garantistica e di fraudolenta riduzione dei costi per l'impresa, al di fuori delle coordinate modali che la connotavano sul piano legale (art. 409 n. 3 c.p.c.).

Accanto a folle di animatori turistici, di pony express, di amministratori di condominio o di società che, in genere a ragione, confluivano nell'area del lavoro coordinato, vi si facevano rientrare addetti a call center o altre figure palesemente astrette nei classici vincoli spaziali, temporali e modali della subordinazione, con l'effetto di ampliare indebitamente la platea dei co.co.co e di far impennare in modo anomalo le statistiche del lavoro parasubordinato.

La ratio antielusiva, pur nella compresenza con quella diretta a flessibilizzare la scelta tipologica, ha lasciato tracce vistose nella disciplina del D.lgs. n. 276 e perciò comportato limiti sensibili per l'autonomia delle parti del contratto, con particolare riferimento alla definizione del lavoro a progetto, al carattere imprescindibilmente temporaneo, ai meccanismi sanzionatori di conversione.

Resta, naturalmente, da verificare se e fino a che punto il reticolato di vincoli all'uopo predisposto sia coerente e proporzionato alla indicata preoccupazione o se esso risulti talora eccessivo, almeno nella prospettiva di incentivare il ricorso genuino alla nuova figura (e magari di agevolare, suo tramite, l'emersione dal lavoro irregolare).

7. I requisiti fisionomici del lavoro a progetto

Quanto alla definizione della fattispecie legale del "lavoro a progetto" conviene ricordare che il 1° c. dell'art. 61 è strutturato secondo un modello "a sommatoria" di requisiti: la nuova figura postula la presenza di tutti i caratteri delle già collaudate collaborazioni continuative e coordinate³⁸⁰, ma anche la riconducibilità dell'attività a "progetti specifici o programmi di lavoro determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato... indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa".

In altri termini, il legislatore prima provvede ad estrapolare dall'area della locatio operis il lavoro

³⁸⁰ Contra Bellocchi P. in La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro, IPSOA, 2003 p. 209 secondo cui la nuova fattispecie non ha alcun rapporto con quella disegnata dall'art. 409 n. 3 c.p.c.

parasubordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. e poi all'interno di quest'ultimo enuclea, mediante l'introduzione di ulteriori requisiti selettivi, (progetti o programmi di lavoro...gestiti in funzione del risultato ...indipendentemente dal tempo impiegato), il lavoro a progetto.

Sebbene ereditato da precedenti progetti di legge³⁸¹, il connotato del “progetto o programma di lavoro” taglia fuori una porzione significativa dei vecchi rapporti di collaborazione continuativa e coordinata, in particolare quelli che, proprio per il carattere di continuità, non sono agevolmente collocabili nell’arco temporale e concettuale di un preciso “progetto” o “programma di lavoro” (o fase di esso).

Al riguardo è sorto subito un contrasto interpretativo: da una parte chi³⁸² si è fatto assertore di una lettura inevitabilmente rigorosa della norma sul rilievo dell'insistenza lessicale del legislatore sul requisito fisionomico dello "specifico progetto" (v. a. 61, 1° c.; art. 62, c. 1, lett. b); art. 67 c. 1; art. 69, c. 1) e, a contrario, della genericità della formula dell'art. 409 n. 3 c.p.c. nonché in ragione del riferimento normativo ad una gestione dell'attività in funzione di un “risultato” così preciso da provocare la risoluzione automatica del contratto in caso di realizzazione del risultato medesimo; dall'altra parte chi³⁸³, tende a sminuire il rigore della formulazione, asserendo che, per ricondurre tutto il lavoro parasubordinato nell'ambito della nuova fattispecie basterà “sfoggiare la verbosa estrosità necessaria e sufficiente” per etichettare come progetto o “programma” il vecchio lavoro coordinato.

Contrasto che si è replicato in ordine alla possibilità che il progetto possa riguardare contestualmente una pluralità di collaboratori o, viceversa, debba essere ritagliato sulla attività di ogni singolo collaboratore.

A mio avviso, mentre la locuzione “specifici progetti” ha una sua precisione semantica e postula l’inserimento della collaborazione all’interno di un segmento (concettuale e temporale) dell’attività datoriale provvisto di una specifica finalizzazione, spazi maggiori vengono concessi dal richiamo a “programmi di lavoro” ove è la stessa attività lavorativa a disegnare l’orizzonte entro il quale si delinea il programma, sicché quasi ogni apporto collaborativo appare suscettibile di essere frazionato e ricondotto ad un “programma di lavoro” ovvero ad un “lavoro programmato”, in assenza di quell’involucro concettuale esterno definito dal “progetto determinato dal committente”. Del resto, ancora più possibilista si mostra la norma allorquando fa riferimento a singole “fasi” dei “programmi di lavoro”.

Ad ogni buon conto, pur nella esiguità dei margini concettuali del “progetto” o “programma di lavoro”, cardine dell’operazione interpretativa non può non essere il profilo finalistico fatto proprio dal legislatore, che, con riferimento alla definizione della nuova fattispecie, va ravvisato nel dichiarato intento di impedire il ricorso a fittizie collaborazioni. I concetti in esame vanno, pertanto, letti attraverso il filtro costituito dalla *ratio legis* e, dunque, in modo da privilegiare il signi-

³⁸¹ V. il Progetto De Luca Tamajo, Flammia, Persiani, cit.: prestatore di lavoro coordinato “è colui che si obbliga, mediante corrispettivo, a compiere prestazioni periodiche o continuative di opere o servizi per la realizzazione di un programma aziendale a favore di un’impresa, determinando individualmente le modalità di esecuzione del programma...”; definizione sostanzialmente recepita nel progetto di legge n. 3972 Lombardi e Salvati presentato alla Camera dei Deputati il 9 luglio 1997.

³⁸² Miscione, Il collaboratore a progetto, in LG 2003, 812 ss.

³⁸³ Romagnoli, Passato il referendum restano i problemi, in La Repubblica del 6 luglio 2003, p. 14.

ficato più idoneo ad ostacolare operazioni meramente elusive delle garanzie del lavoro subordinato, senza peraltro indulgere in una preconcepita ostilità nei confronti di figure che genuinamente configurano moduli diversi dalla subordinazione e senza assecondare le tendenze giurisprudenziali ad inspessire aprioristicamente i filtri selettivi che precludono la fuoriuscita dal lavoro subordinato.

Un ulteriore allentamento del vincolo costituito dal progetto o programma sembrerebbe discendere dalla previsione del comma 3 dell'art. 69 secondo cui il "controllo giudiziale è limitato esclusivamente all'accertamento dell'esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente". Si potrebbe essere indotti a ritenere che la norma postuli una verifica solo formale dell'esistenza del progetto e precluda una considerazione delle caratteristiche sostanziali ovvero della ricorrenza in concreto di un piano imprenditoriale definibile come "progetto", restando le parti (e in particolare il committente) arbitre in via esclusiva della presenza o meno del requisito selettivo previsto dall'art. 61. È viceversa più coerente allo spirito e alla lettera della previsione sostenere che, mentre sono insindacabili le ragioni per cui il committente ha inteso far ricorso al lavoro a progetto piuttosto che al lavoro subordinato nonché la convenienza tecnico-economica del progetto, il giudice resta pur sempre abilitato a verificare se ricorrano gli estremi concettuali (ancorché esili, epperò esistenti) del "progetto" o "programma". Del resto, una diversa interpretazione proietterebbe sulla norma un dubbio di costituzionalità, dal momento che farebbe dipendere la natura del rapporto di lavoro e la fruizione o meno di una serie di diritti di rilevanza costituzionale da un requisito puramente formale (l'astratta attestazione "di parte" della presenza di un "progetto").

Ingenerosa sembra, poi, la critica avanzata in un recente Documento della CGIL secondo cui il baricentro qualificatorio del nuovo contratto si sarebbe spostato sul carattere temporaneo o meno del rapporto, trascurando le reali modalità di svolgimento della prestazione ed in particolare il criterio della etero-auto direzione. Non può essere trascurato, infatti, che la nuova fattispecie gravita pur sempre all'interno delle prestazioni svolte "senza vincolo di subordinazione" e "gestite autonomamente...in funzione del risultato" (così l'art. 61, 1° c.), con piena adesione alle categorie sostanzialistiche di distinzione tra lavoro autonomo e subordinato.

Se il segmento definitorio appena descritto rimane disponibile a diverse opzioni interpretative, in attesa che la giurisprudenza si orienti in modo preciso, ben più univoco e rigoroso è il requisito identificativo contenuto nell'ultima parte del 1° comma dell'art. 61, che allude ad una gestione dell'attività del collaboratore "in funzione del risultato...e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa"³⁸⁴. Formula, questa, oggetto di un animato braccio di ferro nella fase finale dei lavori preparatori del Decreto legislativo n. 276 tra la Confindustria, decisamente ostile, e gli esperti governativi che, in una con le OO.SS., si appellavano alla necessità di impedire, anche mediante la delimitazione di rigorosi confini, ogni possibilità di uso fraudolento della nuova figura.

³⁸⁴ Sul rilievo del "risultato" ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro cfr. per tutti PERULLI, Il lavoro autonomo in CICU, MESSI-NEO (a cura di), Trattato di diritto civile e commerciale, vol. XVII, Milano, Giuffrè 1996, specie p. 182 ss.

In effetti, il suddetto requisito non soltanto appare difficilmente conciliabile con il carattere di “continuità” della fattispecie legale, ma preclude altresì, senza un'adeguata giustificazione, la soddisfazione dell'interesse creditorio del committente allorché tale interesse si specifica in relazione ad una determinata durata (o a una certa sequenza) della prestazione, pur senza qualificare il rapporto in termini di subordinazione³⁸⁵: in fondo un minimo di direttive o di controllo del committente sui tempi della collaborazione non vale a trasformarla in lavoro subordinato e può rispondere ad un legittimo interesse del “progettante”. A voler essere rigorosi – ma è poi possibile che la prassi interpretativa si muova in altra direzione sotto l'influsso dei rilevanti interessi incisi da una lettura troppo stringente- il mancato rilievo del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa rischia di espungere dal lavoro a progetto figure a metà strada tra autonomia e subordinazione, come ad es. i maestri di tennis operanti nei circoli sportivi o gli animatori dei villaggi turistici, in relazione ai quali residua pur sempre un interesse datoriale a che la collaborazione sia svolta in determinati archi temporali e sia contraddistinta da un certa durata convenuta bilateralmente e suscettibile di controllo, non potendo consistere l'adempimento in un mero risultato (la “riuscita” di bravi tennisti o l'appagamento dei turisti), oltretutto di difficile verificabilità.

La norma in esame tradisce, in definitiva, la presenza di alcune antinomie irrisolte riconducibili al contrasto tra le due cennate rationes: come ipotizzare la “continuità” della collaborazione se poi ha rilievo giuridico il solo “risultato” e si prescinde dal “tempo impiegato”? E come combinare l'insistito richiamo all'autonomia del collaboratore in funzione del risultato con il postulato della “coordinazione” con le esigenze e i tempi dell'organizzazione aziendale?

La verità è che sarebbe stato più opportuno e coerente mantenere i più larghi margini definitivi dell'art. 409 n. 3 c.p.c. e della relativa elaborazione giurisprudenziale, da integrare con il contributo di una autonomia collettiva all'uopo incentivata, in quanto capace di adattamento al variegato mondo sottostante il lavoro a progetto.

8. La temporaneità del contratto e le ricadute sulle modalità di risoluzione

Nell'intento di garantire la genuinità del ricorso alla nuova tipologia, il legislatore ha previsto un ulteriore vincolo rappresentato dal carattere necessariamente temporaneo del lavoro a progetto, volendosi con esso evitare la stipula di contratti senza limiti temporali ritenuti sul piano presuntivo più idonei a nascondere rapporti di lavoro subordinato.

Anche qui, peraltro, la preoccupazione antielusiva approda a risultati eccessivi, poiché non è infrequente rinvenire rapporti di lavoro genuinamente coordinato che postulano una soddisfazione stabile ed ininterrotta dei rispettivi interessi delle parti, rispetto ai quali rapporti la temporaneità imposta dal legislatore è penalizzante o invita ad “aggiramenti”.

Il vincolo della temporaneità è desumibile dall'espressa richiesta di “indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro” (art. 62 lett. a)) nonché, implicitamente, dal riferimento “a progetti specifici o programmi di lavoro” che esclude una collaborazione priva di un predeterminato risultato (e termine) finale.

³⁸⁵ Per la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato cfr., per tutti, G. D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Esi Napoli 1999 pag. 157 e seguenti ed ivi ampia bibliografia.

Il condizionamento temporale della fattispecie trova attenuazione sia nella possibilità di fissare la durata con riguardo non già ad un'epoca prestabilita ma ad eventi o circostanze future, sia nella intrinseca elasticità delle nozioni di "progetto" e soprattutto di "programma di lavoro", che consentono di far ricorso alla nuova figura anche nell'ipotesi di collaborazioni caratterizzate da ampia durata e continuità. Né va dimenticato che allo stato nulla vieta la reiterazione di contratti a progetto per la stessa attività, salvo che la frequenza dei medesimi non configuri una sorta di accordo in frode alla temporaneità postulata dalla legge.

La natura necessariamente temporanea del rapporto si riverbera, sulle vicende estintive del contratto nel senso che, oltre al recesso ad nutum, è bandito quello per giustificato motivo soggettivo od oggettivo che, viceversa, sarebbe stato ammissibile in presenza di contratti a tempo indeterminato.

L'art. 67 prevede, infatti, al comma 1°, che i contratti di lavoro a progetto "si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto" e al comma 2° che "le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa", escludendosi, - in linea con le previsioni che accompagnano la maggior parte dei contratti a termine (non solo in materia di lavoro) – la possibilità di un recesso ad nutum, ma anche di un recesso per notevole inadempimento del collaboratore o per ragioni tecniche, organizzative o produttive.

La previsione può creare notevole impaccio ai committenti che, specie nei contratti di durata medio-lunga, sarebbero costretti a proseguire sino alla scadenza del termine inizialmente pattuito una collaborazione divenuta insoddisfacente o superflua. Con quali effetti di disincentivo nei confronti del ricorso al contratto in questione o almeno alla stipula di contratti di durata medio-lunga è facile intuire, considerato altresì che il lavoro parasubordinato è risultato fin qui appetibile anche o soprattutto per il tasso di flessibilità in uscita.

Consapevole dell'opportunità di iniettare maggiori dosi di flessibilità, il legislatore nella seconda parte del 2° comma dell'art. 67 autorizza l'inserimento nel contratto individuale di "diverse causali o modalità, incluso il preavviso" di recesso. Ciò significa che le parti possono prevedere – in aggiunta alla giusta causa - ipotesi ("causali") di giustificato motivo (soggettivo od oggettivo) di recesso unilaterale, variamente articolate e calibrate nonché clausole risolutive espresse, mentre residua il dubbio se sia possibile concordare un regime di libera recedibilità acausale. In senso positivo milita il rilievo letterale che la norma consente la pattuizione non soltanto di ulteriori "causali", ma anche di altre "modalità"; in senso negativo una tradizione sistematica che riferisce il recesso ad nutum ai soli contratti a tempo indeterminato, anche in omaggio alla storica avversione nei confronti della perpetuità dei vincoli giuridici.

D'altronde, se realmente si vuole incentivare la diffusione e l'effettività della nuova formula contrattuale, l'interpretazione estensiva merita di essere preferita al fine di evitare una sorta di stabilità reale, talora di lunga durata, calata all'interno di un rapporto che pure esula dall'area della subordinazione e per il quale non può neanche generalizzarsi una presunzione di dipendenza socio-economica.

Bisogna comunque prendere atto che forse sarebbe stato meglio avvalersi di un dato letterale più esplicito, magari affidando il compito di contemplare un regime di libera recedibilità all'autonomia collettiva in quanto più idonea a tener conto flessibilmente dei livelli di reciproca forza contrattuale delle parti nonché delle esigenze e peculiarità dei vari contesti produttivi e settoriali

nei quali il contratto viene utilizzato.

Si potrebbe eccepire che il disincentivo in parola non incide sul committente, non essendo a questi – se abbisogna di una o più unità lavorative aggiuntive - concesse alternative (al lavoro a progetto) diverse dall'instaurazione di un ancora più stabile rapporto di lavoro subordinato. In realtà l'imprenditore avrebbe pur sempre la facoltà di modulare il rapporto nei termini della mera autonomia, eliminando o attenuando gli aspetti della continuità e della coordinazione, oppure di far ricorso all'appalto o ancora di rifugiarsi nel comodo e fin qui poco sanzionato lavoro irregolare. Di qui l'opportunità di non appesantire la nuova figura con tratti di stabilità.

9. Il divieto di rapporti di collaborazione atipici e i meccanismi sanzionatori

L'intento di evitare collaborazioni a progetto simulate, che sottendono rapporti di lavoro subordinato, trova massima espressione nel drastico meccanismo sanzionatorio predisposto per l'ipotesi in cui difetti l'individuazione di uno specifico progetto o programma di lavoro.

L'art. 69, 1° comma, ipotizza al riguardo una sorta di trasformazione automatica "in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto". Sanzione, questa, che si rivela eccessiva allorché il rapporto instaurato, pur privo del requisito tipizzante del "progetto o programma di lavoro", presenti tutti i caratteri della collaborazione autonoma o parasubordinata o sia sin dall'origine assistito dall'apposizione di un termine. In questi casi la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato produce un eccessivo sacrificio della volontà dei contraenti, obbligati ad accettare una tipologia di contratto che non solo non vollero inizialmente, ma che nemmeno trova conferma nelle concrete modalità di svolgimento del rapporto.

Qui, a differenza di quanto sancito nel secondo comma dell'art. 69, il legislatore non si limita ad applicare il meccanismo sanzionatorio della simulazione, lasciando emergere il rapporto di fatto instaurato (subordinato o autonomo; a tempo indeterminato o a termine), ma prevede un vero e proprio effetto punitivo per il committente, costringendolo a divenire parte di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, per di più sin dall'instaurazione del rapporto.³⁸⁶ Senza dire, poi, che la coattiva qualificazione, ad opera del legislatore, in termini di subordinazione di un rapporto che non presenta affatto tale carattere potrebbe addirittura sollevare dubbi di legittimità costituzionale della norma in esame, anche in ragione dello stravolgimento imposto all'iniziativa economica privata (anche se trattasi di dubbi meno corposi di quelli suscitati dalla opposta ipotesi di qualificazione legislativa in termini di autonomia di un rapporto sostanzialmente subordinato, dubbi esaltati dalle varie e specifiche previsioni costituzionali di tutela del lavoro dipendente).³⁸⁷

In alcuni casi, la conversione, oltre che inopportuna, risulta persino di difficile attuazione in assenza di una puntuale determinazione pattizia delle mansioni, della qualifica, dell'orario etc.

Maggior rispetto per la autonomia contrattuale delle parti si riscontra nella conversione tipizzata dal 2° comma dell'art. 69, in base al quale, se il contratto di lavoro a progetto sottende un tipico rapporto di subordinazione, l' "emersione" di quest'ultimo avviene sulla scorta della "tipologia

³⁸⁶ Cfr. Miscione, op.cit., p. 818 ss.

³⁸⁷ C. Cost. 31.3.94 n.115 in FI 1994, I, 2656.

negoziale di fatto realizzatasi tra le parti”, restando così salvaguardati l’eventuale termine, la riduzione di orario o altri profili caratterizzanti un eventuale rapporto di lavoro atipico.

In un primo commento agli artt. 61 e segg. si è cercato di attenuare la drasticità e l’incongruenza della conversione prevista dal primo comma dell’art. 69 sostenendosi che “la prima indagine che il giudice dovrà fare è quella di vedere se effettivamente c’è stato lavoro subordinato” onde applicare eventualmente la trasformazione di cui al 2° c. dell’art.69; la conversione in rapporto di lavoro subordinato non sarebbe invece praticabile se, nonostante l’assenza del progetto o programma di lavoro, il tipo negoziale concretamente posto in essere fosse caratterizzato da autonomia.³⁸⁸

Pur comprendendo il suo intento razionalizzante, una simile tesi non può essere condivisa dal momento che finirebbe per privare di qualsiasi significato il 1° comma dell’art. 69, schiacciandolo sotto la portata normativa del 2° comma. A ben vedere, le due norme concernono fattispecie diverse –l’una: rapporti di collaborazione privi dell’individuazione di specifico progetto, l’altra: sedicenti rapporti di collaborazione che sottendono una realtà di subordinazione- e provocano effetti differenti – di tipica conversione sanzionatoria, il primo; di classica emersione del negozio dissimulato, il secondo.

10. I diritti riconosciuti al collaboratore a progetto

Il Libro bianco sul mercato del lavoro presentato dal Governo nell’ottobre 2001 auspicava un intervento legislativo “leggero” in tema di diritti dei collaboratori a progetto, sul presupposto di un’adeguata capacità di autotutela contrattuale di tali lavoratori e, quindi, con la finalità di “assicurare il conveniente esercizio dell’autonomia delle parti”. Nella medesima direzione si è mossa la legge delega del 14 febbraio 2003 n. 30 e il d. lgs. di attuazione n. 276 del 2003.

Il legislatore delegato si è infatti limitato a garantire il diritto ad un compenso proporzionato alla qualità e quantità del lavoro eseguito e commisurato ai “compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto” (art.63); la paternità delle invenzioni fatte nello svolgimento del rapporto (art.65); particolari tutele in occasione di gravidanza, malattia, infortunio (art. 66, 1°, 2°, 3° c.) nonché a confermare l’applicabilità delle disposizioni di cui alle leggi individuate nel 4° comma dell’art. 66.

L’esiguità del catalogo delle tutele trova forse giustificazione in una voluta antitesi all’impostazione del precedente disegno di legge Smuraglia, che inopportunamente appesantiva il patrimonio garantistico dei collaboratori. Tuttavia il legislatore sembra trascurare che il collaboratore a progetto opera pur sempre con continuità all’interno di una organizzazione da altri gestita e va protetto per tutti i rischi ed i condizionamenti incombenti nei confronti di chi presta lavoro, quali che siano le modalità, mediante integrazione in contesti organizzativi altrui.

Escluse, dunque, le tutele che mirano specificamente a “compensare” e neutralizzare lo stato di dipendenza, non si comprende perché non siano state riconosciute alla nuova figura adeguate tutele in tema di libertà di pensiero, di riservatezza, di sottrazione a controlli occulti o poco rispettosi (sulla falsariga dei primi articoli dello Statuto dei lavoratori); di spazi per un’azione contrattuale collettiva (negata dai giudici di legittimità agli agenti di assicurazione, ma in qualche

³⁸⁸ Miscione, op.cit.

modo desumibile dall'art. 2113 c.c., applicabile al lavoro parasubordinato); di divieti di discriminazione. Né si dica che, trattandosi di valori già oggetto di tutela costituzionale a favore di tutti i cittadini, sarebbe stata superflua una loro conferma. Al contrario proprio la peculiare natura del rapporto intercorrente con il committente e con la sua organizzazione avrebbe postulato un espresso riconoscimento allo scopo di conferire maggiore effettività a tali diritti e di sottrarli ad inevitabili condizionamenti "ambientali" (riconoscimento che, peraltro, potrebbe essere oggetto del futuro e più volte annunciato Statuto dei lavori).

Del resto, il processo di affermazione della nuova figura può essere agevolato dalla presenza di condizioni idonee ad indebolire la spinta verso la subordinazione ed il suo regime giuridico; obiettivo realizzabile soltanto attenuando il drastico differenziale garantistico tra lavoratore subordinato e collaboratore a progetto e, nel contempo, attribuendo a quest'ultimo uno zoccolo minimale di tutela ben superiore a quello, scarsamente significativo, riconosciuto al lavoratore parasubordinato.

Opportuna sarebbe altresì la costruzione di un sistema di sicurezza operante al di fuori della logica del singolo contratto, cioè a dire sul piano del mercato del lavoro: servizi e incentivi alla mobilità, alla riqualificazione e al reimpiego, forme di sostegno al reddito etc.

Al di sopra degli standards minimi legislativamente fissati occorrerebbe assicurare un certo spazio all'autonomia collettiva onde modellare e graduare la disciplina delle singole figure appartenenti all'ampio genus del lavoro a progetto. Verrebbe così realizzato il tanto auspicato processo di modularizzazione delle tutele in un'ottica di coerenza con la specificità delle singole relazioni di collaborazione e con le variabili esigenze di tutela che esse esprimono. Obiettivo, questo solo parzialmente garantito dalla statica previsione del 4° comma dell'art. 61.

a) quanto al diritto al compenso viene salvaguardato il principio di proporzionalità sulla falsariga dell'art.36 Cost., ma non quello di "sufficienza". Il riferimento alla "quantità" del lavoro prestato, peraltro, sembra antitetico alla dichiarata irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività.

È contemplato, inoltre, un aggancio non più ai minimi di contratto collettivo previsti per prestazioni analoghe di lavoro dipendente – come nel disegno di legge Smuraglia- bensì ai compensi per analoghe prestazioni di lavoro autonomo. Un siffatto parametro meno rigido del precedente, inserisce, comunque, un discutibile elemento di incertezza ed una pericolosa apertura a valutazioni giudiziali inevitabilmente e pericolosamente discrezionali.

b) Va segnalato che ex art. 68 la misura del (e non il diritto al) compenso può essere oggetto di rinuncia o transazione in sede di certificazione del rapporto, in conformità ad un più generale orientamento legislativo volto a valorizzare le espressioni di autonomia individuale purché debitamente assistite.

Il primo comma dell'art. 68 richiama in proposito il meccanismo di certificazione "di cui al Titolo V del presente decreto legislativo", incorrendo in un palese errore materiale giacché il titolo V di occupa si "tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile" mentre alla certificazione è destinato il titolo VIII.

Analogo meccanismo di "rinunziabilità" assistita riguarda le norme sul diritto alle invenzioni e su gli "altri diritti" previsti dall'art. 66, 1, 2 e 3 comma in tema di infortunio, malattia e gravidanza, probabilmente non le disposizioni confermate di leggi preesistenti contenute nel 4° c. dell'art.

66, dal momento che l'art. 68 riferisce la rinunziabilità o transigibilità solo "ai diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo" e non a quelli derivanti da normative pregresse solo oggetto di "richiamo" nell'art. 66³⁸⁹.

Va precisato che – in conformità a principi e distinguo ormai acquisiti – le rinunzie e transazioni possono riguardare solo diritti già maturati (cioè entrati nel patrimonio) dal collaboratore e non la disciplina iniziale del rapporto, come potrebbe far credere il riferimento alla sede certificatoria.

Si afferma, pertanto, non già un principio di generale derogabilità delle norme di tutela del collaboratore a progetto ovvero di primato della autonomia regolamentare dei contraenti (assistita) bensì soltanto una disponibilità ex post dei nuovi diritti riconosciuti dal D.lgs. n.276.

c) "Salva diversa previsione del contratto individuale" la sospensione "non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza", dovendosi presumere – in linea con un prevalente orientamento giurisprudenziale riferito al lavoratore subordinato – che se la durata della invalidità derivante da infortunio o da malattia "sfori" il termine inizialmente apposto al contratto, il rapporto cessa comunque alla scadenza del medesimo.

Solo per la gravidanza (c. 3, art.66) si prevede un prolungamento del rapporto "per un periodo di 180 giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale".

11. Gli ambiti di sopravvivenza dei co.co.co

Dal combinato disposto degli artt. 69, 1° c., e 86, 1° c. si desume l'intenzione del legislatore di voltare pagina rispetto alla pregressa figura del collaboratore continuativo e coordinato, tenuta in vita solo nel periodo transitorio circoscritto dall'art.86.

Tuttavia, il lavoro a progetto, pur costituendo il naturale e auspicato approdo dei vecchi co.co.co., lascia a tale figura notevoli margini di sopravvivenza. Per convincersene basti rilevare che non possono essere ricondotte al lavoro a progetto e permangono nell'area delle collaborazioni continuative e coordinate:

a) i rapporti o i soggetti sottratti all'applicazione della nuova disciplina dal comma 3 dell'art. 61: -le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; - i rapporti e le attività di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche; - i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni; - coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia;

b) i contratti di collaborazione coordinata conclusi con le pubbliche amministrazioni, esclusi ex art. 1, 2° c.;

c) i co. co. co. mantenuti in vita dal 1° c. dell'art. 86 sino alla scadenza inizialmente pattuita nel contratto o sino al 23 ottobre 2004 ovvero sino alla successiva data individuata con accordo collettivo aziendale; data prevedibilmente non prossima atteso che la norma non pone limiti temporali alla facoltà sindacale di proroga, che non siano riconducibili a criteri di ragionevolezza imposti dal dichiarato carattere transitorio della "salvezza" dei vecchi co.co.co.;

³⁸⁹ Così Miscione op. cit, p. 17.

- d) gli agenti e i rappresentanti di commercio sottratti alla nuova disciplina dal 1° c. dell'art. 61;
- e) i collaboratori "occasionalisti", come definiti dal 2° comma dell'art. 61.

Questo gruppo di collaboratori, di significativa consistenza quantitativa, continuerà ad avere cittadinanza giuridica all'interno dei fluidi ed esigui dati normativi disegnati dall'art. 409 c.p.c. e dalle discipline (anche fiscali e previdenziali) che a tale norma fanno riferimento.

Alla luce delle precedenti considerazioni bisogna prendere atto che il lavoro a progetto costituisce non già un *tertium*, bensì un *quartum genus* che si colloca accanto alla residua, ma permanente categoria dei collaboratori continuativi e coordinati. Si può, anzi, prevedere che accanto al cacofonico, ma efficace acronimo dei *co.co.co.* ben presto circolerà l'altrettanto brutta, ma distintiva locuzione di *co.pro.pro* (collaboratori a progetto o a programma).

12. La sorte dei *co.co.co.* nel periodo transitorio

Un cenno merita, infine, la sorte dei preesistenti contratti di collaborazione continuativa e coordinata nel periodo transitorio delineato dal 1° c. dell'art. 86.

a) I contratti a tempo indeterminato mantengono efficacia sino al 23 ottobre 2004, salvo che appositi accordi sindacali aziendali di transizione non proroghino la suddetta scadenza.

b) I contratti a termine, la cui scadenza è fissata in epoca successiva al 23 ottobre 2004, dovranno considerarsi risolti automaticamente in tale data o in quella successiva individuata dagli accordi aziendali di transizione.

c) I contratti con termine finale anteriore al 23 ottobre 2004 cessano alla scadenza concordata. A rigore sembrerebbe che essi non possano fruire dell'eventuale "prolungamento" convenuto a livello sindacale oltre il 23 ottobre 2004, destinato ad operare soltanto per i contratti in essere a tale data e non per quelli già estinti, insuscettibili di proroga o rinnovo in virtù del divieto di cui all'art. 69, 1° c. Tale assunto ha comportato una corsa al rinnovo dei contratti in questione entro il 24 ottobre 2003 da parte delle imprese che desideravano mantenere in vita i vecchi *co.co.co.* quanto più a lungo possibile. Tuttavia se si ritiene che il legislatore -che non a caso ha impiegato il plurale "termini diversi"- abbia inteso accordare alle parti negoziali (individuate nell'art.86) la facoltà non soltanto di far slittare il termine di un anno per la sopravvivenza dei *co.co.co.*, ma anche di autorizzare committente e collaboratore -in deroga all'art. 69, 1° c- a prorogare il termine previsto originariamente, ne consegue che anche i contratti in esame possano protrarsi oltre il 23 ottobre 2004 ovvero sino alla data prevista dagli accordi di transizione. Perché si realizzi tale evenienza deve perciò concorrere la stipula di un accordo di transizione, che consenta congiuntamente la sopravvivenza dei *co.co.co.* oltre l'anno e la proroga del contratto scadente prima del 23 ottobre 2004, e l'accordo individuale che attua la suddetta proroga prima della scadenza del termine originariamente pattuito.

È appena opportuno sottolineare come il marcato interesse delle imprese a procrastinare la cessazione degli attuali contratti di collaborazione piuttosto che avvalersi della nuova fattispecie negoziale, si spieghi soprattutto con la previsione per questi ultimi di vincoli al recesso (ancorché suscettibili di allentamento ad opera dell'autonomia individuale), del tutto inesistenti nella disciplina della precedente formula contrattuale.

13. Bibliografia

AA. VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia. Atti del Convegno del Centro Studi D. Napoletano*, Bari, 1997.

ACCORNERO A., *Fra subordinazione ed autonomia*, in *LI*, 1998, 22, 5.

ACCORNERO A. – LISO F. – MARESCA A., *I cosiddetti "lavori atipici". Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze dell'impresa*, Roma, 2000.

ALLEVA P., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in GHEZZI G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma, 1996, 187.

AMATO F. (a cura di), *I destini del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998, 128.

BELLOCCHI P. in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, (a cura di M.T. Carinci), Ipsoa 2003.

BIAGI M. – TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, in *LD*, 1999, 4, 571.

BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, 9, 18

D'ANTONA M., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in GHEZZI G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma, 1996, 195.

Id., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, 1998, I, 311.

DE LUCA TAMAJO R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, 41.

Id., *I processi di terziarizzazione "intra moenia" ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *DML*, 1999, I, 49.

Id., *L'ipotesi di un "tertium genus" e il disegno di legge n. 5651 sui c.d. "lavori atipici"*, in *DL*, 2000, 4, 263.

DE LUCA TAMAJO R. – FLAMMIA R. – PERSIANI M., *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, in *LI*, 1996, 15-16, 75.

FERRARO G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, 435.

Id., *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2002, I, 423;

FONTANA G., *L'economia e il diritto del lavoro. Note sulla riforma dei lavoratori*, in *ADL*, 1999, 391.

GAETA L., *Nuove regole per il lavoro che cambia*, in *DML*, 2001, 3, 466

ICHINO P., *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996.

Id., *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato ed autonomo*, in AMATO F. (a cura di), *I destini del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998, 54.

LISO F., *La fuga dal diritto del lavoro*, in *IS*, 1992, 28, 1.

- LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in CARINCI – MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal libro bianco alla legge delega 2002*, Milano, 2002, 95.
- LUNARDON F., *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Utet 1998, p. 265.
- MAGNANI M., *Verso uno Statuto dei lavori?*, in *DRI*, 1998, 3, 311.
- MENGONI L., *Quale disciplina per i lavori "atipici"?*, in *DL*, 2000, 4, 317.
- MONTUSCHI L., *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *ADL*, 1998, 683.
- MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 812.
- NAPOLI M., *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, 3, 297.
- PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, 1998, 21, 9.
- Id., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti AIDLASS, 1999, Milano, Giuffrè.
- PERULLI A., *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, 21, 73.
- ROMAGNOLI U., *Dal lavoro ai lavori*, in *LD*, 1997, 3.
- RUSCIANO M., *A proposito del Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, in *Dir. del lavoro on line* www.unicz.it/lavoro.
- SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, in *QDLRI*, 1998, 21, 52.
- Id., *Le nuove frontiere del diritto del lavoro ovvero il diritto dei lavori*, in *ADL*, 2002, 2, 233.
- Id., *Nuove forme di lavoro e occupazione*, in *DLM*, 2003, 383.
- SCARPELLI F., *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *LD.*, 1999, 4, 553.
- SMURAGLIA C., *Lavoro e lavori: subordinazione, collaborazioni non occasionali, lavoro in cooperativa*, in *LG*, 2001, 11, 1013.
- TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *Guida al lav.* 2003, inserto, n. 4, p. 108.