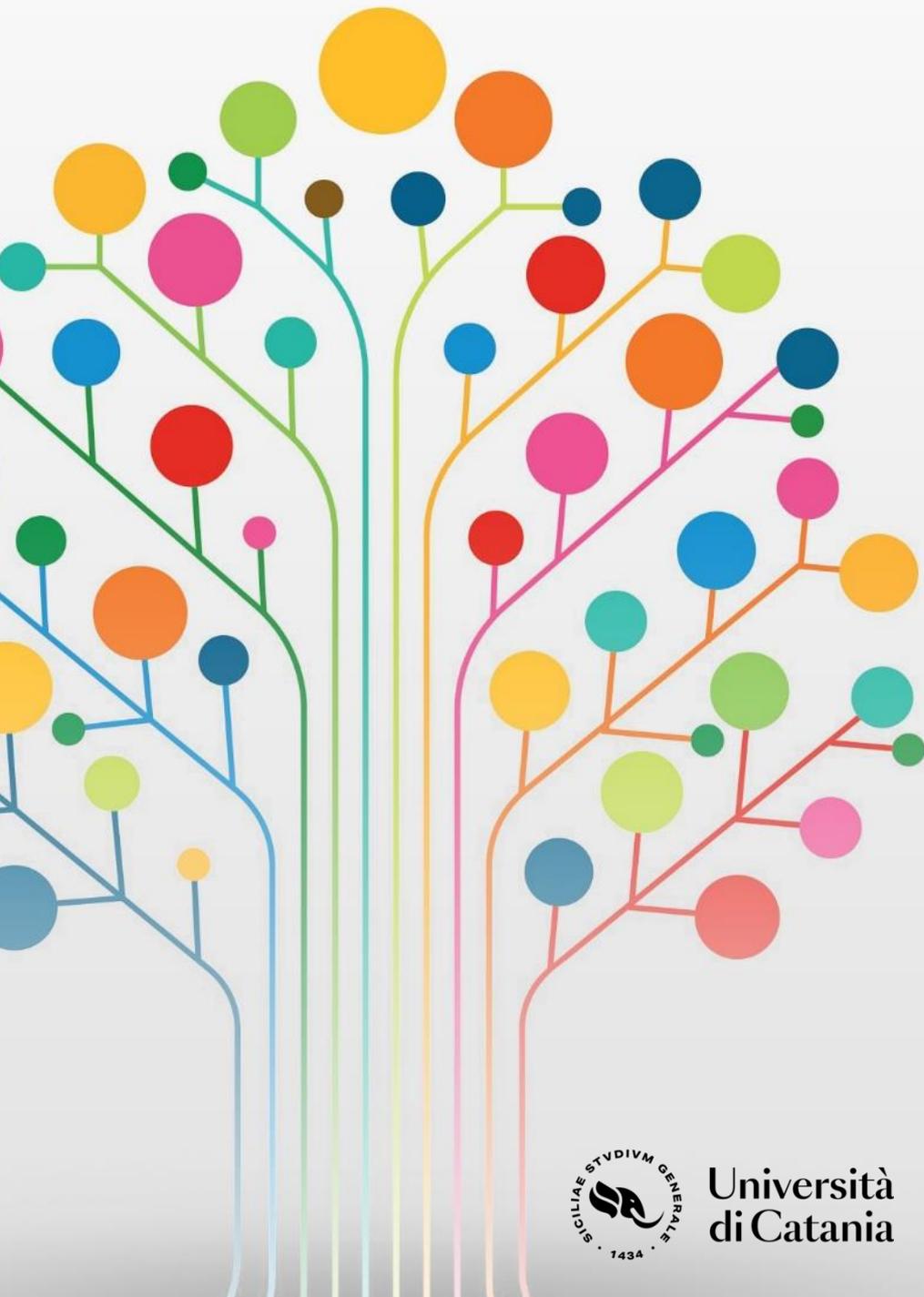


2/2006

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

STEFANO GIUBBONI, Università di Firenze

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

LUCA NOGLER, Università di Trento

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

MASSIMILIANO MARINELLI, Università di Palermo

UMBERTO CARABELLI, Università di Bari

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it

© 2006 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it

ISBN 9791280569301

SOMMARIO

Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo Stefano Giubboni	1
Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea Valerio Speciale	15
L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni Luca Nogler	56
Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro Alessandro Bellavista	80
Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia Massimiliano Marinelli	104
Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE Umberto Carabelli	122

Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*

Stefano Giubboni

1. I diritti sociali come diritti fondamentali: uno sguardo all'esperienza italiana in prospettiva comparata.	2
2. L'ambiguo significato costituzionale del diritto al lavoro.	4
3. Il diritto al lavoro come diritto sociale condizionato a prestazione pubblica.	5
4. Il diritto al lavoro come "libertà negativa".	7
5. Il diritto al lavoro come "libertà positiva".	9
6. Diritto al lavoro e diritto del lavoro nella strategia europea per l'occupazione.	10
7. A mo' di conclusione.	13

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 46/2006

1. I diritti sociali come diritti fondamentali: uno sguardo all'esperienza italiana in prospettiva comparata.

I principi personalistico e solidaristico (artt. 2 e 3 Cost.) – che si specificano e si rafforzano in quello lavoristico (artt. 1, 4, 35 Cost.) – fondano, nella Costituzione italiana, una delle più ampie e mature enunciazioni dei diritti sociali offerte dall'esperienza comparata¹. L'ampiezza e la sofisticata articolazione del catalogo dei diritti sociali fondamentali (soprattutto, ma non solo, dei lavoratori), che vi trovano espresso riconoscimento, fanno con ogni probabilità della Costituzione italiana, come è stato scritto, addirittura “un *unicum*”² nello stesso panorama delle esperienze europee, in cui pure la forma dello Stato democratico e sociale trova – al di là delle differenze, anche profonde, che ne connotano i diversi “modelli” storici e politici – le sue più alte e più rigogliose espressioni costituzionali.

I diritti sociali costituiscono, in effetti, un connotato indefettibile ed essenziale del modello di democrazia accolto dalla Costituzione italiana del 1947. Sono le disposizioni di principio con cui si apre solennemente la Carta fondamentale a chiarirlo con una nettezza, una forza evocativa ed un'eleganza di enunciati che ha pochi eguali³, in particolare laddove accolgono un concetto di libertà e di dignità della persona, come “persona sociale”, che non solo si pone in contrapposizione all'esperienza autoritaria del fascismo, ma che supera definitivamente – nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale e della promozione della “libertà eguale” dei cittadini – la stessa tradizione normativa dello Stato liberale.

È innanzi tutto in ragione di questa loro stretta immanenza e coesenzialità ai valori fondanti dell'ordinamento democratico repubblicano, che nella Costituzione italiana i diritti sociali condividono, coi diritti “nati nel tronco dell'idea di libertà”⁴, lo *status* di diritti in senso proprio *fondamentali*. È, questo, un aspetto di centrale importanza del modello di costituzionalizzazione dello Stato sociale fatto proprio dalla Costituzione repubblicana; un aspetto che qualifica – e forse contribuisce a distinguere, sul piano comparato – l'esperienza italiana, nella misura in cui, almeno in linea teorica, determina un completo superamento delle concezioni che relegano i diritti sociali

¹ Esiste – come sin troppo noto – una letteratura vastissima in tema, di cui non avrebbe senso dar conto con pretese di completezza agli assai limitati fini di questo scritto. Oltre alla ormai classica voce di A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989 (ripubblicata anche in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 123 ss., e da cui si cita), sia perciò sufficiente richiamare qui – tra le sole opere monografiche più recenti – A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; R. PILLIA, *I diritti sociali*, Napoli, 2005.

² M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 547 ss., qui p. 548. Sulla “eccezionalità” del caso italiano nel panorama delle costituzioni occidentali, anche BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 160-161, e L. MENGONI, *I diritti sociali*, ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, spec. p. 131.

³ Mi piace ricordare – ed è un piacere naturalmente accresciuto dal felicissimo esito del *referendum* con il quale il popolo italiano ha appena respinto l'improvvisa riforma costituzionale voluta nella passata legislatura dalla precedente maggioranza parlamentare di centro-destra – che gli Amici del Premio Strega hanno voluto assegnare un riconoscimento speciale alla Costituzione della Repubblica italiana nella ricorrenza dei sessanta anni dal referendum del 2 giugno 1946, appunto per il suo “alto valore linguistico [...], un valore in cui si fece e si fa ancora concreto, percepibile, attivo, lo spirito democratico che ispira e sorregge le norme” (T. DE MAURO, *Il linguaggio della Costituzione. Introduzione alla Costituzione della Repubblica italiana [1947]*, Torino, 2006, p. IX).

⁴ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, p. 97 ss., spec. p. 111.

in una posizione d'irrimediabile ed irriducibile "minorità" e "separatezza" rispetto ai diritti civili e politici della tradizione liberale.

L'idea che anche i diritti sociali – in quanto riconosciuti dalla Costituzione – avessero acquisito la pienezza di statuto giuridico, con la connessa garanzia di tutela, che è propria dei diritti fondamentali, ha peraltro stentato non poco ad affermarsi nella cultura costituzionale italiana. Oggi questa concezione risulta, a ben vedere, espressamente "positivizzata" dallo stesso legislatore costituzionale, trovando esplicita consacrazione nel nuovo testo dell'art. 117 Cost., in particolare laddove si attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la uniforme determinazione sul territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti *sia civili sia sociali* (lettera *m*), i quali vengono così *strutturalmente* accomunati.

Non va tuttavia dimenticato che a lungo ha continuato ad esercitare la sua influenza, ed a tratti il suo predominio, nella lettura della Costituzione, l'idea che i diritti sociali non potessero condividere la stessa forza giuridica e lo stesso grado di prescrittività dei diritti di libertà⁵, sul presupposto che gli stessi fossero in quanto tali rimessi, con norme di rilievo essenzialmente "programmatico", alla determinazione pressoché libera del legislatore ordinario. Al superamento di questa concezione ha contribuito in maniera decisiva la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha progressivamente affermato la "precettività" e quindi la piena rilevanza costituzionale dei diritti sociali, a partire proprio dalle norme poste a tutela dei diritti dei lavoratori (emblematica, in tal senso, la vicenda relativa al principio della retribuzione sufficiente, *ex art 36 Cost.*). La stessa vicenda interpretativa dell'art. 4 Cost. ha mostrato di seguire un progressivo affinamento delle categorie ermeneutiche, consentendo alla Corte costituzionale di estrarre, dalla enunciazione del diritto al lavoro, "non solo significati proiettati verso il futuro"⁶, e quindi meramente programmatici, ma anche un più preciso ed immediato nucleo precettivo.

Il diritto al lavoro – "principe", "archetipo" dei diritti sociali, come è stato icasticamente definito⁷ – offre in tal senso un esempio rivelatore e paradigmatico della complessità e, se si vuole, della

⁵ Una delle più autorevoli ed influenti espressioni di questa concezione, nella cultura costituzionale progressista italiana, si deve come noto a P. CALAMANDREI, del quale v. ad es. *L'avvenire dei diritti di libertà*, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968. Ma si tratta, com'è altrettanto noto, di una linea di pensiero classica, che è riemersa prepotentemente anche in tempi recenti nel dibattito sulla Costituzione europea, a sostegno, ad esempio, della necessità di una netta differenziazione – poi effettivamente introdotta nel testo dell'art. II-112 del Trattato costituzionale – tra veri e propri diritti (civili e politici) e semplici principi (sociali). Ed infatti – così suona la classica argomentazione – "mentre l'alta forza normativa dei diritti fondamentali negativi è dovuta al fatto che essi, in quanto divieti di condotta, non conoscono altro modo di attuazione che l'omissione", al contrario, per adempiere ad uno scopo connesso ad un principio sociale, ci si deve affidare alla interposizione legislativa; con la conseguenza che, se "tale interposizione viene a mancare, i principi non sono in grado di assicurare le pretese del singolo e di conseguenza neppure la loro attuazione in tribunale" (così D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER [a cura di], *Il futuro della costituzione*, Torino, 2003, qui p. 161). Avremo modo di ricordare che tale categorizzazione non può pretendere di avere validità assoluta, in quanto molti diritti sociali possono essere (e sono) concretamente strutturati dal legislatore costituzionale come pretese incondizionate o vere e proprie libertà. E ciò a prescindere dall'argomento – ormai pacifico – che la stessa effettiva attuazione dei diritti di libertà esige la predisposizione di un qualche minimo apparato, di qualche forma di organizzazione pubblica o, comunque, di qualche tipo di prestazione *positiva* da parte dello Stato (in dottrina cfr., tra i tanti, S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna, 2000; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000/14, p. 15 ss.).

⁶ BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 168.

⁷ La prima espressione è di M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, p. 87; la seconda è di W. SCHMIDT, *I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, in part. p. 788, nota 9, che la deve a sua volta a J. Isensee.

inevitabile ambiguità del discorso sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali⁸. Allo stesso tempo, ed è questa la ragione per cui è ad esso dedicato il presente contributo, i diversi modi di intendere il diritto al lavoro – e segnatamente l'impegno della Repubblica a promuovere le condizioni per renderlo effettivo, come si esprime l'art. 4 Cost. – dischiudono un punto di vista privilegiato sulle trasformazioni del ruolo dello Stato e sulla influenza – sempre più marcata – che su di esso ha esercitato, ed esercita, il processo di integrazione europea.

2. L'ambiguo significato costituzionale del diritto al lavoro.

Nel diritto al lavoro si rintraccia in qualche modo paradigmaticamente tutta la complessità e la ambivalenza di significati che è propria dei diritti sociali come diritti costituzionali. Il primo dei diritti sociali – l'emblema di quelli che Carl Schmitt definiva come "diritti socialisti"⁹, per negarne in radice il connotato stesso della giuridicità in polemica con i fragili postulati della Costituzione di Weimar – rimane, infatti, anche il più controverso ed ambiguo di essi, per l'oggettiva molteplicità di significati, talvolta dissonanti, che gli sono stati ascritti, ed è anche "quello che ha maggiormente subito il peso della storicità"¹⁰.

La dottrina costituzionalistica italiana – ma si tratta di posizioni ormai largamente acquisite nella stessa giurisprudenza del giudice delle leggi¹¹ – propone da tempo un'analisi tipologica dei diritti sociali del tutto coerente con il loro *status* di diritti fondamentali. Alla stregua della più accreditata impostazione¹², i diritti sociali possono essere distinti, a seconda della loro specifica configurazione costituzionale, in libertà sociali (o diritti sociali di autonomia), diritti incondizionati e diritti condizionati¹³. I primi (si pensi al diritto di sciopero e al diritto di associazione sindacale) esibiscono una struttura giuridica per molti aspetti del tutto assimilabile a quella dei classici diritti di libertà, laddove attribuiscono ai rispettivi titolari una sfera di *agere licere*, uno spazio di autonomia e di libertà di azione del soggetto al riparo da interventi limitativi di poteri pubblici o privati. I secondi (si pensi al già citato diritto alla retribuzione sufficiente di cui all'art 36 Cost. oppure al diritto alle ferie retribuite) presuppongono, per la loro immediata operatività, unicamente la costituzione del rapporto contrattuale cui ineriscono, con la conseguenza che una volta che il rapporto di lavoro sia sorto, la prestazione positiva oggetto del diritto può essere senz'altro fatta valere dinanzi al giudice. Solo gli ultimi risultano condizionati, nel loro esercizio, alla predisposizione, da parte del legislatore ordinario, delle strutture organizzative e prestazionali necessarie al

⁸ V., da ultimo, in questo senso A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, spec. p. 71 ss.

⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, spec. p. 50 ss.

¹⁰ M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, ora in ID., *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, p. 265. E v. da ultimo nello stesso senso R. SCOGNAMIGLIO, *La "storicità" del diritto al lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006, p. 209 ss.

¹¹ Un esempio particolarmente eloquente dell'accoglimento di tale impostazione da parte della Corte costituzionale si ha nella giurisprudenza sul diritto alla salute ex art. 32 Cost.; v. diffusamente SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., p. 95 ss. Cfr. ad ogni modo più in generale F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 65 ss.

¹² Cfr. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 159 ss.

¹³ Sostanzialmente assimilabile a questa ci sembra la tassonomia proposta da GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., p. 8 ss., che distingue tra diritti sociali all'autonomia, diritti all'uguaglianza commutativa nell'ambito del processo produttivo e diritti in funzione della uguaglianza distributiva. Per una ricostruzione parzialmente diversa v. invece LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 100 ss.

loro effettivo soddisfacimento. In mancanza della *interpositio legislatoris* ai soggetti costituzionalmente designati come titolari di siffatti diritti a prestazione pubblica è preclusa la possibilità di azionare la relativa pretesa in via giudiziaria: “prima dell’attuazione di tali presupposti di effettività, i diritti sociali di questa categoria sono efficaci soltanto oggettivamente, come norme fondamentali che impartiscono un compito al legislatore”¹⁴.

L’enunciazione costituzionale del diritto al lavoro racchiude in qualche misura in sé tutti i significati ascrivibili alla nozione polisensa di diritto sociale. Il diritto al lavoro non è infatti racchiudibile nella sola dimensione propria dei diritti “condizionati”¹⁵: l’art. 4 Cost. non si limita a porre un principio fondamentale di tipo finalistico, come (mera) norma programmatica o di scopo, ma riconosce “un fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell’attività lavorativa”¹⁶. Anche se è innegabile come sull’affinamento del significato programmatico del diritto al lavoro – quale vincolo ad “indirizzare l’attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l’impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro”¹⁷ – si sia svolta la parte forse più significativa, almeno sul piano storico, della vicenda interpretativa dell’art. 4 Cost.¹⁸.

3. Il diritto al lavoro come diritto sociale condizionato a prestazione pubblica.

Il primitivo nucleo semantico del diritto al lavoro – come capostipite dei diritti sociali – è, come si potrà meglio argomentare tra breve allargando lo sguardo agli sviluppi comunitari, anche quello che ha maggiormente risentito dei profondi e sempre più rapidi cambiamenti storici del secondo Novecento, ed in particolare della “crisi” del modello classico del *Welfare State* e delle radicali trasformazioni del ruolo economico dello Stato nazionale, che hanno caratterizzato soprattutto gli ultimi due decenni¹⁹.

Da questo primo punto di vista, il diritto al lavoro viene, infatti, in considerazione come norma ad un tempo di principio e programmatica²⁰, e segnatamente come direttiva costituzionale in materia di politica occupazionale, “come pretesa dei cittadini ad un comportamento dei pubblici poteri che, svolgendo il programma previsto dalla norma, realizzino condizioni di pieno impiego”²¹. Il diritto al lavoro – in questa sua “proto-tipica” dimensione di diritto sociale a prestazione pubblica – vale unicamente come pretesa rivolta ai pubblici poteri affinché questi pongano in essere, ai

¹⁴ MENGONI, *I diritti sociali*, cit., p. 132.

¹⁵ V. ad esempio C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, p. 115.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 1965, in *Giur. cost.*, 1965, p. 655 ss., con commento di V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*.

¹⁷ Sono ancora parole della testé citata sentenza costituzionale.

¹⁸ Oltre allo studio di MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, supra cit., cfr. solo le classiche pagine di V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 161 ss.; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 148 ss. (ora ripubblicato a cura di L. GAETA in *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Milano, 2005, con un saggio di U. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati*, p. 105 ss.); G. F. MANCINI, *Commento all’articolo 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione (articoli 1-12)*, Bologna e Roma, 1975.

¹⁹ Si sviluppano qui considerazioni inizialmente esposte in F. BORGOGELLI, S. GIUBBONI, *Il lavoro come diritto sociale. Appunti per una voce di enciclopedia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 327 ss.

²⁰ Sullo sfuggente confine tra i due significati v. LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., pp. 112-113.

²¹ MANCINI, *Commento*, cit., p. 209.

rispettivi livelli di competenza e responsabilità, un'appropriata politica del lavoro; ma non può valere, evidentemente, come situazione giuridica immediatamente azionabile nei confronti dello Stato o, *a fortiori*, nei rapporti interprivati: "come non garantisce a ciascuno il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così [l'art. 4 Cost.] non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto"²². In questo senso, il diritto al lavoro si risolve perciò essenzialmente nella pretesa ad un'azione dello Stato e dei pubblici poteri diretta alla promozione e, nella concezione tradizionale, alla massimizzazione dell'occupazione attraverso politiche adeguate sia sul piano della offerta che – e diremmo soprattutto – su quello della domanda.

È questo anche il primo significato che il diritto al lavoro assume negli ordinamenti costituzionali ove viene espressamente riconosciuto, come anche nelle principali fonti internazionali in materia. È, ad esempio, assai significativo che nell'art. 1 della Carta sociale europea (anche dopo la revisione del 1996) si affermi che, per assicurare l'effettivo esercizio del diritto al lavoro, le parti contraenti si impegnano a riconoscere come uno dei loro principali obiettivi e responsabilità la realizzazione ed il mantenimento di un livello di occupazione il più elevato e stabile possibile, col fine esplicito della piena occupazione.

Nella concezione tradizionale, dominante sino a tutti gli anni Settanta dello scorso secolo, l'azione politica dello Stato, implicata dalla suddetta direttiva costituzionale, avrebbe dovuto necessariamente svolgersi su di un duplice piano: da un lato, mediante misure intese a realizzare un efficiente servizio di collocamento e rivolte, quindi, a regolare e favorire l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro già esistenti nel mercato; dall'altro, secondo la classica "ricetta keynesiana", attraverso l'adozione "di programmi di spesa in investimenti sociali idonei ad espandere la domanda aggregata"²³, espressamente finalizzati, dunque, ad una politica espansiva di pieno impiego.

L'idea di fondo, sottesa alla previsione costituzionale in quella che potremmo chiamare la sua concezione classica (del resto conforme ad una più generale visione dei compiti e della stessa "identità" del diritto del lavoro)²⁴, è che allo Stato incomba la primaria responsabilità di creare le condizioni affinché tutti i cittadini abbiano la concreta opportunità di vivere dignitosamente ed al riparo dal bisogno grazie, in particolare, all'occupazione stabile nel lavoro subordinato, quale veicolo privilegiato di costruzione della stessa cittadinanza sociale²⁵.

Si comprende in quest'ottica l'idea che l'intervento del sistema previdenziale per il rischio sociale

²² Così, nell'ambito d'una giurisprudenza rimasta costante, la già citata sentenza n. 45 del 1965 della Corte costituzionale.

²³ MANCINI, *Commento*, cit., p. 220.

²⁴ Cfr. soprattutto M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in ID., *Opere*, vol. I, cit., p. 311 ss.

²⁵ Si tratta, come noto, di una concezione largamente diffusa non solo in Italia e caratterizzante un'intera fase storica dello sviluppo di quello che oggi si chiamerebbe il "modello sociale europeo"; cfr. B. STRÄTH (a cura di), *After Full Employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Bruxelles, 2000.

della disoccupazione abbia natura riparatoria e che l'indennità prevista dalle legge assuma il "carattere di risarcimento per il mancato ottenimento del lavoro"²⁶, costituendo una sorta di compensazione per il fallimento dell'azione dello Stato²⁷. E sempre nella stessa ottica si spiega lo speciale attaccamento all'idea del collocamento come funzione pubblica deputata a fini di carattere eminentemente redistributivo delle occasioni d'impiego esistenti sul mercato. Ancora a metà degli anni Ottanta la Corte costituzionale – giustamente criticata per il carattere sideralmente astratto del ragionamento, appunto del tutto avulso dalla concreta lancinante ineffettività del sistema vincolistico del collocamento pubblico²⁸ – poteva dichiarare la piena conformità a Costituzione del sistema della lista numerica in quanto volto ad attuare "una equa ripartizione delle occasioni di lavoro", nell'interesse dei lavoratori ad "una tutela certa e imparziale"²⁹.

Questa concezione è entrata irreversibilmente in crisi nel corso degli anni Ottanta, ed anche in Italia un impulso decisivo al suo superamento è venuto, come si dirà meglio fra breve, dagli sviluppi maturati al livello del diritto e delle politiche comunitarie. L'intera strategia europea dell'occupazione, con poche differenze tra la fase *pre* e *post* Lisbona³⁰, è basata su una diversa idea di responsabilità pubblica, prevalentemente centrata sullo stimolo alla impiegabilità dei lavoratori con misure dal lato dell'offerta, piuttosto che da quello della domanda, e su istanze di solidarietà di tipo "competitivo", piuttosto che "distributivo", per usare la nota terminologia di Streeck³¹.

4. Il diritto al lavoro come "libertà negativa".

Profondamente diversa è la natura giuridica della situazione soggettiva cui dà vita il diritto al lavoro nel secondo dei significati ascrivibili alla previsione contenuta nell'art. 4 Cost. In tale seconda accezione, il diritto al lavoro viene, infatti, in rilievo, non già come pretesa ad un intervento sociale dello Stato, ma come vero e proprio diritto costituzionale di libertà³². Esso si concretizza in una situazione giuridica (immediatamente azionabile) di libertà (negativa) da interferenze o imposizioni esterne, provenienti indifferentemente da poteri pubblici o privati, nell'accesso al lavoro.

La Corte costituzionale non ha tardato a riconoscere nella previsione dell'art. 4 tale immediato nucleo precettivo, capace di fondare il diritto del cittadino "alla scelta dell'attività lavorativa e del modo di esercitarla come mezzo fondamentale di attuazione dell'interesse della sua personalità"³³. L'immediata affermazione di un siffatto diritto non è andata peraltro disgiunta – in un'ottica di bilanciamento degli interessi – dalla ponderazione di situazioni idonee a giustificare l'apposizione di limiti all'esercizio della libertà in tal senso riconosciuta. Nel riconoscere una libertà

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, p. 1031; in senso analogo, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 106-107.

²⁷ V. LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., p. 8, anche per ulteriori rilievi nello stesso senso.

²⁸ Cfr. soprattutto P. ICHINO, *Il collocamento impossibile. Problemi e obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, Bari, 1982.

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 248 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 2113 ss.

³⁰ Cfr. in particolare D. ASHAGBOR, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, 2005, spec. p. 72 ss.

³¹ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, p. 3 ss.

³² V., da ultimo e per tutti, APOSTOLI, *L'ambivalenza*, cit., p. 107 ss.

³³ Sempre la citata Corte cost., n. 45 del 1965, le cui affermazioni sarebbero state costantemente ripetute nella successiva giurisprudenza (v. ad es. le sentenze n. 81 del 1969 e 41 del 1971).

di accesso al lavoro come di libertà da irragionevoli limitazioni o barriere all'ingresso nel settore professionale prescelto, la Corte ha così ritenuto ammissibili limiti diretti ad esempio ad accertare – nell'interesse generale – determinati requisiti di idoneità e professionalità. La Corte costituzionale ha invero complessivamente dimostrato una certa cautela nel condurre siffatti esercizi di bilanciamento o ponderazione degli interessi in gioco³⁴, tendendo – come è stato osservato – per lo più a convalidare le scelte del legislatore e ad escludere la legittimità dei soli “vincoli che intacchino il contenuto essenziale di quella libertà o introducano logiche o privilegi di tipo corporativo”³⁵.

Non è allora un caso che – sotto il profilo ora in esame – l'ordinamento comunitario abbia dimostrato un dinamismo sconosciuto al diritto nazionale, in una più generale ottica di promozione della libertà economica dei soggetti. Anche se è forse riduttiva l'idea, pure assai diffusa³⁶, che il diritto comunitario conosca soltanto la dimensione negativa del diritto al lavoro come libertà da vincoli nell'autonoma scelta di un lavoro o di una professione, non può negarsi che sia questo il profilo più sviluppato, non solo a livello di enunciati normativi espressi, ma soprattutto nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Come libertà di svolgere un lavoro o una professione autonomamente scelti, il diritto al lavoro è espressamente riconosciuto, a livello comunitario, da ultimo con l'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quale “trasfuso” nell'art. II-75 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Nell'ottica comunitaria, il diritto di guadagnarsi la vita in una occupazione liberamente accettata si carica, del resto, di uno specifico, importante significato ulteriore, in quanto implica la garanzia (pure immediatamente azionabile) della libertà di circolazione nel territorio dell'Unione ai fini della ricerca e dell'esercizio, in forma stabile o transitoria, di un'attività di lavoro subordinato o autonomo in condizioni di piena parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro ospitante (v. gli artt. 39 e seguenti del Trattato CE).

È anzi nell'ambito della ricchissima giurisprudenza sulla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi nel mercato comune³⁷, ed in particolare nel principio, ormai in essa consolidato, per cui sono in linea di massima preclusi anche gli ostacoli di carattere non discriminatorio all'esercizio di tali libertà, che va individuato l'impulso più rilevante alla affermazione della libertà di lavoro nell'ordinamento sopranazionale. Sennonché, è pure evidente come, in quest'accezione, seppur non scevro da ovvi profili di rilevanza sociale, il “diritto al lavoro” finisca per venire in considerazione principalmente come forma di libertà economica. E se nell'impianto costituzionale italiano è netta la linea di demarcazione tra la libertà in tal senso riconosciuta dall'art. 4 ai lavoratori dipendenti ed autonomi, da una parte, e la libertà d'iniziativa economica ex art. 41 Cost., dall'altra³⁸, senza dubbio meno evidente, o meglio meno rilevante, in presenza di una disciplina sostanzialmente omogenea, risulta viceversa il confine tra le fattispecie in questione nella prospettiva comunitaria della libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato interno. Appare significativa

³⁴ Cfr. APOSTOLI, *L'ambivalenza*, cit., p. 155.

³⁵ Ivi, p. 149.

³⁶ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi urbinati*, n. 53/54 del 2001/2002, p. 403 ss.; G. DEMURO, *Commento all'art. 15*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 127; D. ASHIAGBOR, *The Right to Work*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (a cura di), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, p. 241 ss.

³⁷ Su di essa v., da ultimo e per tutti, C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, p. 231 ss.

³⁸ V, per tutti LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., p. 26 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 374.

di questa diversa impostazione la già citata disposizione contenuta nell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, dopo aver riconosciuto ad ogni individuo il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente accettata (par. 1), appunto senz'altro accomuna la libertà di cercare un lavoro e di lavorare a quella di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro (par. 2).

5. Il diritto al lavoro come "libertà positiva".

È infine analiticamente individuabile un terzo significato costituzionale del diritto al lavoro, in qualche modo intermedio rispetto ai primi due, nel quale lo stesso viene in rilievo come diritto sociale di libertà *positiva*, ovvero – secondo la suggestiva prospettazione di Massimo D'Antona – come “un diritto di”, il diritto di lavorare, ossia di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati”. In questo senso, il diritto al lavoro, come “diritto di lavorare”, è “un diritto della persona, intesa come persona sociale”³⁹, che va evidentemente al di là di quella mera dimensione di libertà negativa (ovvero di “libertà da”), che si è appena sopra considerata⁴⁰. In questa prospettiva, esso – per riprendere ancora le parole di D'Antona – “consiste piuttosto nella garanzia dell'uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un'uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone e sicurezza rispetto ad abusi legati a qualità personali, sia nel mercato del lavoro sia durante il rapporto di lavoro”⁴¹.

È certamente ascrivibile a questo significato del diritto al lavoro, l'implicazione – ormai ricavata, dopo un iniziale orientamento in senso contrario, anche dalla Corte costituzionale – che esso comporti il diritto dei lavoratori (subordinati) a non essere arbitrariamente licenziati, ovvero il principio che in tanto il licenziamento possa essere legittimamente intimato, in quanto sia sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo. Tale diritto – cui la Carta sociale europea rivista (all'art. 24) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (all'art. 30) dedicano un'autonoma enunciazione – deve ovviamente potersi risolvere in quello ad una tutela adeguata in caso di licenziamento “ingiusto”. Va tuttavia riconosciuto come siffatta tutela – nella quale si è autorevolmente scorta la più importante concretizzazione normativa dell'art. 4 Cost. nell'ordinamento italiano⁴² – non debba necessariamente consistere nella tutela “reale” del posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Tale forma di tutela non concreta, infatti, “l'unico possibile paradigma attuativo” dei principi di cui alla norma costituzionale, rappresentando solo “uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro”⁴³. Il legislatore – purché ovviamente si muova nel rispetto del principio di uguaglianza e di ragionevolezza – dispone, dunque, di un'ampia discrezionalità, non solo nella scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione delle garanzie

³⁹ D'ANTONA, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 268.

⁴⁰ Cfr. anche D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Bari, 2004, p. 75 ss.

⁴¹ D'ANTONA, *op. loc. ult. cit.*

⁴² V. G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello Stato sociale*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, p. 47 ss., spec. p. 60.

⁴³ Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 699, con nota di R. ROMBOLI, ed ancora *ivi*, c. 1401, con commento di M. DE LUCA.

e di concreta configurazione delle forme di tutela contro i licenziamenti illegittimi⁴⁴.

È ancora in quest'accezione positiva della libertà di lavoro che vanno collocati gli strumenti di tutela antidiscriminatoria, operanti sia nel momento dell'accesso al lavoro sia in quello dello svolgimento e della cessazione del rapporto, come pure le misure di riequilibrio delle (diverse) opportunità di individui e gruppi nella forma, ad esempio, delle azioni positive. In tale contesto si può inoltre collocare il diritto ad una formazione professionale – ed in particolare il diritto ad una formazione continua durante tutto l'arco della vita lavorativa – che consenta di migliorare la qualità dell'offerta di lavoro secondo modalità adeguate, non solo alle esigenze del mercato, ma alle prospettive di auto-realizzazione professionale del soggetto⁴⁵.

L'idea del diritto al lavoro come libertà "positiva" evoca, infine, inevitabilmente, la dibattuta questione della configurabilità "di un vero e proprio diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione"⁴⁶; questione che tende oggi a colorarsi di nuovi significati anche in relazione alla forte espansione registratasi in questi ultimi anni nell'uso delle tecniche di tutela risarcitoria delle lesioni della dignità professionale e della personalità morale del prestatore di lavoro⁴⁷.

6. Diritto al lavoro e diritto del lavoro nella strategia europea per l'occupazione.

È soprattutto con riguardo alla prima delle accezioni sopra passate in rassegna, che il diritto al lavoro ha – come si accennava – maggiormente risentito delle decisive trasformazioni del ruolo economico e sociale dello Stato nel contesto del processo d'integrazione europea. Se si guarda agli sviluppi comunitari – ed in particolare al processo di coordinamento delle politiche del lavoro degli Stati membri avviato a livello sopranazionale nella seconda metà degli anni Novanta – ci si avvede facilmente del senso del radicale cambiamento di prospettiva progressivamente consumatosi nella configurazione, sia teorica che pratica, di quella pretesa sociale all'azione dei pubblici poteri, che appunto si trova primariamente incorporata nell'art. 4 Cost.

Con un'inevitabile dose di semplificazione ed approssimazione, il senso di tale profondo mutamento può essere sintetizzato nella crisi, e poi nel sostanziale superamento, evidente nell'approccio comunitario della strategia europea dell'occupazione, del paradigma classico della piena occupazione come responsabilità primaria cui lo Stato sociale nazionale provvede agendo, con appropriate politiche espansive e d'investimento, sul lato della domanda, oltre (e prima) che con la costruzione di efficienti servizi dell'impiego su quello dell'offerta. All'interno del processo di coordinamento aperto delle politiche dell'occupazione degli Stati membri, anche nei termini in

⁴⁴ In tal senso, tra le numerose pronunce della Corte costituzionale, oltre a quella appena citata, v. la sentenza n. 2 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 9 (ed *ivi*, p. 235, il commento di G. PERA, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*); in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, cfr. da ultimo APOSTOLI, *L'ambivalenza*, cit., p. 187 ss.

⁴⁵ Cfr. ora B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione del mercato del lavoro*, relazione al congresso AIDLASS di Cagliari, 1-3 giugno 2006, per la configurazione del diritto alla formazione continua come diritto sociale fondamentale di libertà, che dovrebbe di per sé assumere una piena ed effettiva portata universalistica. V. inoltre GAROFALO, *Formazione*, cit., p. 309 ss.

⁴⁶ C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, 2004, p. 3.

⁴⁷ Tanto da far evocare il rischio – forse sovrastimato – di vere e proprie "derivate risarcitorie": v. L. NOGLER, *La "deriva" risarcitoria dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 29, *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, Torino, 2006, p. 63 ss.

cui esso è stato rilanciato nel celebre vertice di Lisbona del marzo 2000, l'enfasi è, infatti, posta essenzialmente sulle misure dal lato dell'offerta, in linea, del resto, con l'espressa previsione contenuta nell'art. 125 del Trattato CE, alla cui stregua lo sviluppo dell'occupazione passa attraverso la "promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici". Come è stato osservato, "l'orientamento sul lato della offerta della politica europea del lavoro lascia assai poco spazio all'idea che lo Stato debba garantire il diritto al lavoro sostenendo la sicurezza del reddito o del lavoro"⁴⁸.

Con una forte accelerazione dagli anni Ottanta dello scorso secolo, non è entrato in crisi solo il postulato – fondamentale nell'edificazione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro – della centralità (se non del monopolio) regolativo dello Stato⁴⁹. Ad entrare in crisi – almeno in una certa prospettiva interpretativa – è stato lo stesso paradigma del costituzionalismo sociale del secondo dopoguerra, centrato sulla "preminenza normativa" dei diritti sociali in quanto diritti eminentemente "distributivi" e sull'idea della "prevalenza della solidarietà sociale sul funzionamento del mercato e del sistema economico"⁵⁰.

Le trasformazioni della costituzione economica comunitaria sono in qualche modo un effetto e allo stesso tempo un fattore determinante, una causa, di questo processo. Ciò è evidente – per tornare al nostro tema – proprio in materia di politiche occupazionali. Anche grazie all'impulso comunitario – è stato efficacemente osservato – "gli anni '80 e '90 emergono come un fondamentale spartiacque per la nozione di Paml [politiche attive del mercato del lavoro: n. d. r.] e per il bilanciamento tra diritti e doveri nella *vita attiva* dei cittadini"⁵¹. E ciò in una duplice, complementare direzione, in quanto: da un lato, "le Paml si sono progressivamente distaccate dalla nozione originale di "misure sul lato della domanda" miranti a fornire *impiego* – anche se talvolta sotto forme assistite o extramercantili – per trasformarsi in misure dal lato dell'offerta" miranti come tali a conferire *impiegabilità* ai lavoratori"; d'altro lato, "vi è stato poi un contestuale inasprimento degli aspetti condizionali e sanzionatori delle Paml e una riduzione della capacità dei lavoratori disoccupati di rifiutare offerte di lavoro, al fine di ridurre la dipendenza dagli aiuti del *welfare state*"⁵².

I legislatori nazionali hanno ovviamente fornito risposte significativamente diverse, per lo più senza sovvertire le tradizioni regolative dei rispettivi sistemi di diritto del lavoro⁵³, onde sarebbe errato evocare modelli uniformi, o anche solo linearmente convergenti di misure di "attivazione" delle politiche occupazionali o di flessibilizzazione delle forme di impiego⁵⁴. È tuttavia innegabile come – anche su sollecitazione degli orientamenti europei – si siano registrate significative convergenze, ad esempio nella direzione di un generalizzato inasprimento dei doveri (sempre più

⁴⁸ ASHIAGBOR, *The Right to Work*, cit., p. 249.

⁴⁹ V. ancora D'ANTONA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 223 ss.

⁵⁰ Così G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 89 ss., qui p. 93; in termini analoghi cfr. pure A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, 2006, spec. p. 79 ss.

⁵¹ M. R. FREEDLAND, N. COUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 557 ss., qui p. 559.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. S. SCIARRA, *The Evolution of Labour Law 1992-2003. General Report*, Bruxelles, 2005.

⁵⁴ Cfr. quanto osserva E. GHERA, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, p. 121 ss.

spesso contrattualmente definiti) di “attivazione” dei disoccupati, con una forte accentuazione delle componenti di responsabilità individuale nella ricerca dell’occupazione e di “costrittività” delle associate misure di sostegno del reddito⁵⁵.

Rileggendo l’art. 4 Cost. alla luce della vicenda europea e degli impulsi del livello di governo comunitario, potrebbe dirsi che il diritto al lavoro – nel suo primo significato di pretesa nei confronti dello Stato – oggi si risolve essenzialmente, anche in Italia, nel diritto a servizi per l’impiego regolati e organizzati secondo *standard* di efficienza e qualità, rispetto ai quali lo Stato assume per lo più un ruolo di garanzia, affidandone la concreta attuazione ad un sistema “pluralistico”, “multipolare”, “misto”⁵⁶, in cui soggetti pubblici (locali) ed agenzie private operano in un regime di concorrenza temperato da momenti di cooperazione⁵⁷. Il legislatore italiano si è mosso con crescente intensità in questa direzione, secondo un disegno portato a compimento dal d. lgs. n. 276 del 2003 ma largamente avviato a partire almeno dal 1997.

I concetti di “impiegabilità” e di “adattabilità” – già assunti come autonomi “pilastri” della strategia europea dell’occupazione e più di recente accorpati nell’ambito degli orientamenti integrati per la crescita e l’occupazione – racchiuderebbero, peraltro, in una certa prospettiva di analisi, trasformazioni ancor più radicali del ruolo del diritto del lavoro. Ponendo la propria enfasi sulle pari opportunità degli individui nell’accesso e nella competizione in un mercato del lavoro che si presenta sempre più flessibile e frammentato, tali concetti si porrebbero, infatti, in tendenziale rottura con un modello di attuazione del diritto al lavoro tradizionalmente centrato sulla tutela (rigida) degli occupati (stabili), che soprattutto in Italia ha lasciato ai margini inoccupati e *outsiders*, perpetuandone l’esclusione dal mercato del lavoro. La diversa impostazione di fondo delle politiche comunitarie metterebbe così a nudo la latente contraddizione tra la tutela rigida degli occupati, garantita appunto all’interno della “cittadella” protetta dal diritto del lavoro, e le effettive *chances* di inclusione e di garanzia del diritto al lavoro degli inoccupati. La rigida protezione degli *insiders* ridurrebbe automaticamente la possibilità dei senza lavoro, degli *outsiders* appunto, di prendere parte alla produzione, “in contrasto con i principi costituzionali che obbligano la Repubblica a operare per la rimozione degli ostacoli all’uguaglianza sostanziale tra i cittadini e per rendere effettivo il diritto al lavoro di tutti (artt. 3 e 4)”⁵⁸.

Si tratta di una prospettiva teorica che ha esercitato un’indubbia influenza sugli sviluppi più recenti del diritto del lavoro italiano e di cui sarebbe sbagliato negare ancoraggi solidi nel discorso

⁵⁵ Cfr. ancora FREEDLAND, COUNTOURIS, *Diritti e doveri*, cit., spec. p. 582, cui si rimanda anche per una vigorosa critica delle tendenze workfaristiche in atto in Europa.

⁵⁶ Cfr. soprattutto M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l’impiego e decentramento amministrativo*, in *Riv. giur. lav.*, suppl. al n. 3 del 1999, p. 25 ss.; A. ALAIMO, *I servizi all’impiego e l’art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 249 ss., ove anche una discussione della controversa ed innovativa questione della configurabilità di garanzie di tipo anche risarcitorio per il caso di inadempimento da parte dell’amministrazione dei doveri connessi alla efficiente erogazione del servizio. Sul tema della azionabilità delle pretese nascenti dal cosiddetto “rapporto giuridico per il lavoro” v. inoltre LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., p. 152 ss.; GAROFALO, *Formazione*, cit., p. 297 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Introduzione a ID. (a cura di), I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, in part. p. XXXVII ss.

⁵⁷ CARUSO, *Occupabilità*, p. 8 del testo provvisorio della relazione, parla al riguardo di “ibridazione” di modelli di regolazione pubblicistici e privatistici, secondo una logica pluralistica e multipolare di intervento regolativo.

⁵⁸ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, p. 12.

comunitario in materia di politiche del lavoro e dell'occupazione. Le si può, tuttavia, fondatamente rimproverare di enfatizzare in maniera unilaterale solo alcuni dei "messaggi" veicolati dalla strategia europea dell'occupazione e di offrire una visione parziale dello stesso diritto comunitario del lavoro⁵⁹. La graduale – seppur incerta, e per nulla lineare – costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali al livello dell'Unione europea⁶⁰, dimostra, infatti, che lo stesso ordinamento comunitario si mantiene assai lontano dall'idea che, per superare le distanze tra *insiders* e *outsiders*, sia necessario procedere ad un sostanziale smantellamento delle tutele di cui godono i primi per ridistribuirle nell'area dei secondi, ricomponendo così la frattura tra garantiti e non garantiti in una sorta di "eguaglianza nell'insicurezza"⁶¹.

7. A mo' di conclusione.

Resta, peraltro, tutta l'oggettiva difficoltà di individuare – anche in ambito europeo – direttrici di riforma dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, ad un tempo rispettose dei fondamenti solidaristici degli stessi ed ispirate ad una rimodulazione delle tutele secondo criteri socialmente equi. Un temperato allargamento del raggio di incidenza delle tutele oltre i confini del lavoro giuridicamente subordinato, per abbracciare il campo in espansione del lavoro economicamente dipendente⁶², è sempre più auspicato come possibile linea di sviluppo della stessa politica sociale comunitaria⁶³, con prime timide aperture da parte dei legislatori nazionali.

Ancora più ampia appare poi la prospettiva di riforma indicata nel celebre *Rapporto* di Alain Supiot sul futuro del diritto del lavoro in Europa⁶⁴, come anche quella – assai vicina sul piano metodologico – che si basa sulla idea di rafforzare le *capabilities* e le opportunità di auto-realizzazione professionale e di vita delle persone. La distribuzione per cerchi concentrici – dal più ampio, di segno universalistico, al più ristretto, ritagliato sui rapporti di lavoro in senso proprio subordinato – delle garanzie e dei diritti sociali "di prelievo" potrebbe in effetti costituire un modo di rivisitazione dei valori costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà, e dello stesso diritto al lavoro, adeguato alle grandi trasformazioni della nostra epoca⁶⁵.

⁵⁹ Laddove, in particolare, si argomenta una supposta diversità di fondo del modello europeo, dovuta al fatto che da sempre il diritto comunitario del lavoro avrebbe avuto di mira – diversamente dal diritto di fonte OIL e dagli stessi diritti nazionali – l'obiettivo di correggere forme di "monopsonio dinamico", e non strutturale, nel mercato del lavoro; cfr. P. ICHINO, *Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l'Organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario europeo*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 295 ss.

⁶⁰ Sia consentito un rinvio a S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, 2006.

⁶¹ U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione*, cit., p. 15 ss., qui p. 33.

⁶² V. l'analisi comparata offerta da A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 221 ss.

⁶³ V. SCIARRA, *The Evolution*, cit., p. 22 ss.

⁶⁴ V. A. SUPPIOT, *Il futuro del lavoro*, edizione italiana a cura di P. Barbieri ed E. Mingione, Roma, 2003.

⁶⁵ Per interessanti proposte di analisi del sistema di protezione sociale italiano in questa prospettiva v. P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, 2005; e cfr., *si vis*, pure M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005. V. inoltre G. BRONZINI, *Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per un rilancio del diritto del lavoro in Italia*, in *Dem. dir.*, n. 2 del 2005, p. 133 ss.

Ed anche la prospettiva – eminentemente teorica e metodologica - delle *capabilities*, nel concepire i diritti sociali in termini non oppositivi rispetto alle logiche del mercato⁶⁶, potrebbe indicare una sorta di nuova “terza via” tra un diritto del lavoro tradizionalmente inteso come “diritto della distribuzione” delle tutele tra gli occupati in posizione di subordinazione (stabile) ed un diritto del lavoro incline invece a smarrire la sua identità facendosi *tout court* “diritto della produzione”⁶⁷.

Quel che sembra certo, è che le risposte ai nuovi bisogni di sicurezza creati dalle trasformazioni sociali ed economiche in corso difficilmente potranno nascere da una sterile contrapposizione tra diritto *al* lavoro e diritto *del* lavoro.

⁶⁶ Cfr. S. DEAKIN, F. WILKINSON, “*Capabilities*”, *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 317 ss., nonché, in un’ampia prospettiva di indagine interdisciplinare con interessanti studi di caso, il volume curato da R. SALAIS e R. VILLENEUVE, *Europe and the Politics of Capabilities*, Cambridge, 2004, ed ivi spec. l’introduzione dei curatori, p. 1 ss.

⁶⁷ CARUSO, *Occupabilità*, cit., spec. pp. 20-21 e 46 del testo provvisorio della relazione.

Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*

Valerio Speciale

1. Introduzione	16
2. La "supremazia" dell'ordinamento comunitario e le disposizioni più favorevoli che possono essere introdotte dagli stati nazionali	17
3. La nozione di azienda in base alla disciplina comunitaria e nazionale	22
4. Segue. Il ramo di azienda	28
5. L'identificazione del ramo di azienda al momento del trasferimento	32
6. Segue. La possibilità di selezionare il personale coinvolto nel trasferimento del ramo	36
7. La rilevanza o meno del consenso del lavoratore	39
8. Il trasferimento d'azienda e la successione negli appalti	47
Riferimenti bibliografici	51

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 46/2006

1. Introduzione

La disciplina del trasferimento d'azienda ha vissuto, come è noto, una stagione di intense riforme culminate nelle modifiche dell'art. 2112 c. c. introdotte dai d.lgs. 18/2001 e 276/2003. Le ragioni di questo notevole dinamismo normativo sono varie. In primo luogo vi era la necessità di adeguare l'ordinamento nazionale alle direttive europee in materia, che avevano modificato il contenuto della prima fonte europea di regolamentazione (la 77/187/CEE del 14 febbraio 1977). Le riforme, dunque, sono espressione di quel processo di integrazione giuridica sollecitato dai recenti sviluppi della Unione Europea, che hanno enormemente incrementato l'influenza del diritto comunitario nella regolazione di alcune materie da parte degli Stati nazionali. Inoltre, vi era l'esigenza - anche questa molto sentita sia in Europa sia in Italia - di disciplinare il fenomeno delle esternalizzazioni dei processi produttivi. In questo ambito, infatti, il trasferimento di ramo di azienda assume un valore fondamentale per realizzare quei processi di segmentazione dell'impresa che costituiscono il "cuore" delle strategie di *outsourcing*.

Gli elementi descritti spiegano le innovazioni ed anche il naturale interesse da esse suscitato in dottrina ed in giurisprudenza. I commenti e le analisi sull'articolo 2112 (ma anche sulla direttive europee precedenti a quella del 2001) sono imponenti nel numero e (spesso) di elevato contenuto scientifico. Le sentenze dei giudici di merito e della Cassazione contribuiscono ad alimentare il dibattito, anche perché le decisioni hanno adottato soluzioni interpretative che tengono in considerazione le direttive anche prima che esse fossero implementate nell'ordinamento italiano. Il quadro complessivo, anche se presenta alcuni elementi di incertezza e varietà di opinioni, sembra essere abbastanza consolidato e non giustificerebbe un'ulteriore analisi del tema.

Tuttavia mi pare che i commenti e gli approfondimenti non abbiano tenuto nella dovuta considerazione i "vincoli interpretativi" derivanti dalle numerose sentenze della Corte di Giustizia Europea (anche se non mancano eccezioni: è questo il caso, ad esempio, di Novella, Vallauri 2005). L'impressione è che le decisioni della Corte - sottoposte in molti casi ad analisi esaurienti e raffinate dal punto di vista scientifico - sono peraltro state considerate come autorevoli precedenti giurisprudenziali, non dissimili dalle sentenze dei giudici nazionali. La realtà è diversa, in quanto il "diritto vivente europeo" che scaturisce dalla giurisprudenza comunitaria ha un rilievo molto più importante che dovrebbe condizionare le opzioni interpretative in misura assai superiore a quanto in generale si ritenga. In questo saggio si cercherà di analizzare la disciplina nazionale alla stregua dei principi enucleati dalla Corte di Giustizia, attribuendole quel valore di vera e propria "fonte del diritto" che essa ha acquisito nell'ordinamento nazionale anche grazie ad alcune essenziali pronunce della Corte Costituzionale.

Inoltre l'attenzione verrà concentrata anche su un altro aspetto che non è stato particolarmente considerato. Si tratta di valutare gli effetti che il principio del *favor* (previsto in tutte le direttive in materia di trasferimento d'azienda) può esercitare sulla interpretazione della disciplina nazionale. Infatti alcune disposizioni dell'art. 2112, se lette come norme che introducono trattamenti di miglior favore rispetto alla regolamentazione europea, possono condurre ad esiti interpretativi molto diversi da quelli comunemente espressi e fornire un punto di vista dal quale partire per una differente ricostruzione della disciplina esistente.

Infine il saggio si propone di studiare alcuni aspetti, come l'identificazione del ramo di azienda da trasferire, la selezione del personale in esso occupato, la successione negli appalti, che sono essenziali nell'ambito delle strategie di esternalizzazione e che sollevano problemi interpretativi

molto complessi.

Dopo queste doverose premesse, è possibile passare all'analisi delle varie problematiche connesse al trasferimento di azienda. Non senza avvertire, peraltro, che il saggio non tratterà tutte le questioni legate al tema, ma soltanto quelle che, a mio giudizio, presentano particolari ragioni di interesse alla luce delle linee guida in precedenza delineate.

2. La “supremazia” dell’ordinamento comunitario e le disposizioni più favorevoli che possono essere introdotte dagli stati nazionali

In base alle considerazioni in precedenza espresse e prima di entrare direttamente in argomento, è opportuno soffermarsi su alcune questioni preliminari, connesse ai rapporti tra ordinamento nazionale e quello europeo. La disciplina del trasferimento d’azienda, infatti, è caratterizzata sia da fonti comunitarie (l’ultima è la direttiva 2001/23/CE, che ha consolidato le due precedenti 77/187/CE e 98/50/CE), sia dall’art. 2112 c.c., le cui recenti innovazioni sono conseguenti al recepimento delle normative europee. Ne deriva l’applicazione di una serie di principi di carattere generale che condizionano qualsiasi processo interpretativo e che sono il frutto di un consolidamento giurisprudenziale realizzato dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza italiana e comunitaria. Ovviamente, in questa sede ci si limiterà a sintetizzare gli orientamenti di queste magistrature, senza alcuna pretesa di approfondire tematiche assai complesse, che richiederebbero ben altre analisi critiche.

In tale ambito è sufficiente ricordare che, in conseguenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (CGE) e di quella della Corte Costituzionale italiana (recepita dai giudici di merito e di legittimità nazionali), si è consolidata la prevalenza dell'ordinamento giuridico europeo su quello italiano⁶⁸. In relazione alle direttive, che come noto richiedono un atto legislativo che le renda obbligatorie negli ordinamenti nazionali e che soltanto a determinate condizioni possono avere efficacia diretta negli Stati membri, tale supremazia si manifesta in via interpretativa. Non vi è dubbio, infatti, che, dopo il recepimento da parte dello stato membro, la legge nazionale che implementa la direttiva deve essere interpretata in modo tale da rispecchiare il contenuto della normativa comunitaria e, nel caso di conflitto tra disposizioni italiane e quelle europee, occorre adottare una lettura delle norme che sia coerente con la fonte comunitaria (“interpretazione adeguatrice”)⁶⁹.

Qualora la questione non possa essere risolta in via interpretativa, il giudice italiano, nel caso di controversia nella quale sia parte lo stato membro o la pubblica amministrazione, dovrà procedere alla disapplicazione della norma nazionale ed all'applicazione di quell'europea. Se, invece, la

⁶⁸ C.Cost. 8.6.1984 n. 170; C. Cost. 19.4.1985 n. 113; C. Cost. 11.7.1989 n. 389; C. Cost. 18.4.1991 n. 168; C. Cost. 7.2.2001 n. 41. Cgce 9.3.1978, *Simmenthal*, causa C - 106/77, Racc., 1978, 629; Cgce 17.12.1980, *Commissione Europea c. Belgio*, causa C - 149/79, Racc., 1980, 3881; Cgce 10.4.1984, *Harz*, causa C - 79/83, FI, 1985, IV, 59 ss.; Cgce 22.6.1989, *Costanzo*, causa C - 103/88, Racc., 1989, 1839; Cgce 12.10.1993, *Vanacker, Lesage*, causa C - 37/92, Racc., 1993, I, 4947; Cgce 14.7.1994, *Faccini Dori*, causa C - 91/92, Racc., 1994, I, 3325. Su tali aspetti si rinvia a Santoni 1992, 684 ss.; Foglia 1992, 764 ss.; Id. 2002, 57 ss.; Arrigo 1998, 71 ss.; Ballarino 2004, 147 ss.; Roccella 2004, 4 ss.

⁶⁹ Cgce 14.9.2000, *Collino, Chiappero*, causa C - 343/98, punto 21; Cgce 13.11.1990, *Marleasing*, causa C - 106/89, Racc., 1990, I, 4135; Cgce 12.10.1993, *Vanacker, Lesage*, causa C - 37/92, Racc., 1993, I, 4947; Cgce 14.7.1994, *Faccini Dori*, causa C - 91/92, Racc., 1994, I, 3325. V. anche Foglia 1992, 765 ss.; Id. 2002, 60 ss.; Roccella, 2004, 5 ss.; Novella, Vallauri 2005, 178 ss.

controversia è tra privati, secondo alcune interpretazioni prevarrà la disposizione italiana, o vi sarà la possibilità di un'azione di risarcimento danni da parte del cittadino nei confronti dello Stato che ha mal recepito la direttiva. A parte l'azione per i danni – sempre possibile da parte dell'interessato e purché vi siano i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria⁷⁰ – sul tema ho una diversa opinione. Ritengo, infatti, che, quando non sia possibile utilizzare l'interpretazione adeguatrice, il giudice sarà obbligato, ai sensi dell'art. 234 della Trattato UE, ad invitare la Corte di Giustizia Europea a valutare la coerenza della normativa nazionale con quella comunitaria, con l'obbligo per il magistrato italiano di applicare la decisione che verrà assunta. Tale effetto, a mio giudizio, scaturisce, in primo luogo, dalla prevalenza dell'ordinamento europeo su quello nazionale. Non va dimenticato, poi, che il rinvio alla Corte ai sensi dell'art. 234 ha la finalità di “(garantire) l'interpretazione e l'applicazione uniformi del diritto comunitario”⁷¹ e di offrire ai giudici nazionali strumenti idonei “a superare le difficoltà insite nell'assicurare, nel contesto degli ordinamenti giuridici interni, la piena effettività del diritto comunitario”⁷². La possibilità per il magistrato italiano, in caso di insanabile contrasto interpretativo, di applicare immediatamente il diritto interno si porrebbe in contrasto con i principi indicati. Va ricordato, infine, che la valutazione della conformità con il diritto europeo dovrà essere effettuata in coerenza con il significato attribuito alle disposizioni comunitarie dalla Corte di Giustizia. Si è già detto, infatti, che queste decisioni non assumono soltanto il valore di un precedente interpretativo autorevole ma non vincolante, ma operano quale elemento “di integrazione del testo (della legge), assumendo una vera e propria natura 'normativa' ”⁷³, con sentenze che estendono i loro effetti al di là del caso oggetto di giudizio e delle parti in lite.

Il contesto descritto può aiutare a risolvere alcuni problemi interpretativi connessi alla nuova disciplina italiana del trasferimento d'azienda, che dovrà essere posta a confronto con la direttiva 2001/23/CE e con la consistente giurisprudenza della CGE in materia⁷⁴.

⁷⁰ A partire dalla famosa sentenza della Cgce 19.11.1991, *Francovich*, cause C – 6/90 e 9/90.

⁷¹ Cgce 27.3.1980, *Ministero Finanze*, causa C - 61/79, Racc., 1980, 1205.

⁷² Cgce 16.1.1974, *Rheinmuhlen Dusseldorf*, causa C - 166/73, Racc., 1974, 33.

⁷³ Foglia 2004a, 61; Id. 2004b, 83; Id. 2002, 57 ss.; Novella, Vallauri 2005, 179. Cass. 10.1.2004 n. 206 parla di “valore “normativo” delle pronunce interpretative della Corte comunitaria”. Secondo C. Cost. 11.7.1989 n. 389, la sentenza della Corte di Giustizia (sia quella interpretativa emessa ai sensi dell'art. 234 – già 177 –, sia quella resa in procedure di infrazione degli obblighi comunitari ai sensi dell'art. 226 – già 169 del Trattato) quando “applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbio carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di Giustizia, come interprete qualificato del diritto, ne precisa autoritativamente il significato con le proprie sentenze e, per tale via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative”. La Corte, in particolare, ha ritenuto che il principio indicato si applichi in presenza di una “norma comunitaria avente “effetti diretti” - vale a dire una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni direttamente tutelabili in giudizio “. Situazione questa che è sicuramente rinvenibile nella direttiva sul trasferimento d'azienda.

⁷⁴ La Corte Costituzionale, con la sentenza 18 aprile 1991 n. 168, in coerenza con l'orientamento espresso dalla CGE, ha affermato che la diretta applicabilità delle disposizioni di una direttiva (che possono essere fatte valere dai singoli sia nel caso di non recepimento della fonte europea, sia nell'ipotesi di recepimento inadeguato) dipende dal fatto che le prescrizioni in essa contenute siano incondizionate (tali cioè da non lasciare margini di discrezionalità agli stati membri nella loro attuazione) e sufficientemente precise (cioè determinate nei loro elementi). La giurisprudenza nazionale ha sempre implicitamente affermato che tali requisiti fossero presenti nella direttiva sul trasferimento d'azienda, rispetto alla quale ha sempre ritenuto applicabile il “canone dell'interpretazione adeguatrice” (Cass. 27.04.2004 n. 8054; Cass. 20.09.2003 n. 13949 ed altre). D'altra parte l'obbligo di “interpretazione conforme” (o “adeguatrice”) è stato affermato anche in relazione alle disposizioni di una direttiva che non siano incondizionate o sufficientemente precise. In tal senso Roccella 2004, 5, che cita la opinione dell'Avvocato generale Van Gerven nelle sue conclusioni dinanzi alla Corte di Giustizia nel caso *Marleasing* (Cgce 13.11.1990, causa C – 106/89).

Prima di rispondere ai vari quesiti, è necessario esaminare un'altra questione di carattere generale, connessa all'art. 8 della direttiva 2001/23/CE, secondo la quale la normativa comunitaria "non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare od introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori...". Si tratta della tradizionale clausola di *favor*, che, in coerenza con quanto previsto dall'art. 137, comma 4, del Trattato UE, consente di migliorare la disciplina europea con l'introduzione di normative nazionali "che prevedano una maggiore protezione" (art. 137, comma 4) a favore dei lavoratori, nell'ambito della tecnica, tradizionale nel diritto del lavoro, della deroga migliorativa. Il "vincolo comunitario" per il legislatore italiano deve dunque essere coordinato con la possibilità di modificare *in melius* la direttiva, ed il problema principale è costituito dall'individuare cosa sia "meglio" o "peggio" nella disciplina nazionale rispetto a quella europea.

In tale ambito, si è affermato che la valutazione della deroga migliorativa dovrebbe operare soltanto in relazione ai "livelli di tutela previsti dalla direttiva, mentre pare di più difficile applicazione se viene riferita alla definizione dell'ambito di applicazione della disciplina protettiva"⁷⁵. In realtà è possibile replicare che i "livelli di tutela" garantiti dalla direttiva e dalla legislazione nazionale sono strettamente correlati alla *fattispecie* delineata dalla fonte comunitaria e dall'art. 2112 c.c. Ne consegue che l'ampliamento o la riduzione della nozione di trasferimento di azienda, poiché incidono sulla possibilità di estendere o limitare la disciplina giuridica connessa a questa materia, debbono essere in astratto presi in considerazione per valutare se il legislatore nazionale ha migliorato o peggiorato lo *standard* di protezione europeo. Si tratta di considerare, ad esempio, se la *fattispecie* italiana è stata estesa o limitata in relazione alle operazioni economiche regolate, agli strumenti giuridici che possono essere usati, ai soggetti (datori di lavoro e lavoratori) coinvolti e così via. In definitiva il giudizio sul carattere migliorativo o meno della disciplina nazionale deve essere riferito alla definizione di trasferimento di azienda, che può produrre le conseguenze prima descritte, e, in caso di identità tra *fattispecie* contenuta nella direttiva e quella italiana, in rapporto al regime giuridico regolato dal nostro legislatore (e, quindi, con riferimento al contenuto della normativa introdotta dallo stato membro)⁷⁶.

Va rilevato, peraltro, che il giudizio sul carattere migliorativo o peggiorativo della nozione di trasferimento di azienda è, in alcuni casi, tutt'altro che agevole. La questione non pone particolari problemi nel caso di trasferimento dell'*intera* azienda. In questa situazione, l'estensione della definizione nazionale (per quanto riguarda, ad esempio, gli strumenti giuridici utilizzabili, la nozione di azienda) comporta l'ampliamento della disciplina e quindi la tutela dei lavoratori, mentre una riduzione del campo di applicazione della direttiva (con conseguente esclusione delle regole in materia) costituirebbe sicuramente un trattamento di peggior favore. Il discorso è diverso nell'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda. In questo caso, infatti, la valutazione del carattere migliorativo o peggiorativo muta a seconda della prospettiva in cui ci si colloca. Si potrebbe sostenere, ad esempio, che l'ampliamento della nozione di parte di azienda trasferibile (sia sotto il profilo oggettivo – per quanto riguarda la identificazione della frazione di azienda – sia dal punto di vista soggettivo dei lavoratori coinvolti) consente di ricomprendere nella disciplina nazionale anche ipotesi che altrimenti, rispetto a quella comunitaria, sarebbero escluse. In questo modo si

⁷⁵ Novella, Vallauri 2005, 184 ss.

⁷⁶ In relazione, ad esempio, alla necessità o meno del consenso del lavoratore, ai trattamenti economici e normativi regolati, alla contrattazione collettiva, alla disciplina dei licenziamenti e così via.

estenderebbe il numero (o la tipologia) dei lavoratori interessati e, di conseguenza, le tutele garantite dalla disciplina protettiva. In senso contrario si può rilevare che, in molti casi, il passaggio da un'azienda ad un'altra a seguito del trasferimento del ramo penalizza i lavoratori, che possono avere interesse a rimanere presso il cedente, perché il cambiamento del datore di lavoro potrebbe peggiorare le tutele normative (con perdita, ad esempio, del regime di stabilità reale per i licenziamenti) od economiche (con l'applicazione di contratti collettivi meno favorevoli)⁷⁷. Inoltre il trasferimento permette di evitare l'applicazione di discipline garantistiche in tema di licenziamenti individuali e collettivi, consentendo di "liberarsi" dei lavoratori senza i vincoli giuridici previsti da queste normative, con un ulteriore interesse dei dipendenti a non essere inclusi nella cessione. In questo ambito, una fattispecie nazionale che restringe la definizione del ramo di azienda o che ne condiziona in modo più restrittivo l'identificazione al momento della cessione comporterebbe vantaggi per i lavoratori e potrebbe essere considerata come trattamento migliorativo⁷⁸.

La complessità della questione impone molta cautela nella opzione interpretativa prescelta. Va detto, peraltro, che un primo limite alla possibilità di modificare la nozione legale è dato dalla necessità di conservare, nella parte di azienda che viene trasferita, caratteristiche tali da consentirne l'identificazione come una "frazione" di una "entità economica" o di "una attività economica organizzata"⁷⁹. Si immagini, ad esempio, che uno Stato membro decida di identificare la "parte di impresa o stabilimento" ceduta con un gruppo di lavoratori scelti "a caso" che non abbiano collegamenti con l'azienda o in assenza di vincoli organizzativi e funzionali che leghino le prestazioni in modo tale da costituire una parte di una "entità economica" organizzata⁸⁰. In questo caso si potrebbe affermare che la disposizione nazionale amplia le tutele previste dalla direttiva in quanto estende la disciplina ivi prevista anche ad ipotesi non regolate a livello europeo ed è quindi un trattamento di miglior favore⁸¹. In realtà, se si potesse operare in questo modo, si arriverebbe ad un vero e proprio "dissolvimento" della fattispecie comunitaria che certamente non è la finalità della normativa europea. Quest'ultima, infatti, protegge i lavoratori nell'ambito di operazioni che riguardano la cessione totale o parziale di un' "entità economica" che ha proprie caratteristiche che non possono essere annullate o modificate in modo talmente radicale da escludere qualsiasi capacità di identificazione della fattispecie.

A parte il limite descritto, va detto che l'estensione illimitata della nozione di "parti di imprese o di stabilimenti", facilitando il passaggio ad altro imprenditore di gruppi di lavoratori, realizzerebbe

⁷⁷ Il peggioramento potrebbe essere collegato anche alla minore consistenza economica del cessionario rispetto al cedente, con riduzione delle garanzie in caso di inadempimento degli obblighi scaturenti dal contratto di lavoro.

⁷⁸ In questi casi, infatti, il lavoratore potrebbe conservare la sua originaria appartenenza alla impresa cedente e non subire un mutamento di datore di lavoro spesso non desiderato (quando si tratta di passare ad altra impresa che garantisce minori tutele economiche, normative o minore solidità economica). Inoltre non dovrebbe "subire" una scelta organizzativa che prescinde dalla sua volontà, in quanto, per l'opinione prevalente, il trasferimento non richiede il suo consenso (ma, sul punto v. *infra* § 7). E se è vero che la permanenza presso il cedente potrebbe legittimare un licenziamento, in ogni caso vi sarebbe qui la possibilità del sindacato giurisdizionale sulla effettiva sussistenza di una ragione giustificativa del recesso (e, in base al principio della *extrema ratio*, sulla possibilità di trovare sistemazioni alternative nell'impresa).

⁷⁹ In coerenza con le definizioni adottate dalla direttiva europea e dall'art. 2112 c.c.

⁸⁰ Sui legami organizzativi tra lavoratori e frazione di impresa ceduta v. *infra* § 3, 4, 5 e 6.

⁸¹ Infatti questo gruppo di lavoratori, se ceduto, verrebbe ad essere considerato "parte di azienda" e rientrerebbe nella tutela della direttiva.

un vero e proprio paradosso: una disciplina diretta a “proteggere” i lavoratori nel caso di trasferimento si trasformerebbe in un mezzo per... eludere i limiti che nascono dalle normative in materia di licenziamenti.

A me sembra, peraltro, che questi effetti paradossali possano essere evitati. Infatti, in relazione al ramo d'azienda, la valutazione del carattere migliorativo o peggiorativo della disciplina nazionale deve essere effettuata *in senso globale*, in rapporto agli effetti complessivi – più o meno favorevoli – che la disciplina nazionale è in grado di produrre rispetto al lavoratore. In tale ottica, l'ampliamento della nozione nazionale rispetto a quella comunitaria non costituisce *di per sé* un trattamento di miglior favore, perché occorre considerare se gli effetti che scaturiscono dalla operazione consentita dalla legge italiana sono realmente positivi o negativi per il lavoratore in relazione alla disciplina di tutela del lavoro subordinato e non solo in considerazione delle norme sul trasferimento di azienda.

Queste conclusioni trovano conferma in una pluralità di elementi. Vi è, in primo luogo, la finalità della direttiva 2001/23/CE che ha lo scopo esclusivo di garantire la protezione dei lavoratori e la tutela dell'occupazione, senza alcuna considerazione degli interessi economici del cedente e del cessionario e senza l'intento di favorire processi di segmentazione ed esternalizzazione di funzioni produttive⁸². D'altra parte la stessa Corte di Giustizia Europea ha sottolineato che l'obiettivo della direttiva non è soltanto quello di garantire la continuazione del rapporto presso il cessionario mantenendo la stessa posizione contrattuale ed organizzativa avuta in precedenza⁸³, ma anche quella di “impedire che le ristrutturazioni nell'ambito del mercato comune si effettuino a danno dei lavoratori”⁸⁴. Il che implica una valutazione più ampia delle normative europee e nazionali, per valutare se anche questo obiettivo sia perseguito. La stessa Corte, poi, ha “costruito” in via interpretativa un vero e proprio diritto al dissenso del lavoratore (che si può opporre al trasferimento) (v. *infra* § 7), a dimostrazione di come vi sia consapevolezza della possibilità che il trasferimento automatico del rapporto di lavoro non sia accettato (perché non è produttivo di effetti favorevoli per il dipendente). Inoltre la direttiva stabilisce che il trasferimento non può di per sé giustificare il licenziamento, che deve trovare fondamento in diverse ragioni di carattere economico ed organizzativo. La funzione principale della norma è quella di escludere che la cessione (ed il conseguente mutamento del datore di lavoro) possa giustificare il recesso, con lo scopo di salvaguardare i diritti scaturenti dai contratti di lavoro⁸⁵. Tuttavia, la norma presuppone, da parte del legislatore europeo, la consapevolezza che il trasferimento d'azienda può essere utilizzato

⁸² In effetti i “Considerando” della direttiva 2001/23/CE sono tutti espressivi della finalità di “proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore” nell'ambito del “miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea”. A tal proposito si è osservato che “in nessuna parte del (vecchio e del nuovo) testo appare alcun richiamo alle esigenze di “flessibilità” o di “competitività” e di rimozione dei vincoli finanziari e giuridici capaci di ostacolare lo sviluppo delle piccole e medie imprese, aspetti a cui pure i Trattati di Maastricht ed Amsterdam dedicano attenzione a più riprese” (Foglia 2004c, 198. In senso analogo Novella, Vallauri, 2005, 182).

⁸³ In tal senso, tra le altre, Cgce 26.05.05, *Celtec*, causa C – 478/03, punto 26; Cgce 14.9.2000, *Collino, Chiappero*, causa C – 343/98, punto 37; Cgce 11.7.1985, *Danmols*, causa C – 105/84, Racc., 1985, 2650

⁸⁴ Cgce 7.2.1985, *Abels*, causa C – 135/83, FI, 1986, IV, 126.

⁸⁵ Si rinvia, su tale aspetto, alle conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 27.1.2005, (*Celtec*, causa C – 478/03), punti 29 e 30. Si vedano anche le osservazioni di Romei 2005, 314 ss. (a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche), Scarpelli 2004, 94 ss.; Lambertucci 1999, 59 ss.

come mezzo per eludere la disciplina dei licenziamenti individuali o collettivi. Dal punto di vista organizzativo, infatti, non vi sarebbero ragioni per vietare ad esempio un recesso che il cedente effettua per rendere possibile l'operazione di trasferimento ed in base alle esigenze espresse dal cessionario⁸⁶. Si tratterebbe, infatti, di una situazione pienamente legittima sotto il profilo della giustificazione di un licenziamento (la cui mancanza renderebbe impossibile il trasferimento), in quanto costituirebbe una valida ragione di tipo organizzativo. Il divieto assoluto introdotto dalla direttiva dimostra che si è preferito sacrificare anche ipotesi "non fraudolente" di cessazione del rapporto di lavoro nella consapevolezza di una possibile utilizzazione in senso elusivo della disciplina del trasferimento d'azienda.

L'insieme degli elementi descritti dimostra che la direttiva persegue finalità garantistiche assai estese che prendono in considerazione non solo la conservazione del rapporto di lavoro nel trasferimento ma anche la protezione del lavoratore nei confronti di effetti negativi che potrebbero scaturire dall'operazione economica (tra i quali va inclusa anche la non applicazione delle garanzie proprie della disciplina dei licenziamenti). Pertanto la valutazione del miglioramento o peggioramento della disciplina comunitaria da parte di quella nazionale deve essere operata *non solo* con riferimento alla disciplina del trasferimento d'azienda, ma in un'ottica di tutela più ampia. Ne consegue che il restringimento della nozione comunitaria di cessione di ramo d'azienda o l'introduzione di limiti alla sua effettuazione costituisce sicuramente un trattamento di miglior favore (perché riduce le finalità elusive della disciplina dei licenziamenti). Al contrario l'ampliamento della fattispecie potrebbe costituire una disposizione legislativa peggiorativa, a meno che, a tale estensione, non corrispondessero altre regole che bilanciassero la situazione, come ad esempio l'introduzione di un diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento o la possibilità di esercitare, entro un breve periodo, un'opzione che gli consenta di tornare presso l'originario datore di lavoro e così via.

3. La nozione di azienda in base alla disciplina comunitaria e nazionale

Dopo aver definito il quadro generale di riferimento è possibile esaminare, in primo luogo, la fattispecie di azienda contenuta nell'art. 2112 c.c. La definizione nazionale è stata recentemente modificata dal d.lgs. n. 18/2001 (ed, in misura marginale, dal d.lgs. 276/2003), con l'introduzione della nozione di "mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità". Si è osservato che la nuova fattispecie "risente fortemente dell'influenza della giurisprudenza comunitaria, e tenta, con un tasso di imprecisione tecnica forse eccessivo, di adeguare il contenuto della norma alla più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte"⁸⁷. L'osservazione, indubbiamente corretta, può essere estesa anche alla definizione comunitaria di "entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria" (art. 1, lettera b) direttiva 2001/23/CE). La direttiva originaria 77/187/CE non conteneva il concetto di entità economica, che è stato per la

⁸⁶ Licenziamento che, secondo la Cassazione ed in relazione alla vecchia disciplina dell'art. 2112 (prima della riforma del 2001), sarebbe giustificato: v. Cass. 9 settembre 1991 n. 9462.

⁸⁷ Romei 2003, 51; Id. 2005, 299.

prima vota introdotto da una sentenza della Corte di Giustizia⁸⁸ ed indubbiamente la giurisprudenza della Corte ha fortemente influenzato la definizione oggi esistente⁸⁹. Non è un caso, infatti, che, nella direttiva 2001/23/CE, si dia atto che quella precedente (77/187/CE) è stata modificata “alla luce dell’impatto... della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee...” (“Considerando” n. 7). L’importanza fondamentale delle sentenze della CGE impone una certa prudenza nel valutare la definizione nazionale e quella europea, perché la Corte “non ha mai adottato una tecnica sussuntiva, preferendo, pragmaticamente, elaborare dei test composti da indici presuntivi ciascuno dei quali di per sé non è né sufficiente né necessario”⁹⁰.

Il dibattito dottrinario si è concentrato particolarmente sulla nuova formulazione dell’art. 2112 c.c. Ci si è chiesti se il riferimento alla “attività economica organizzata” avesse introdotto una cesura con la nozione civilistica di azienda prevista dall’art. 2555 c.c. (con il richiamo all’art. 810 c.c. ed ai “beni”), introducendo una fattispecie valida esclusivamente per il diritto del lavoro. Ci si è interrogati se essa richieda il trasferimento di *assets* (materiali ed immateriali) insieme ai lavoratori o abbia introdotto una nozione “dematerializzata” di azienda, che includa anche soltanto i dipendenti ed il *know how*. Si è discusso se, in realtà, l’art. 2112 si riferisca non all’azienda ma all’impresa, in coerenza con quanto previsto dalla definizione comunitaria, ed anche in correlazione alla nozione di imprenditore di cui all’art. 2082 c.c. Ci si è domandati quale fosse il significato di espressioni quali “preesistenza” e “conservazione dell’identità” e se fosse necessario trasferire un complesso produttivo attivo o soltanto esistente ma non funzionante (l’azienda “inerte”) e così via.

In questa sede, ovviamente, è impossibile analizzare in modo approfondito tutte le questioni descritte. Qui va sottolineato, peraltro, che a mio giudizio la definizione comunitaria, con il riferimento ai “mezzi organizzati” (che è la sintesi di alcuni indici giurisprudenziali della CGE) sembra far riferimento ad un insieme di strutture materiali ed uomini (e, quindi, ad una nozione “pesante” di azienda) piuttosto che ad una definizione “leggera” di organizzazione a forte componente lavorativa o con tecnologie “immateriali”. La fattispecie nazionale sembra riferirsi, invece, alla nozione di imprenditore di cui all’art. 2082 c.c. e richiama autorevoli interpretazioni della dottrina commercialistica secondo la quale impresa ed azienda sono due realtà inscindibili⁹¹. La disposizione, pertanto, dovrebbe consentire di racchiudere in essa tutti i tipi di strutture produttive (ivi inclusa quella caratterizzata dalla preponderante importanza quantitativa e qualitativa del fattore umano).

Va detto, peraltro, che i problemi teorici connessi alla concreta individuazione dell’“attività economica organizzata” possono essere risolti in base agli orientamenti della Corte di Giustizia. In tale ambito, numerose sentenze della CGE hanno affermato che, in linea generale, l’esistenza di

⁸⁸ Cgce 18.3.1986, *Spijkers*, causa C – 24/85, FI, 1989, IV, 11.

⁸⁹ Le sentenze della CGE non hanno utilizzato la nozione di “mezzi organizzati”, che peraltro è una definizione sintetica degli indici enucleati dalla Corte per individuare il concetto di “entità economica” (v. *infra* in questo §).

⁹⁰ Romei 2003, 54.

⁹¹ Esse, infatti, sono la risultante della combinazione del profilo soggettivo dell’esercizio delle attività e di un profilo oggettivo, consistente nel complesso dei beni e rapporti che consentono l’esercizio di tale attività: Oppo 1976, 591 ss.; Id. 1992, 56; Jaeger 1966, 772 ss.

un trasferimento di una struttura imprenditoriale o di parte di essa deve essere valutato in base ad una pluralità di indici, quali il tipo di impresa o di stabilimento, la cessione di elementi materiali come gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tale attività. Si è specificato, inoltre, che tali elementi non debbono essere considerati isolatamente ma in modo complessivo e che, soprattutto, l'importanza da attribuire ai singoli criteri varia necessariamente a seconda dell'attività esercitata o dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa (o in parte di essa)⁹². Si è aggiunto, in tale ambito, che in determinati settori in cui l'attività produttiva si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che svolga stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica e si deve necessariamente ammettere che essa conservi la sua identità qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificatamente destinato dal predecessore a tali compiti⁹³. Le conclusioni a cui è pervenuta la Corte sono certamente caratterizzate da un certo grado di empiria e di stretto collegamento con i casi pratici analizzati. Tuttavia, gli indici delineati hanno un grado di approssimazione certamente non inferiore a quelli enucleati dalla nostra giurisprudenza in tema di subordinazione e, soprattutto quando si traducono in orientamenti consolidati, possono costituire un valido criterio di identificazione della fattispecie.

Il "vincolo comunitario" in precedenza descritto e la necessità di leggere la normativa nazionale con una interpretazione "adeguatrice" consentono di giungere alle seguenti conclusioni: se l'azienda richiede per la sua attività mezzi produttivi consistenti (macchine, attrezzature ecc.), il trasferimento presuppone il passaggio ad un nuovo imprenditore sia degli apparati, sia del personale addetto. Solo per quelle produzioni dove l'elemento del personale ha rilievo determinante e le strutture materiali sono inesistenti o svolgono un ruolo secondario, il trasferimento di un gruppo di lavoratori che svolgano stabilmente un'attività comune può costituire l'ipotesi normativa prevista dall'art. 2112 c.c. La valutazione, ovviamente, deve essere effettuata caso per caso, in relazione alle caratteristiche dell'attività produttiva, al peso che in essa svolgono gli *assets* patrimoniali e materiali, i dipendenti, i beni immateriali e così via. E non va dimenticato, tra l'altro, che la giurisprudenza europea che valorizza anche la sola componente dell'organizzazione del lavoro è riferita ad imprese di pulizie o ad altri servizi dove gli apparati e le attrezzature sono assai limitati o non sono messi a disposizione dal cedente ma da un terzo⁹⁴.

⁹² Cgce 13.11.1997, *Suzen*, causa C – 13/95, RIDL, 1998, II, 656 ss.; Cgce 20.11.2003, *Abler*, causa C – 340/01, punti 32, 33 e 34; Cgce 25.1.2001, *Likenne*, causa C – 172/99, punti 33 ss.; Cgce 10.11.1998, *Hidalgo*, punti 26, 29, 30, 31, 32; Cgce 10.12.1998, *Hernandez Vidal*, cause C – 127/96, C – 229/96 e C – 74/97, punti da 26 a 32; Cgce 24.6.2002, *Temco*, causa C – 51/00, punti da 23 a 25; Cgce 2.12.1999, *Allen*, causa C – 234/98, punti da 26 a 29 e molte altre. La quantità delle decisioni emesse è tale da consentire di parlare di un indirizzo interpretativo consolidato. E non è un caso che l'Avvocato Generale Maduro, nelle conclusioni del 27.01.05 (*Celtec*, causa C – 47/03), affermi che si tratta di una "giurisprudenza costante".

⁹³ Cgce 13.11.1997, *Suzen*, causa C – 13/95, RIDL, 1998, II, 656 ss.; Cgce 2.12.1999, *Allen*, causa C – 234/98; Cgce 25.1.2001, *Likenne*, causa C – 172/99; Cgce 24.6.2002, *Temco*, causa C – 51/00 ed altre: anche in questo caso si può parlare di giurisprudenza costante.

⁹⁴ In relazione alle imprese di pulizie v. le sentenze *Suzen*, *Hernandez Vidal*, citate nella precedente n. 25, e Cgce 14. 4.1994, *Schmidt*, causa C – 392/92 (tra l'altro riferita alla successione in un appalto di pulizie con un solo dipendente!). Nella sentenza *Watson Rask*

La giurisprudenza nazionale afferma la necessità di operare la lettura dell'art. 2112 in base alla "interpretazione adeguatrice" rispetto alla disciplina comunitaria ed alle sentenze della CGE (qualificate come il "diritto comunitario vivente": Cass. 30.12. 2003 n. 19842)⁹⁵. Inoltre, in relazione al ramo di azienda, si è sostenuto che "può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare 'know how' (o, comunque, dall'utilizzo di 'copyright', brevetti, marchi etc.)..."⁹⁶. Il principio indicato è, a maggior ragione, estensibile all'intera azienda che abbia caratteristiche *labour intensive* nel senso già spiegato.

L'art. 2112 c.c. prevede che l'attività economica organizzata deve essere "preesistente al trasferimento" e deve conservare, dopo il passaggio ad altro titolare, "la propria identità". La norma, evidentemente, vuole garantire che venga trasferita una struttura già esistente e definita nelle sue caratteristiche principali (tipo di produzione, apparati destinati alla sua realizzazione, lavoratori addetti, organizzazione del lavoro e dell'attività e così via) e senza che il cedente o il cessionario possano modificare l'assetto produttivo, che deve rimanere immutato prima e dopo l'operazione economica⁹⁷. Le caratteristiche indicate sono coerenti con l'art. 1 della direttiva 2001/23/CE, che richiede che l'entità economica conservi nel trasferimento "la propria identità". La Corte di Giustizia ha interpretato questa dizione asserendo che la conservazione presuppone che il nuovo titolare dell'impresa prosegua o riprenda l'attività produttiva svolta dal precedente imprenditore e che, quando l'entità economica coincide con un gruppo di lavoratori, il subentrante, come si è già detto, continui l'attività e riassuma il personale prima occupato⁹⁸. In sostanza queste decisioni lasciano intendere che è essenziale che il complesso aziendale trasferito rimanga inalterato e continui la sua produzione, in modo da garantire la continuità occupazionale dei dipendenti addetti e la conservazione dei loro diritti. In tale ambito, dunque, sembra che l'art. 2112 c.c. sia, in questa parte della disposizione, conforme alla disciplina europea ed impedisca, all'atto del trasferimento, operazioni di segmentazione o il mutamento dell'impresa da trasferire. La disciplina nazionale introduce la nozione di "preesistenza" che non è presente in quella europea. Si è osservato che la conservazione dell'identità logicamente presuppone che ciò che viene "conservato" già esista⁹⁹, con un'osservazione sicuramente condivisibile. D'altra parte l'interpretazione della CGE prima descritta è coerente con l'idea che il mutamento nella titolarità dell'entità economica riguardi una struttura imprenditoriale già esistente e che continui la sua attività. La "preesistenza" dell'attività economica organizzata, letta anche alla luce della giurisprudenza europea, non è altro che un elemento esplicativo e rafforzativo della "conservazione dell'identità".

(Cgce 12.11.1992, causa C – 209/91, Racc. 1992, I, 5755) il trasferimento d'azienda riguarda il subentro nella gestione di una mensa, nella quale l'appaltatore utilizza le strutture materiali (locali ed attrezzature) messe a disposizione dal committente.

⁹⁵ Sull'interpretazione adeguatrice v. le sentenze della Cassazione citate nella precedente n. 7 a cui *adde* Cass. 30.12.2003 n. 19842.

⁹⁶ Cass. 10.1.2004 n. 206. Si vedano anche le sentenze citate *infra* nella n. 46.

⁹⁷ Novella, Vallauri 2005, 198 (a cui si rinvia per l'indicazione di numerose sentenze della CGE che ribadiscono tale principio in relazione alla normativa comunitaria. V. anche le decisioni citate nella successiva n. 31).

⁹⁸ Cgce 26.5.2005, *Celtec*, causa C- 478/03, punto 34; Cgce 24.1.2002, *Temco*, causa C – 51/00, FI, 2002, IV, 146 – 147; Cgce 25.1.2001, *Liikenne*, causa C – 172/99, punto 38; Cgce 26.9.2000, *Mayeur*, causa C – 175/99, punto 44; Cgce 2.12.1999, *Allen*, causa C – 234/98, punti 28 e 29; Cgce 10.12.1998, *Hernandez Vidal*, cause C - 127/96, C - 229/96, C – 747/97, punti 31 e 32; Cgce 10.12.1998, *Hidalgo*, cause C – 173/96 e C – 247/96, punto 32; Cgce 11.3.1997, *Suzen*, causa C – 13/95, RIDL, 1998, II, 657 – 658; Cgce 7.3.1996, *Merckx*, cause C – 171/94 e C – 172/94, punto 16 ed altre ancora.

⁹⁹ Cester 2004b, 52; Romei 2005, 304.

La lettura della disciplina nazionale sopra descritta, effettuata alla luce delle interpretazioni espresse dalla CGE, consente di affermare che la disciplina dell'art. 2112 relativa alla definizione di intera azienda trasferibile è coerente con quella europea. In questo caso, in sostanza, la normativa nazionale non introduce deroghe migliorative o peggiorative ma rispecchia il contenuto della direttiva per quanto attiene le caratteristiche della "entità economica" o della "attività economica organizzata", in relazione alla "conservazione dell'identità" e così via.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia può essere utile anche per risolvere altri problemi. Il primo riguarda la possibilità di costituire un'intera azienda che prima non esisteva per poi procedere (contestualmente o immediatamente dopo) al suo trasferimento ad altro soggetto. La soluzione del problema dipende dal fatto se la preesistenza vada intesa in senso cronologico o funzionale. Se cioè preesista qualsiasi cosa sia in atto immediatamente prima del trasferimento o se, invece, è necessario che l'entità oggetto della cessione abbia una sua "storia" e quindi una sua consistenza imprenditoriale che già esista da tempo. La Corte europea ha affermato che la "conservazione dell'identità" "si desume in particolare dal fatto che la gestione dell'impresa sia stata effettivamente proseguita o ripresa"¹⁰⁰. A me sembra che si possa "proseguire" o "riprendere" soltanto qualcosa che aveva una struttura e delle caratteristiche già consolidate e non un'entità che sia stata determinata *ad hoc* immediatamente prima dell'operazione economica e che di fatto non abbia mai operato (perché in questo caso non si "prosegue" o "riprende" ma si "inizia" un'attività produttiva che prima non esisteva). Pertanto l'operazione sopra indicata non dovrebbe essere consentita.

Altra questione è quella della possibilità di trasferire un'azienda non attiva al momento della cessione (l'azienda "inerte"). La dottrina commercialistica ammette che la nozione di azienda prescindere da una concreta attività imprenditoriale in corso¹⁰¹. Inoltre la definizione comunitaria e quella nazionale fanno riferimento ad elementi strutturali che non necessariamente richiedono un'organizzazione attiva¹⁰². Tuttavia vi sono state opinioni diverse da parte dei giuslavoristi¹⁰³. Anche in questo ambito un contributo fondamentale alla soluzione del problema può essere dato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. La CGE, infatti, nella decisione che per la prima volta ha enucleato il concetto di "entità economica" si è occupata di un caso in cui è stata trasferita un'attività che era completamente cessata, rilevando come tale aspetto non avesse importanza fondamentale, perché era al contrario essenziale "stabilire, in un caso come quello di specie, se sia stata alienata un'entità economica ancora esistente" e cioè se "la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare con le stesse attività economiche o con attività analoghe"¹⁰⁴. La giurisprudenza successiva ha ripreso questi concetti¹⁰⁵, da cui si può desumere

¹⁰⁰ Cgce 12.11.1992, *Watson Rask*, causa C – 209/91, punto 19. Si rinvia alle sentenze *Celtec*, *Allen*, *Suzen*, *Merckx*, *Hernandez Vidal* citate nella n. 31, a cui *adde* Cgce 18.3.1986, *Spijkers*, causa C – 24/85, Racc., 1986, 1119; Cgce 14.4.1994, *Schmidt*, causa C – 392/92, Racc., 1994, 1311 (ad altre ancora).

¹⁰¹ Romei 2005, 297 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

¹⁰² Le nozioni utilizzate nella direttiva 2001/23/CE ("entità economica", "insieme di mezzi organizzati") e nell'art. 2112 ("attività economica organizzata") fanno pensare a strutture produttive potenzialmente idonee a svolgere in futuro un'attività (Carabelli, Veneziani 1999, 105; Bavaro 2006, 240 ss.; Grandi 1972, 271 ss.) e non ad organizzazioni "attive".

¹⁰³ Ad es. Santoro Passarelli G. 2003, 195.

¹⁰⁴ Cgce 18 marzo 1986, *Spijkers*, causa C - 24/85.

¹⁰⁵ Si vedano le sentenze citate nella precedente nota 31.

che la cessione dell'entità economica non richiede un'azienda che in quel momento sia attiva, perché "riprendere" un'attività implica che essa non era necessariamente in corso al momento del trasferimento. Le stesse sentenze, peraltro, hanno affermato che tra i vari indici da considerare vi è anche quello della "durata di un'eventuale sospensione di tale attività"¹⁰⁶. Secondo la Corte europea, dunque, sembrerebbe che il concreto funzionamento dell'azienda al momento del trasferimento non sia necessario, ma che la durata del periodo di inattività possa avere una sua importanza per valutare se ci si trovi, in effetti, nell'ipotesi prevista dall'art. 1 della direttiva. Va detto, peraltro, che il rilievo della "sospensione" è stato ribadito dalle sentenze in modo automatico e senza che le varie decisioni si trovassero in presenza di casi specifici inerenti alla cessione di un'azienda inerte. Mi sembra, dunque, di poter affermare che l'unico vero precedente che debba essere preso in considerazione è la causa *Spijkers* e che da essa si debba desumere che l'azienda "inerte" possa rientrare nell'ipotesi del 2112¹⁰⁷, in coerenza, tra l'altro, con le definizioni contenute nella direttiva e nella disposizione del codice civile, che hanno le caratteristiche in precedenza descritte. In realtà, una soluzione equilibrata che tenga conto dei principi desumibili dalla sentenza *Spijkers* e dal successivo orientamento consolidato della Corte di Giustizia potrebbe essere quella secondo la quale l'inattività dell'azienda da trasferire non è di per sé un ostacolo all'applicazione della direttiva e dell'art. 2112 c.c., a condizione, peraltro, che tale inattività non si prolunghi tanto nel tempo da escludere che si sia in presenza di un complesso di beni organizzato e potenzialmente idoneo all'esercizio di un'attività economica. In sostanza occorre che il blocco della produzione non perduri così a lungo da eliminare qualsiasi capacità dell'azienda di svolgere le sue funzioni ordinarie per obsolescenza dei macchinari, delle tecnologie, dei sistemi organizzativi e così via.

Altro problema è quello dei limiti all'iniziativa economica privata che scaturiscono dal requisito della conservazione dell'identità. Quest'ultima, infatti, implica che la struttura produttiva trasferita mantenga inalterate le proprie caratteristiche. In questo modo si conserva il rapporto organizzativo preesistente tra lavoratori ed azienda e si realizza la finalità principale della direttiva (la conservazione dei diritti già goduti ed il divieto di peggiorare, per effetto del trasferimento, le condizioni di lavoro). Tuttavia, un simile limite viene a condizionare il diritto del cedente di modificare o riorganizzare l'impresa e verrebbe a costituire una violazione della libertà di iniziativa economica privata prevista dall'art. 41 Cost., garantita anche a livello comunitario. Va detto, peraltro che l'interpretazione della direttiva da parte della Corte di Giustizia può aiutare a risolvere il problema. Le sentenze, infatti, prevedono che il subentrante potrà esercitare la stessa attività o attività analoghe a quelle del cedente o potrà svolgere soltanto alcune tra quelle effettuate dal precedente titolare dell'impresa¹⁰⁸. La giurisprudenza europea, dunque, pone come unico limite

¹⁰⁶ Cfr. le sentenze nella nota 31.

¹⁰⁷ Nella sentenza CGE del 1986 vi era stata la riassunzione di tutti i dipendenti in precedenza occupati tranne *Spijkers* ed un collega e il primo chiedeva di tornare a lavorare con il subentrante. Ovviamente l'applicazione della direttiva (e della legge nazionale) presuppone che, a fronte di un'azienda inattiva, i lavoratori non siano stati tutti licenziati prima del trasferimento e per ragioni diverse dal mutamento nella titolarità dell'attività economica organizzata (come potrebbe accadere nel caso di prolungata inattività dell'azienda).

¹⁰⁸ Cgce, sentenza *Celtec* (citata a n. 31), punto 34; Cgce 19.9.1995, *Rygaard*, causa C- 48/94, punti 15 e 16; Cgce 18.3.1986, *Spijkers*, causa C 24/85, punto 12; Cgce 2.12.1999, *Allen*, causa C – 234/98, punti 23 e 26; Cgce 11.3.1997, *Suzen*, causa C – 13/95, punto 14; Cgce 10.12.1998, *Hidalgo*, cause C – 173/96 e C – 274/96, punto 29; Cgce 26.9.2000, *Mayeur*, causa C – 175/99, punti 49 e 52 e molte altre (giurisprudenza costante).

la conservazione del tipo di produzione da realizzare, consentendo, tra l'altro, anche in questo caso delle variazioni (perché sarà sufficiente anche effettuare soltanto attività "analoghe" o parte di quelle svolte in precedenza). Non vi è, dunque, alcun limite organizzativo: il cessionario potrà riorganizzare completamente l'impresa, in base alle proprie scelte e convenienze, per proseguire o riprendere le medesime attività o alcune di esse od altre similari¹⁰⁹. D'altra parte, trascorso un ragionevole periodo di tempo dopo il trasferimento (che è ovviamente del tutto indeterminato e che dovrà essere valutato caso per caso), il subentrante sarà libero non solo di modificare l'organizzazione ma di cambiare *integralmente* e non solo parzialmente l'attività, riconvertendo la sua azienda a produzioni completamente diverse. In caso contrario, infatti, si determinerebbe una lesione del suo diritto di proprietà e di gestione dell'impresa del tutto incompatibile con i principi del libero mercato sanciti a livello europeo e nazionale. Il lavoratore che nei tre mesi successivi al trasferimento subisce una "sostanziale modifica" delle proprie condizioni di lavoro può risolvere il rapporto per giusta causa. La "modifica sostanziale" potrà anche essere connessa a mutamenti organizzativi che si riflettano in modo rilevante sulla sua posizione in azienda (ad es., in relazione alle mansioni, alla posizione gerarchica). Questa disciplina dimostra che la "conservazione dell'identità" non impedisce di incidere sull'organizzazione dell'impresa dopo il trasferimento, lasciando al lavoratore penalizzato dalla riorganizzazione soltanto la possibilità di interrompere il vincolo contrattuale per responsabilità del datore di lavoro.

La disciplina nazionale e quella comunitaria introducono nozioni quali la "preesistenza" o la "conservazione della identità" che presuppongono una valutazione temporale non sempre agevole. Un'azienda è "preesistente" se esiste da tre o sei mesi, un anno? E per quanto tempo dopo il trasferimento essa deve "conservare l'identità"? In mancanza di precisi riferimenti tutto è rimesso alla valutazione dell'interprete, che ovviamente deve essere coerente con le finalità della normativa, ma che comunque non esclude un'evidente discrezionalità che rende ancora più incerto il quadro normativo. Una delle nozioni indicate, tra l'altro, pone un presupposto che condiziona la realtà dell'impresa anche dopo il trasferimento. È questo il caso della "conservazione dell'identità" che, se non rispettata successivamente all'operazione economica, potrebbe renderla illegittima (con tutte le annesse conseguenze sui rapporti di lavoro). Sarebbe stato più semplice identificare l'azienda (o l'impresa) solo in base ad elementi esistenti al momento del trasferimento e senza alcun riferimento alle sue vicende successive. E se la preoccupazione era quella di garantire l'inerenza dei rapporti di lavoro all'organizzazione trasferita (per impedire che si interrompesse il nesso tra essi), questa finalità avrebbe potuto essere realizzata sul piano della disciplina e delle tutele, senza necessità di operare sulla definizione di azienda trasferibile.

4. Segue. Il ramo di azienda

A questo punto si può passare all'analisi di uno degli elementi più controversi e dibattuti della materia, consistente nel concetto di ramo d'azienda. Su tale nozione si è aperto un vivace dibattito, che non dipende solo dal fatto che la disciplina ha subito due recenti riforme (con i d.lgs. 18/2001 e 276/2003), ma che si spiega soprattutto perché il trasferimento del ramo costituisce

¹⁰⁹ In tempi recenti la Cassazione ha confermato il potere del cessionario di riorganizzare l'azienda trasferita, affermando che "può configurarsi come trasferimento d'azienda anche la cessione di singole unità produttive della medesima azienda, purché abbiano una propria autonomia organizzativa e funzionale, *anche se una volta inserite nell'impresa cessionaria restino assorbite, integrate e riorganizzate nella più ampia struttura di quest'ultima* (corsivo nostro)...": Cass. 1.12.2005 n. 26196. Conf. Cass. 10.1.2004 n. 206; Cass. 23.7.2002 n. 10761 ed altre.

uno degli strumenti principali per realizzare le esternalizzazioni. Con questo termine, come è noto, si indica quel fenomeno di segmentazione produttiva con il quale l'impresa, per mezzo di contratti commerciali, decentra ad altri soggetti attività o funzioni produttive più o meno importanti, al fine di concentrarsi sul *core business*. Il trasferimento di una parte dell'azienda costituisce una delle forme tipiche dei processi di *outsourcing*, con i quali si cedono ad altri imprenditori interi settori aziendali. L'operazione, oltre a consentire all'impresa di riorganizzarsi nel modo ritenuto più efficace, garantisce all'imprenditore, dal punto di vista del diritto lavoro, altri numerosi vantaggi. In primo luogo, infatti, il passaggio dei dipendenti avviene senza necessità del consenso dei lavoratori interessati (ma su tale aspetto v. *infra* § 7). Inoltre, l'impresa diminuisce l'organico senza essere condizionata dai limiti formali e sostanziali imposti dalla disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi. Questa situazione, anche quando non abbia finalità elusive e corrisponda ad esigenze oggettive delle imprese che si ristrutturano per fronteggiare le pressioni competitive in un mercato globalizzato, ha determinato una vera e propria "eterogenesi dei fini" dell'art. 2112 c.c.¹¹⁰. Una disposizione pensata per tutelare i diritti dei lavoratori nel caso di sostituzione del soggetto titolare dell'organizzazione diventa uno strumento per ridurre le tutele o, comunque, per "aggirare" normative inderogabili. Tale aspetto diventa di particolare rilievo soprattutto se si considera la finalità protettiva che è propria della direttiva comunitaria e deve quindi essere tenuto in considerazione quanto si interpreta la normativa.

Il primo problema da analizzare è quale sia il significato da attribuire alla nozione di "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata", che è formulazione introdotta con il d.lgs. 18/2001 e che non è stata modificata dalla riforma del 2003. In giurisprudenza si sono formati due orientamenti. Secondo il primo l'articolazione trasferita deve costituire una "piccola azienda" composta da attrezzature, macchinari e lavoratori¹¹¹, con il richiamo, in alcuni casi, della "nozione commercialistica di azienda ai sensi dell'art. 2555 cc"¹¹². Altre decisioni, invece, hanno ritenuto che può "configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare "know how" ..." ¹¹³. In coerenza con l'orientamento ormai consolidato della Corte di Giustizia europea e con il "vincolo interpretativo comunitario" non vi è dubbio che il secondo orientamento è quello che deve essere accolto. Tuttavia, sempre secondo la CGE, il gruppo di lavoratori costituirà un "ramo" soltanto nelle attività *labour intensive*, dove le attrezzature ed i macchinari o sono inesistenti od hanno un rilievo del tutto secondario rispetto alle competenze dei lavoratori, secondo orientamenti che sono stati fatti propri anche dalla nostra giurisprudenza¹¹⁴. Il che può avere conseguenze di non scarso rilievo soprattutto nelle ipotesi di funzioni o servizi interni (gestione paghe e contributi, servizi amministrativi ecc.) che spesso vengono assunti come ipotesi tipiche di trasferimento di parti dell'azienda composte soltanto da dipendenti. A mio giudizio l'art. 2112 non consente queste operazioni eco-

¹¹⁰ Perulli 2003, 476; Santoro Passarelli 2005, 16; Id. 2004, 16.

¹¹¹ Cass. 17.10.2005 n. 20012; Cass. 25.10.2002 n. 15105; Cass. 23.10.2002 n. 14961.

¹¹² Cass. 17.10.2005 n. 20012.

¹¹³ Cass. 17.6.2005 n. 13068; Cass. 10.1.2004 n. 206; Cass. 22.7.2002 n. 10701; Cass. 23.7.2002 n. 10761; Cass. 15.11.2002 n. 16155; Cass. 14.12.2002 n. 17207.

¹¹⁴ Le sentenze, infatti, fanno riferimento ai "settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza": Cass. 10.1.2004 n. 206; Cass. 15.11.2002 n. 16155; Cass. 14.12.2002 n. 17207.

nomiche, come si spiegherà in seguito. Tuttavia, anche se non si volesse aderire a questa impostazione, non vi è dubbio che, ad esempio, se il servizio “paghe e contributi” richiede, oltre ai dipendenti, attrezzature di ufficio (mobili, sedie, schedari), strumenti di lavoro (computers) e beni immateriali (software applicativo), il trasferimento implicherà la cessione anche di questi apparati materiali, che costituiscono strutture non secondarie ma essenziali per lo svolgimento dell’attività lavorativa.

Sempre in coerenza con la giurisprudenza europea “requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall’art. 2112 c. resta comunque, anche in siffatte ipotesi, l’elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili...”¹¹⁵. La necessità del vincolo organizzativo trova, infatti, un suo fondamento nelle decisioni della Corte di Giustizia europea. In esse, quando si prospetta la possibilità di trasferire anche soltanto un gruppo di dipendenti, vi è un preciso riferimento alla continuazione dell’attività espletata in precedenza ed alla necessità di riassumere lavoratori che, per numero e competenze, siano in grado di proseguirla. Si tratta di affermazioni che sottolineano il necessario coordinamento tra produzione di beni e servizi e prestazioni lavorative (perché i lavoratori devono avere professionalità che consentano di svolgere proprio quella attività che viene a continuare). D’altra parte queste affermazioni della giurisprudenza comunitaria sono coerenti con la definizione europea e quella nazionale, che sottolineano come nell’azienda trasferita il vincolo organizzativo abbia carattere determinante (si parla, infatti, di “mezzi organizzati” e di “attività economica organizzata”). Non è possibile, dunque, trasferire dipendenti che non siano tra loro legati da esigenze di organizzazione del lavoro e dell’attività produttiva.

La definizione nazionale ha introdotto il concetto di “articolazione funzionalmente autonoma” che non è presente nella direttiva. Il legislatore italiano ha inteso enfatizzare l’autonomia del ramo da trasferire, nel senso che esso, dal punto di vista funzionale (e cioè dello scopo produttivo perseguito dalla frazione dell’attività economica organizzata) deve essere come una “piccola azienda”, capace di una sua vita autonoma. Si tratta di un elemento che, a mio giudizio, restringe la nozione di parte dell’azienda trasferibile e costituisce, quindi, una disposizione di miglior favore sicuramente legittima, in coerenza con quanto già detto in precedenza (v. *retro* § 2). Si è affermato che difficilmente un struttura organizzativa può essere totalmente autonoma rispetto all’intera azienda, perché “un segmento produttivo, quand’anche concettualmente autonomo, fa parte di un unico complesso imprenditoriale (e quindi) i nessi di interdipendenza con le altre attività aziendali sono tali da rendere problematica la individuazione di una compiuta (e non solo potenziale) autonomia funzionale”¹¹⁶. L’affermazione è solo parzialmente vera, perché la correlazione tra le varie strutture, indubbiamente esistente, non esclude che una relativa autonomia

¹¹⁵ Cass. 10.1.2004 n. 206; Cass. 17.6.2005 n. 13168 ed altre.

¹¹⁶ De Luca Tamajo 2002, 32.

tra esse sia sempre configurabile¹¹⁷. Va detto, peraltro, che mi sembra condivisibile la tesi secondo cui “l’autonomia funzionale” è collegata alla capacità della “frazione” di produrre autonomamente un bene od un servizio, piuttosto che all’assenza di qualsiasi collegamento con le altre parti dell’azienda¹¹⁸. Non vi è dubbio che, inteso nel senso indicato, “l’articolazione” implica una autonomia nella realizzazione del fine produttivo ed una coerenza organizzativa interna dei suoi componenti che deve essere particolarmente accentuata rispetto alla nozione meno “forte” espressa dalla direttiva (che si limita ad enunciare il concetto di “parte di imprese o di stabilimenti”). E tale connotazione deve necessariamente influenzare l’interprete quando valuta le caratteristiche del ramo trasferito.

Altra questione connessa è se la parte dell’organizzazione complessiva che viene ceduta possa coincidere con mere funzioni o servizi interni (quelli informatici, la gestione amministrativa del personale, le attività amministrative o contabili, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, il marketing, il controllo di gestione e così via). Oppure se, al contrario, il ramo coincida con una unità produttiva dell’azienda che sia in grado di esaurire – pro quota – la produzione del bene o del servizio (ad es. un supermercato in una società che ne gestisce quattro identici) o che svolga un’attività strumentale ma essenziale per la realizzazione del prodotto finito (come nel caso di un reparto assemblaggio in un’impresa manifatturiera). La tesi prevalente in dottrina è quella che ritiene che la dizione dell’art. 2112 c.c. consenta il trasferimento anche di servizi interni¹¹⁹. In tale ambito la formulazione letterale della disposizione sembra confermare tale opinione perché, ad esempio, il reparto gestione del personale è una frazione autonoma (nel senso già spiegato) di un’attività economica organizzata capace di realizzare, come prodotto finito, uno specifico servizio. Inoltre questa tesi non trova ostacoli nella giurisprudenza comunitaria. Quest’ultima, infatti, ha sempre riguardato casi di trasferimento di intere aziende o di parti di esse idonee a realizzare, integralmente o parzialmente, il fine produttivo dell’impresa e non si è mai trovata ad affrontare la questione della trasferibilità delle funzioni aziendali in precedenza descritte. Da questo punto di vista, dunque, la giurisprudenza europea non pone “vincoli interpretativi” rispetto alla disciplina nazionale e alla soluzione del problema.

La mia opinione sul punto, tuttavia, è diversa da quella espressa dalla dottrina prevalente. In primo luogo la lettura del ramo di azienda inclusiva dei servizi aziendali, formalmente ineccepibile sul piano letterale, segna una cesura con la nozione di intera azienda. Infatti, se l’attività economica organizzata è il *tutto* il cui mutamento di titolarità determina l’applicazione dell’art. 2112, “l’articolazione funzionalmente autonoma dell’attività economica organizzata” è qualificata come “parte dell’azienda” dalla norma del codice civile e presuppone, quindi, una relazione *funzionale*

¹¹⁷ De Luca Tamajo (2002, 32 – 33) ammette che l’autonomia sussiste per i servizi complementari o marginali (ad es. mensa e manutenzione) o per quelli che, pur se più “intrinseci” al ciclo produttivo, presentano una sufficiente separatezza concettuale ed organizzativa (servizi informatici, personale), mentre nega che tale requisito sia presente “quando il segmento ceduto inerisce alla tradizionale attività produttiva dell’impresa cedente, sino ad apparirne parte inscindibile, o da presentare con essa stretti nessi logistici e funzionali”. In realtà, per quanto forti possano essere i rapporti di integrazione, ciascun settore, ufficio o reparto aziendale è caratterizzato da un *certo grado di* autonomia, connessa al carattere peculiare e specialistico delle attività ivi svolte che ne giustifica l’esistenza quale frazione dell’azienda (che altrimenti non sarebbe operativa).

¹¹⁸ Romei 2003, 596; Maresca 2001, 596; Della Rocca 2001, 588.

¹¹⁹ Si vedano, per tutti, Romei 2003, 62 ss.; Cester 2004a, 267; De Luca Tamajo 2002, 29.

con l'attività imprenditoriale della struttura produttiva complessiva. Le funzioni interne, pur essendo astrattamente definibili come settori capaci di eseguire un servizio, rispetto alla capacità produttiva *finale* dell'azienda non sono una "parte del tutto", ma soltanto strutture organizzative che non esauriscono il ciclo produttivo né concretano produzioni parziali ma strumentalmente necessarie alla realizzazione del prodotto finale. Esse, in sostanza, sono "parti dell'azienda" solo dal punto di vista materiale (perché ne costituiscono una frazione) ma non da quello funzionale nel senso spiegato¹²⁰. Queste considerazioni sono rafforzate da un'ulteriore argomento. Nella direttiva, oltre alla indicazione delle "parti di imprese o di stabilimenti", si specifica che l'entità economica va intesa come "insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria (corsivo nostro)". L'inclusione delle attività accessorie consente di ricomprendere nella definizione tutti i settori che non hanno una connessione strumentale diretta con le produzioni dell'impresa e quindi anche i servizi interni in precedenza descritti¹²¹. L'art. 2112, al contrario, non contiene alcun riferimento al carattere accessorio dell'attività e, quindi, le mere funzioni aziendali non sono prese in considerazione. La legge italiana, in sostanza, ha inteso restringere la nozione di parte dell'azienda, escludendo le attività interne e consentendo soltanto il trasferimento di una frazione dell'impresa che abbia una connessione diretta con il mercato (con la produzione completa di un bene o di un servizio) o che sia in grado di svolgere attività...non accessorie appunto (come quelle poste in essere da settori dell'azienda che concretano una fase della produzione o che realizzano componenti – cioè produzioni parziali – che vanno ad inglobarsi nel prodotto finale). Ovviamente la individuazione delle frazioni di azienda che abbiano le caratteristiche indicate deve essere effettuata in relazione alle caratteristiche di ciascuna organizzazione, perché non vi è dubbio che ciò che può essere accessorio in un'impresa non possa essere considerato tale in un'altra. L'art. 2112 è in questa parte difforme dalla norma comunitaria. Tuttavia la disposizione, nel restringere la nozione di ramo d'azienda e nel ridurre le ipotesi di segmentazione dell'impresa, limita le possibilità di trasferire i contratti di lavoro senza il consenso dei dipendenti interessati (v. *infra* § 7) ed introduce un trattamento di miglior favore sicuramente legittimo per le ragioni già spiegate (v. § 2).

5. L'identificazione del ramo di azienda al momento del trasferimento

Un'altra questione fortemente problematica è quella della identificazione del ramo d'azienda al momento del trasferimento e della sua compatibilità con il diritto comunitario. In tale ambito va ricordato che la riforma del 2003 ha modificato radicalmente la nozione introdotta soltanto due anni prima. Sono stati eliminati i requisiti della "preesistenza" e della "conservazione dell'identità" della articolazione autonoma di un'attività economica organizzata. Inoltre è stata attribuita al cedente ed al cessionario la possibilità di "identificare" la frazione di azienda "al momento del suo trasferimento". La volontà del legislatore è quella di agevolare ulteriormente i processi di esternalizzazione e di consentire il mutamento della titolarità non solo di strutture organizzative già esistenti ma anche di quelle create *ad hoc*, in funzione dell'operazione economica. La riforma

¹²⁰ In questo caso, in sostanza, la funzionalità deve essere valutata in rapporto al prodotto finito e non in connessione con qualsiasi attività dell'impresa. In tale ambito, il reparto gestione paghe svolge un servizio che è funzionale all'attività dell'impresa in senso generale ma non ha una correlazione diretta e necessaria con il prodotto finale.

¹²¹ Si veda, ad es. Cgce 12.11.1992, *Watson Rask*, causa C – 209/91, che espressamente conferma che è proprio il riferimento alle attività accessorie contenuto nella direttiva che consente di subordinare alla sua disciplina anche il trasferimento di "un servizio dell'impresa, quale una mensa", e cioè di un servizio "senza rapporto di necessità con il suo oggetto sociale".

è stata effettuata anche tenendo in considerazione alcune decisioni della Cassazione, che si erano occupate di vicende connesse alla costituzione di veri e propri settori aziendali creati allo scopo di procedere al loro trasferimento. In particolare alcune decisioni hanno affermato che era escluso che “un ramo di azienda possa essere disegnato e identificato solo al momento del trasferimento in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, consegnati ad un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente - ancorché vero imprenditore e non semplice interposto di manodopera - sarebbe posto in condizione di modificare liberamente le preesistenti condizioni di lavoro (contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro, ecc.)”¹²². Il d.lgs. 276/2003 ha inteso consentire quelle operazioni che, in base al precedente testo, la Cassazione non riteneva possibili¹²³.

Prima di analizzare la nuova disciplina, ci si deve chiedere se le innovazioni introdotte, dirette a facilitare le esternalizzazioni anche di servizi e funzioni interne come quelle di cui si erano occupate le sentenze della Cassazione, escludano la possibilità dell'interpretazione da me proposta, secondo la quale il mutamento della titolarità non può riguardare settori aziendali con queste caratteristiche. In realtà, la riforma, al di là delle intenzioni politiche perseguite, non mi sembra sia tale impedire la tesi da me sostenuta. Infatti, questa ricostruzione si basa sulla nozione di “articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata”, che è rimasta immutata, e sul riferimento, contenuto nella direttiva ed assente nella disciplina nazionale, alla trasferibilità anche di attività “accessorie”. Si tratta di elementi che non sono stati modificati dalla riforma e che quindi non influenzano quanto si è cercato di argomentare. Questo non significa negare le novità conseguenti al d.lgs 276/2003. Il ramo d'azienda avrà i caratteri in precedenza delineati (una unità organizzativa che realizzi la produzione completa di un bene o di un servizio o che svolga una fase necessaria e strumentale di un ciclo produttivo integrale). Tuttavia, questa articolazione funzionalmente autonoma potrà anche non preesistere ed essere al contrario individuata al momento dell'operazione economica.

Si tratta di una novità di non poco conto che attribuisce notevole spazio all'autonomia individuale dei protagonisti dell'operazione economica. Un'autonomia che, come è evidente, può danneggiare in modo consistente le posizioni dei lavoratori. Per tale ragione, sono state subito affacciate alcune interpretazioni finalizzate a ridurre gli spazi operativi del cedente e del cessionario. Si è detto, ad esempio, che il termine “identificare” non equivale a “costituire” il ramo d'azienda, che deve essere qualcosa di già esistente¹²⁴ e che l'eliminazione del requisito della preesistenza non ha rilievo, perché “è intrinseco alla nozione legale di articolazione funzionalmente autonoma”¹²⁵. In realtà il termine “identificare” ha vari significati e tra questi può essere incluso anche quello di determinare gli elementi costitutivi di un qualcosa di radicalmente nuovo. E questo contenuto semantico è certamente il più coerente con la volontà del legislatore del 2003 di ampliare l'autonomia dei soggetti nel costituire il ramo d'azienda da trasferire. D'altra parte, se è vero che la

¹²² Cass. 25.10.2002 n. 15105, FI, 2003, I, 118; conf. Cass. 15.11.2002 n. 16155.

¹²³ In tempi recenti si è riaffermato che, in base alla disciplina anteriore alla riforma del 2003, non era consentito alla “volontà dell'imprenditore” di “unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario), al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda, rendendo applicabile la relativa disciplina sulla sorte dei rapporti di lavoro”: Cass. 17.10.2005 n. 20012.

¹²⁴ Bavaro 2006, 247; Cester 2004a, 266 (a questi autori si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹²⁵ Bavaro, 2006, 250.

nozione di “articolazione funzionalmente autonoma” limita il potere delle parti che devono costruire una struttura potenzialmente idonea a svolgere attività produttiva, questo non implica che essa debba necessariamente essere “preesistente”. È chiaro, infatti, che cedente e cessionario potranno individuare un segmento dell’impresa che, pur avendo le caratteristiche organizzative necessarie a produrre un bene od un servizio, sia del tutto nuovo e non abbia alcuna relazione con quanto esisteva in precedenza.

In realtà i protagonisti dell’operazione economica vedono notevolmente ampliati i propri margini di manovra. Essi, infatti, potranno creare *ex novo* una struttura organizzativa che prima non sia mai stata attiva e che presenti “un’attitudine, anche solo potenziale, allo svolgimento di un’attività economica”¹²⁶, magari utilizzando i servizi logistici ed amministrativi esistenti presso il cessionario o creati *ad hoc*¹²⁷. Il ramo potrà essere ricavato dalla azienda esistente mediante la scomposizione di reparti o frazioni dell’organizzazione del cedente e potrà essere destinato anche a svolgere attività diverse da quelle effettuate presso l’impresa a cui appartenevano. Questo “assemblaggio” potrà essere realizzato mediante l’aggregazione di strutture che, nell’azienda cedente, non avevano una vera e propria capacità produttiva, che viene ad essere conquistata soltanto al momento della sua costituzione¹²⁸. L’ “identificazione” trova tuttavia alcuni limiti. In primo luogo occorre che si tratti di una struttura produttiva che abbia legami organizzativi interni tra uomini, attrezzature e macchinari o, nel caso di azienda “dematerializzata”, tra i vari dipendenti e, quindi, in relazione alla organizzazione del lavoro. È necessario poi che essa abbia attitudini produttive (sotto il profilo funzionale) che siano tali da renderla idonea allo svolgimento di un’attività economica. L’aggregazione di uomini o mezzi (o di soli lavoratori) privi di questi nessi organizzativi o che non concretino una reale capacità produttiva non potranno essere considerati come “parte dell’azienda”, perché mancherebbe la “articolazione funzionalmente autonoma di un’attività economica organizzata”. Infine, la struttura identificata dalle parti dovrà essere in grado di svolgere un intero ciclo produttivo o comunque di realizzare fasi necessarie per la sua attuazione (in relazione, ovviamente, alle esigenze economiche del cessionario) e, per le ragioni già spiegate in precedenza, non potrà coincidere con un mero servizio o funzioni accessorie destinate a svolgere tali compiti presso il subentrante (gestione paghe e contributi; attività informatiche; marketing e così via).

Si tratta, a questo punto, di valutare la coerenza della nuova disciplina con la normativa comunitaria. La prevalenza di quest’ultima, infatti, impone di verificare se il nuovo art. 2112 sia conforme con la direttiva e, in caso di risposta negativa, se sia possibile con “l’interpretazione adeguatrice” sanare l’eventuale contrasto. Va ricordato che il requisito della “preesistenza” non è contenuto nella direttiva e che, quindi, la sua eliminazione, non dovrebbe comportare problemi. Tuttavia, si è già detto che la “conservazione dell’identità” necessariamente richiede la esistenza preventiva di ciò che viene trasferito e che le stesse sentenze della Corte di Giustizia si riferiscono al mutamento nella titolarità di una entità economica che rimanga inalterata nella sua struttura. Per superare il problema si potrebbe tentare di seguire un diverso percorso interpretativo. Si potrebbe

¹²⁶ Novella, Vallauri 2005, 194.

¹²⁷ Novella, Vallauri 2005, 194; Cester 2004b, 57.

¹²⁸ Maresca 2004, 394 ss.

affermare che la fonte comunitaria richiede soltanto che la parte di impresa conservi la propria identità *dopo* il trasferimento: nulla impedirebbe, dunque, che le parti possono individuare *immediatamente prima* dell'operazione economica la struttura organizzativa da trasferire e che essa, successivamente, mantenga inalterata l'identità. Tuttavia, l'interpretazione che la Corte europea ha fornito del concetto di conservazione dell'identità (che presuppone “che la gestione dell'impresa sia stata effettivamente proseguita o ripresa”)¹²⁹ non consente di giungere a queste conclusioni. Le sentenze, infatti, lasciano chiaramente intendere che ciò che deve essere trasferito deve preesistere già da tempo, perché fanno riferimento ad una attività che “prosegue” o “riprende”. Al contrario, ciò che viene costituito *ad hoc* immediatamente prima dell'operazione economica è un'organizzazione che “inizia *ex novo*” la produzione di un bene o di un servizio e non “continua” - questo è il senso delle affermazioni della CGE – quanto già realizzato in precedenza.

D'altra parte, la non conformità alla direttiva si manifesta anche nella mancata previsione che il ramo d'azienda conservi l'identità successivamente al trasferimento. Pur non dimenticando i problemi connessi a tale requisito (v. *retro* § 3), senza dubbio questa omissione determina un ulteriore insanabile conflitto con la fonte europea, anche in considerazione della “centralità” attribuita dalla CGE alla “conservazione dell'identità”, che viene qualificato come elemento fondamentale di identificazione della fattispecie. Non mi sembra, dunque, che il contrasto tra disciplina nazionale e comunitaria possa essere risolto in via interpretativa e che conseguentemente vi sono gli estremi per il rinvio dinanzi alla Corte di Giustizia per far accertare i profili di non corretta attuazione della direttiva¹³⁰.

La giurisprudenza, in alcune sentenze recenti, non sembra aver preso in considerazione le innovazioni introdotte dalla riforma del 2003, riprendendo concetti che erano già stati espressi quando era in vigore la precedente formulazione dell'art. 2112 c.c.¹³¹. In senso contrario si è affermato che queste decisioni dimostrerebbero che, per la Suprema Corte, le modifiche introdotte dall'art. 32 del d.lgs. 276/2003 sarebbero del tutto irrilevanti¹³². In realtà, le fattispecie esaminate erano tutte anteriori alla riforma ed in esse, oltretutto, non vi è alcun riferimento alla nuova disciplina del trasferimento di ramo d'azienda. Non è, quindi, possibile attribuire a queste sentenze il valore di una presa di posizione nel senso della “irrilevanza” della nuova disciplina. Tra l'altro, la Cassazione, con la sentenza 22.03.2006 n. 6292, ha deciso un caso nella consapevolezza della riforma introdotta dall'art. 32 ed ha affermato che “il frazionamento di un preesistente ramo d'azienda, destinato a prestare assistenza logistica ad altri rami, ed il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro di parte dei dipendenti ad esso addetti, esperite le necessarie consultazioni sindacali, non sembra in contrasto con le finalità e la lettera dell'art. 2112 c.c.”. In questo caso, dunque, la Corte sembra ammettere la creazione al momento del trasferimento della parte di azienda da trasferire. Mentre non risulta che la Cassazione abbia affrontato il problema della compatibilità della nuova disciplina con la direttiva, nel senso sopra spiegato. Su tali questioni occorrerà verificare i futuri sviluppi della giurisprudenza nazionale.

¹²⁹ Si rinvia alle sentenze citate nelle note 31 e 33.

¹³⁰ Novella, Vallauri 2005, 199; Santoro Passarelli G. 2005, 24 – 25.

¹³¹ Cass. 17.06. 2005 n. 13068; Cass. 17.10.2005 n. 20012.

¹³² Meucci 2005, § 2.

6. Segue. La possibilità di selezionare il personale coinvolto nel trasferimento del ramo

Un ulteriore problema assai complesso è quello della possibilità di selezionare il personale che viene trasferito con il ramo d'azienda. La illegittimità della disposizione nazionale rispetto a quella comunitaria dovrebbe rendere irrilevante la questione. La selezione dei lavoratori, infatti, presuppone che le parti possano identificare la frazione d'impresa da trasferire al momento dell'operazione economica. Se, come io affermo, questa possibilità è preclusa dalla direttiva, è evidente che il problema non sussiste. La necessità di cedere soltanto una struttura che preesiste ed abbia una sua stabilità nel tempo impone di trasferire i lavoratori che sono addetti alla articolazione funzionalmente autonoma che viene ceduta e che abbiano quel legame funzionale tra loro (se composta soltanto o prevalentemente da risorse umane) o con i mezzi e le attrezzature necessari già in precedenza analizzato. In tal caso, inoltre, dovranno essere trasferiti "non solo i dipendenti che prestano la loro attività esclusivamente per la produzione di beni e servizi del ramo, ma anche quelli che prestano un'attività lavorativa prevalente in favore di detto ramo" (Cass. 6.12.2005 n. 26668). Tuttavia la nuova formulazione dell'art. 2112 è tutt'altro che espunta dal nostro ordinamento e, quindi, il problema della scelta dei dipendenti ha una sua attualità.

Anche da questo punto di vista la nuova disciplina incrementa in modo considerevole i poteri delle parti che danno vita all'operazione economica. Se, infatti, il ramo viene creato *ex novo*, il preesistente legame organizzativo tra lavoratori e parte dell'azienda ceduta non è più un criterio selettivo valido. Il cedente, che prima del trasferimento è titolare del potere direttivo ed organizzativo avrà ampia discrezionalità nello scegliere i lavoratori da adibire al segmento da trasferire¹³³, soprattutto in coerenza con le esigenze manifestate dal cessionario.

Tuttavia questo potere di scelta incontrerà alcuni limiti. Il primo è quello del divieto di discriminazioni, oggi ulteriormente esteso, che vieterà adibizioni dovute a ragioni sessuali, politiche, sindacali e così via¹³⁴. Inoltre, la selezione dovrà essere effettuata nel rispetto dei criteri di correttezza e buona fede¹³⁵ e per ragioni di carattere eminentemente produttivo: non sarà possibile, quindi, adibire lavoratori soltanto perché in cassa integrazione o affetti da eccessiva morbilità e così via¹³⁶. I lavoratori da trasferire, poi, dovranno avere quei legami organizzativi (tra dipendenti, nelle organizzazioni *labour intensive*, o tra questi e le strutture materiali od immateriali) che consentano di affermare che si sia in presenza di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata¹³⁷. In questo ambito la Cassazione, dopo aver ribadito il concetto di autonomia del segmento di impresa¹³⁸, ha specificato che "se per ramo di azienda si intende un complesso di beni e di persone organizzato per la produzione di specifici beni o servizi, nel suo trasferimento non possono non restare coinvolti, in tutto o in parte, anche i beni del personale che prestavano l'indispensabile assistenza alla specifica produzione, anche se nell'organizzazione

¹³³ Si rinvia, sul punto, alle situazioni ipotizzate da Novella, Vallauri 2005, 196 e Maresca 2004, 397.

¹³⁴ Novella, Vallauri 2005, 196; Carabelli, Veneziani 1999, 132; Perulli 2003, 481; Romei 2003, 65; Maresca 2004, 397.

¹³⁵ Maresca 2004, 397.

¹³⁶ Perulli 2003, 481.

¹³⁷ Infatti "l'esistenza di un nesso organizzativo all'interno del segmento trasferito... di per sé esclude che possa integrare gli estremi di un trasferimento d'azienda la cessione di un fascio di rapporti di lavoro tra loro poco o nulla collegati, ovvero la cessione di segmenti organizzativi non idonei allo svolgimento di un'attività economica": Romei 2003, 65.

¹³⁸ L'autonomia va individuata "nella organizzazione di beni e persone al fine della produzione di determinati beni materiali o particolari servizi per il conseguimento di specifiche finalità produttive dell'impresa": Cass. 22.3.2006 n. 6292.

aziendale facevano parte di una struttura a sé stante” (Cass. 22.3.2006 n. 6292). Un'affermazione che conferma l'inevitabile nesso organizzativo che deve sussistere tra i lavoratori e la struttura che viene trasferita e l'illegittimità della cessione di dipendenti che non sono funzionalmente collegati ad essa.

Una delle manifestazioni di questo rapporto funzionale è costituito dal legame necessario tra professionalità e competenze del personale e ramo da trasferire. In tale ambito l'adibizione di un lavoratore che non abbia le qualità professionali necessarie potrà essere contestata per la mancanza di un rapporto organizzativo tra il dipendente e l'attività oggetto dell'operazione economica (perché egli concretamente non sarebbe in grado di lavorare nel segmento dell'azienda trasferito). Inoltre, il potere direttivo del cedente dovrà essere esercitato nel rispetto del principio della tutela della professionalità previsto dall'art. 2103 c.c. Pertanto, anche se il dipendente fosse astrattamente in grado di svolgere i nuovi compiti, potrebbe non esservi il requisito della equivalenza, soprattutto se questa non viene intesa genericamente come “uguale valore professionale”, ma come necessità di essere adibiti a mansioni che consentano l' “utilizzo o, addirittura, l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto”¹³⁹. Le nuove mansioni che gli vengono richieste, infatti, non risponderebbero alle caratteristiche indicate.

I limiti descritti, ovviamente, condizionano la selezione del personale ed anche la possibilità per le parti (tramite il potere direttivo del cedente) di includere alcuni dipendenti per ragioni del tutto “personali” (connesse, ad esempio, alla maggiore o minore capacità, diligenza ecc.). Le scelte, infatti, che non siano motivate dalle esigenze organizzative o professionali prime descritte e che troverebbero fondamento *soltanto* nelle caratteristiche individuali del lavoratore sarebbero certamente illegittime. Inoltre, a parità di condizioni tra più candidati tutti ugualmente idonei, la loro individuazione dovrebbe essere effettuata in base a correttezza e buona fede e con un parametro “oggettivo ed uniforme e, per questo, verificabile”¹⁴⁰.

Si pone il problema se, in questi casi, nonostante la mancanza di coerenza organizzativa tra mansioni ed attività produttive o la violazione dell'art. 2103 (o di altre disposizioni inderogabili), tuttavia vi sarebbe ugualmente il passaggio del contratto di lavoro in capo al cessionario o se, al contrario, vi sia soltanto una tutela risarcitoria¹⁴¹. A mio giudizio l'effetto traslativo non si verifica e per ragioni diverse. Nell'ipotesi in cui vengono adibiti lavoratori inidonei, per la propria professionalità, a svolgere i compiti assegnati e necessari per la produzione di beni o servizi, tra i dipendenti e l'articolazione funzionalmente autonoma verrebbero a mancare gli indispensabili nessi organizzativi e, quindi, si sarebbe in presenza della cessione di rapporti di lavoro non coordinati con la struttura produttiva, in violazione dell'art. 2112 c.c.¹⁴². Se, invece, il cedente ha selezionato per il segmento da trasferire dei lavoratori che siano con esso coerenti sotto il profilo organizzativo, ma con un'assegnazione effettuata in violazione del principio dell'equivalenza o con atti discriminatori (o con la lesione di altri diritti), il potere direttivo da lui esercitato sarebbe nullo per

¹³⁹ Cass. 12.4.2005 n. 7453; Cass. 11.4.2005 n. 7351; Cass. 30.7.2004 n. 14666 (giurisprudenza costante).

¹⁴⁰ Maresca 2004, 398.

¹⁴¹ Quest'ultima è la tesi sostenuta da Novella, Vallauri 2005, 197, per violazione dell'art. 2103 c.c.

¹⁴² In questo caso, in sostanza, mancherebbe la fattispecie prevista dall'art. 2112 c.c. e il potere direttivo, anche se esercitato legittimamente, non escluderebbe che si sarebbe al di fuori dell'ipotesi prevista dalla disposizione.

contrasto con norme inderogabili. Ne deriva, in tutte le situazioni descritte, l'illegittimità dell'adibizione del lavoratore alla frazione di azienda da trasferire e la mancanza dell'effetto traslativo del contratto individuale di lavoro (perché è come se il dipendente non avesse mai concretamente fatto parte dell'articolazione autonoma ceduta).

I limiti analizzati operano anche nel caso di esclusione di uno o più lavoratori dal ramo di azienda da trasferire. Il cedente, infatti, potrà spostare un lavoratore dalla frazione di impresa identificata dalle parti per mantenerlo nella propria struttura produttiva. Anche in questo caso l'esercizio del potere direttivo sarà soggetto al divieto di dequalificazione o di comportamenti discriminatori, e non potrà svolgersi in contrasto con norme a tutela del lavoratore (ad es. imponendo una riduzione della retribuzione, una modifica *in pejus* delle condizioni contrattuali ecc.). Inoltre, se comporterà il passaggio ad altra unità produttiva, dovrà essere coerente con quanto previsto dall'art. 2103 cod. civ. in tema di trasferimento¹⁴³.

L'inclusione o l'esclusione dei lavoratori potrà determinare una modifica dell'assetto del ramo da trasferire che incide sulla sua funzionalità. In questo caso è necessario che, nonostante le modifiche nella composizione del personale, il segmento dell'impresa conservi quei nessi organizzativi interni che ne fanno una vera e propria articolazione autonoma. Se così non fosse, infatti, non vi sarebbe la fattispecie prevista dall'art. 2112 e l'operazione economica sarebbe illegittima, anche se l'esercizio del potere direttivo del cedente avesse rispettato le condizioni in precedenza descritte. In sostanza, il potere di selezione dei lavoratori da inserire o da rimuovere dal ramo e l'influenza che esso esercita sull'assetto organizzativo della parte di azienda da trasferire operano su piani diversi (anche se spesso l'uno condizionato dall'altro) e devono essere considerati separatamente in relazione anche alle discipline giuridiche di riferimento in base alle quali valutare la loro legittimità.

A parte il problema dell'eventuale dissenso dei lavoratori, che sarà successivamente esaminato (v. *infra* § 7), resta da comprendere quale sia lo spazio per eventuali accordi individuali tra il cedente e singoli lavoratori per essere esclusi dal ramo d'azienda e quale sia il ruolo dell'autonomia collettiva in materia. Si immagini, ad esempio, che, dopo l'individuazione della articolazione autonoma e prima del trasferimento, il cedente concordi con uno (o più) dipendenti l'esclusione dalla frazione dell'azienda coinvolta nell'operazione economica. Oppure che una tale esclusione sia conseguente ad un accordo collettivo raggiunto nel corso della procedura di consultazione sindacale prevista dall'art. 47 della legge 428/1990.

Per valutare la legittimità di queste pattuizioni è necessario verificare se la continuazione del rapporto di lavoro presso il cessionario è un effetto automatico ed indisponibile derivante dall'inderogabilità dell'art. 2112 c.c. O se, al contrario, si tratta di una indisponibilità "unilaterale", che opera soltanto nei confronti del subentrante nella titolarità dell'azienda o del ramo. Quest'ultima tesi mi sembra più fondata. Essa trova sostegno, in primo luogo, nella formulazione letterale del comma 1 dell'art. 2112, secondo il quale "in caso di trasferimento d'azienda", e cioè *quando esso si verifica*, "il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano". Dunque la continuazione del contratto e il mantenimento delle posizioni giuridiche da un lato presuppongono l'effettuazione dell'operazione economica (e non hanno effetto

¹⁴³ Su tali aspetti si rinvia a Cass. 24.1.1991, n. 671, RIDL, 1991, II, 678 ss. (ed a Lambertucci 1991, 678 ss.); Piccinino 2000, 669 ss.; Carabelli 1995, 50 – 51; Lepore 2006, 1204.

vincolante *prima* del trasferimento), dall'altro operano *soltanto* nei confronti del subentrante. A ben vedere, inoltre, questa é la finalità specifica della normativa nazionale ed europea, che intendono garantire la continuità dell'occupazione e la conservazione dei diritti e degli obblighi *dopo* il trasferimento - quando concretamente vi possono essere i pregiudizi per i lavoratori - senza prendere in considerazione, per tali aspetti, le vicende antecedenti all'operazione economica. D'altra parte, se l'effetto della continuità del rapporto fosse indisponibile anche per il cedente si potrebbe arrivare ad un paradosso: dopo aver individuato con il cessionario il ramo da trasferire e prima della cessione, l'imprenditore ancora titolare dei rapporti di lavoro non potrebbe, con il proprio potere direttivo, spostare alcuni dipendenti inclusi nella articolazione autonoma, perché altrimenti si verrebbe ad incidere sulla continuità giuridica dei rapporti presso il cessionario. Inoltre, si dovrebbe ritenere che anche il potere di licenziamento per ragioni diverse dal trasferimento (espressamente previsto dal comma 4 dell'art. 2112) non potrebbe essere più esercitato nei confronti dei lavoratori inseriti nel ramo, in evidente contrasto con la disposizione di legge e con la stessa disciplina della direttiva 2001/23/CE (art. 4).

L'insieme delle considerazioni descritte consente di affermare che la continuità del rapporto e la conservazione dei diritti sono effetti indisponibili che scaturiscono soltanto dopo il trasferimento ed unicamente nei confronti del cessionario. Pertanto, gli accordi individuali e collettivi stipulati prima dell'operazione economica con i quali si prevede la esclusione di alcuni lavoratori sono certamente legittimi. I contratti collettivi, a cui la giurisprudenza riconosce il potere di escludere alcuni lavoratori dal ramo di azienda da trasferire¹⁴⁴, non possono essere considerati come accordi gestionali, perché non incidono su diritti individuali indisponibili dei lavoratori coinvolti¹⁴⁵. Essi, inoltre, hanno un'efficacia generalizzata, che si estende anche ai non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti. In questo caso, infatti, analogamente a quanto accade per i criteri di scelta dei licenziamenti per riduzione del personale, il contratto collettivo condiziona il potere direttivo del cedente nella adibizione o meno di determinati lavoratori all'interno del ramo da trasferire. L'accordo, dunque, che non svolge alcuna funzione normativa in senso tradizionale, condiziona l'esercizio di un potere unilaterale del cedente che é efficace nei confronti di tutti i lavoratori dell'impresa e quindi, per tale ragione, si applica necessariamente a tutti i dipendenti coinvolti, a prescindere dalla loro appartenenza o meno alle organizzazioni sindacali.

Ovviamente, gli accordi individuali o collettivi potrebbero modificare l'assetto organizzativo del ramo di azienda da trasferire e renderlo, di fatto, tale da non poter essere considerato come un articolazione funzionalmente autonoma. In questo caso, peraltro, si è già spiegato che l'operazione sarebbe illegittima per violazione dell'art. 2112 ed a prescindere dalla piena legittimità delle pattuizioni contrattuali stipulate.

7. La rilevanza o meno del consenso del lavoratore

La necessità o meno del consenso del lavoratore nel caso di trasferimento ha dato vita ad un consistente dibattito dottrinario ed a numerosi interventi della giurisprudenza. La questione non aveva in passato sollevato problemi particolari, perché si riteneva che il passaggio del lavoratore dall'azienda del cedente a quella del cessionario fosse un effetto automatico scaturente dall'art.

¹⁴⁴ Si veda, sul punto, Cass. 30.8.2000 n. 11422, ADL, 2000, 789 ss.; Piccinino 2000, 669 ss.

¹⁴⁵ In tal senso anche Lepore 2006, 1204, ma in base alla diversa considerazione che il contratto collettivo non dispone dei diritti, ma fissa, alla stessa stregua dell'accordo stipulato ai sensi dell'art. 5 l. 223/1991, i criteri per la scelta dei lavoratori da trasferire.

2112 c.c. Il trasferimento del contratto trovava giustificazione nell'inerenza del rapporto all'organizzazione trasferita e nel fatto che in tal modo si garantiva la possibilità di cessione dell'azienda, assicurando al titolare originario ed al subentrante il mantenimento del valore del complesso aziendale, costituito, appunto, da uomini e mezzi. Inoltre, si manteneva la conservazione dei diritti dei lavoratori presso il nuovo imprenditore, in una situazione che lasciava inalterata la posizione giuridica e sostanziale dei dipendenti interessati¹⁴⁶. La vicenda è molto diversa nelle esternalizzazioni di parti dell'azienda realizzate tramite l'art. 2112, che, in sede di individuazione del ramo, consente di aggregare strutture che modificano il precedente assetto organizzativo (con facoltà, quindi, di mutare la posizione dei lavoratori). Inoltre, nel caso di cessione di meri servizi interni, vi sarà la possibilità di trasferire automaticamente il rapporto di lavoro ad imprenditori specializzati, con i possibili effetti negativi sulle posizioni dei singoli lavoratori interessati che sono stati già analizzati¹⁴⁷. L'insieme di questi elementi ha portato al tentativo di rivalutare il consenso del lavoratore quale condizione di operatività del trasferimento del contratto individuale di lavoro, per impedire od ostacolare i processi di frammentazione dell'impresa descritti. D'altra parte, la questione ha assunto una sua rilevanza anche in altre realtà europee, come dimostra la disciplina esistente in Germania, dove si sancisce espressamente il diritto del lavoratore di opporsi al trasferimento¹⁴⁸. Il problema, certamente complesso, deve essere risolto in base sia alla disciplina nazionale che a quella comunitaria, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Per quanto attiene alle norme del codice civile, non vi è dubbio che l'art. 2112 cc. regola un'ipotesi speciale di successione legale nella titolarità del rapporto di lavoro che deroga al principio, previsto dall'art. 1406 ss. c.c., secondo cui la cessione del contratto richiede il consenso del contraente ceduto¹⁴⁹. Anche se, a seguito del trasferimento, il contratto passa al cessionario, e si realizza, dunque, un effetto simile a quello previsto dall'art. 1406, si è in presenza di istituti diversi. In quest'ultimo caso le parti intendono cedere l'accordo negoziale (ed è questa la finalità specifica dell'operazione)¹⁵⁰, mentre nell'altra ipotesi vogliono trasferire una organizzazione a cui ineriscono determinati contratti che seguono la sorte della azienda e senza che il contraente ceduto possa opporsi. La diversità nelle funzioni delle due operazioni economiche spiega la peculiarità della disciplina dell'art. 2112 ed anche di quella dell'art. 2558 c.c., che rispecchia, in generale e per l'intera azienda, la medesima finalità. Quest'ultima disposizione, infatti, per unanime orientamento dottrinario e giurisprudenziale, determina una successione *ope legis* nei contratti d'impresa a seguito del trasferimento di azienda con una deroga all'art. 1406 c.c. In questo caso "la

¹⁴⁶ La cessione dell'intera azienda o di un ramo di essa – inteso in senso tradizionale di stabilimento od unità produttiva – non alterava "significativamente (non più di quanto potesse avvenire in forza di evoluzioni degli assetti organizzativi presso il cedente) le condizioni di inserimento professionale, le prospettive di stabilità occupazionale, gli equilibri di potere collettivo, l'area di applicazione dei trattamenti contrattuali": Scarpelli 2004, 97.

¹⁴⁷ V. *retro* § 4. Su tali aspetti si rinvia, per tutti, a Scarpelli 1999, 491 ss.; Id. 2004, 92 ss.; Perulli 2003, 474 ss.; Romei 2005, 294 ss., Cester 2004b, 48 ss. (a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche); De Angelis 2005, 126 ss.

¹⁴⁸ Perulli 2003, 485. In tal caso il lavoratore rimane presso il cedente e potrà essere licenziato "solo in presenza di una giustificazione diversa dal trasferimento" (Perulli 2003, 485).

¹⁴⁹ Su tali aspetti si rimanda, per tutti, a Romei 1993, 20, 73 ss.; Grandi 2005, 429 ss.

¹⁵⁰ L'art. 1406 c.c. regola un negozio di cessione (Cass. 15.3.2004 n. 5244) che ha "ad oggetto la trasmissione di quel complesso unitario di situazioni giuridiche attive e passive che derivano per ciascuna delle parti dalla conclusione del contratto" (Cass. 2.6.2000 n. 7319).

successione nei contratti si attua, a norma dell'art. 2558, indipendentemente dal consenso del terzo contraente"¹⁵¹. Il confronto tra le due disposizioni dimostra che l'art. 2112 è norma *speciale* rispetto all'art. 2558¹⁵². Le due norme, infatti, disciplinano entrambe la medesima fattispecie, perché la prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario (art. 2112, comma 1) implica necessariamente che quest'ultimo subentri nella titolarità del rapporto di lavoro e realizza quindi la successione "nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda" che è prevista dall'art. 2558. Il rapporto di specialità, inoltre, è rinvenibile anche nel raffronto tra il comma 2 di quest'ultima disposizione ed il secondo periodo del comma 4 dell'art. 2112. Entrambi, infatti, regolano la possibilità del recesso del terzo contraente per giusta causa, con un semplice adattamento della regola dettata dal 2558 alla disciplina lavoristica, sia sotto il profilo delle condizioni che legittimano il recesso (il mutamento sostanziale di posizione del dipendente), sia per il riferimento all'art. 2119 c.c. Il carattere di specialità della norma lavoristica comporta l'applicazione della medesima regola prevista in generale per i contratti d'impresa. Il cessionario subentrerà automaticamente nei rapporti di lavoro di lavoro, senza che abbia rilevanza se essi, come richiede l'art. 2558, siano o meno *intuitus personae*¹⁵³. Inoltre, vi sarà un effetto automatico di successione legale che, come nel caso della disciplina generale, prescinde dal consenso del contraente ceduto.

Il quadro normativo delineato, che in relazione alla disciplina lavoristica non ha subito innovazioni per effetto delle riforme introdotte nel 2001 e nelle 2003, è stato contrastato sotto diversi profili, tutti finalizzati a cercare di valorizzare la volontà dei lavoratori nei processi di esternalizzazione. Una prima tesi è quella che si fonda su una certa lettura della direttiva europea da parte della CGE (su cui si tornerà in seguito) e sulla mancanza di una disciplina nazionale coerente con le prescrizioni della Corte di Giustizia. In questo contesto, si è affermato che in via interpretativa si potrebbe sostenere che il consenso del lavoratore non sarebbe necessario soltanto nel caso di trasferimento dell'intera azienda, mentre tale requisito sarebbe indispensabile nella cessione del ramo (a meno che l'operazione non produca effetti positivi per il lavoratore interessato)¹⁵⁴. Questa tesi, in realtà, è confutata dalla formulazione letterale dell'art. 2112, che, in relazione a questo aspetto, non fa nessuna distinzione tra trasferimento dell'intera azienda o di una sua articolazione funzionalmente autonoma¹⁵⁵. Tra l'altro, anche la direttiva europea contiene una disciplina unitaria sia per il trasferimento dell'intera impresa che di parti di essa, e la particolare interpretazione della direttiva che è stata assunta dalla CGE in tema di opposizione del lavoratore all'operazione (v. *infra*) non prevede alcuna distinzione a seconda che sia coinvolta l'intera azienda o una sua

¹⁵¹ Galgano 2004, 98.

¹⁵² La tesi, oltre che da Grandi 2005, 427 – 428 (che peraltro sottolinea l'autonomia dell'art. 2558 rispetto all'art. 2112) è sostenuta da vari autori (si rinvia, per le indicazioni bibliografiche, a Romei 1993, 76). In generale sul concetto di norma speciale v., per tutti, Quadri 1974, 304; Guastini 1998, 236 ss.

¹⁵³ L'art. 2558, infatti, non si applica in caso di successione di contratti di carattere prevalentemente personale. Si potrebbe discutere se il lavoro subordinato sia tra quelli con tali caratteristiche, perché la giurisprudenza lo ha escluso in relazione alle attività di un avvocato (Cass. 25.7.1978 n. 3728) e di un agente di commercio (Cass. 16.5.2000 n. 6351), che sono, ovviamente, contratti con prestazioni strettamente legate alla persona del contraente. L'art. 2112 non prevede il limite dell'*intuitus personae* ed elimina ogni dubbio sul punto.

¹⁵⁴ Perulli 2003, 487.

¹⁵⁵ De Angelis 2005, 131.

frazione. Vi sono dunque elementi letterali e sistematici che impediscono di accogliere questa opinione.

Un altro autore ha cercato di individuare il fondamento della necessità del consenso del lavoratore al trasferimento in alcune norme costituzionali (art. 4, commi 1 e 2, art. 35, comma 1, art. 41, comma 2), che garantirebbero la libertà contrattuale “e il rifiuto della mercificazione del lavoro”¹⁵⁶.

In realtà, le norme della Costituzione indicate non sembrano poter essere utilizzate per negare la legittimità dell'art. 2112 c.c. Il primo comma dell'art. 4 Cost. è disposizione rivolta ai pubblici poteri, che non crea posizioni di tutela diretta a favore dei privati e non incide sul regolamento normativo dei rapporti di lavoro. Infatti, anche se il diritto al lavoro è un “fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa”, tale diritto impone all'ordinamento giuridico di non introdurre condizioni che restringano irragionevolmente l'accesso al lavoro (salva la necessità di tutela di interessi generali), ed obbliga le istituzioni a promuovere condizioni di piena occupazione¹⁵⁷. D'altra parte, anche in una lettura della disposizione quale fonte di posizioni giuridiche soggettive a favore del lavoratore¹⁵⁸, la “scelta e (il) modo di esercizio dell'attività lavorativa” attengono al *contenuto* del lavoro e non alla selezione del contraente (il datore di lavoro)¹⁵⁹. Il comma 2 dell'art. 4 Cost., secondo l'opinione assolutamente prevalente, non pone una vera e propria norma giuridica ma un mero “dovere morale”¹⁶⁰ e comunque esprime una libertà di scelta del lavoro secondo il significato sopra delineato. Anche l'art. 35, comma 1, Cost., ritenuto uno sviluppo dell'art. 4, comma 1¹⁶¹ e con la finalità di garantire forme di tutela che rimuovano gli ostacoli che impediscono l'eguaglianza sostanziale dei lavoratori (art. 3, comma 2, Cost.)¹⁶², è una “norma di principio che non apporta una specifica tutela del lavoratore, ma demanda al legislatore, in concreto, la disciplina per la protezione delle varie forme di attività lavorative”¹⁶³. Da essa “non si possono trarre immediati criteri di risoluzione di singoli problemi concernenti i rapporti di lavoro”¹⁶⁴. La disposizione, dunque, ha

¹⁵⁶ Scarpelli 1999, 501. L'a. non ha più riaffermato successivamente questa tesi.

¹⁵⁷ C. Cost. 9.6.1965 n. 45, FI, 1965, I, 1118. Il principio secondo cui l'art. 4 Cost. non crea situazioni giuridiche azionabili dal singolo e determina obblighi solo in capo ai pubblici poteri è affermato da costante giurisprudenza (C. Cost. 26.1.1957 n. 3, FI, 1957, I, 206; C. Cost. 30.12.1987 n. 622, G cost., 1987, I, 3734; C. Cost. 23.5.1985 n. 158, FI, 1986, I, 361; C. Cost. 28.11.1986 n. 248, FI, 1987, I, 336 e molte altre) e dalla dottrina (Mazziotti 1973, 340; Mancini 1975, 199 ss.; Scognamiglio 1990, 4 ss., a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁵⁸ Cariola 2006, 115 ss.; Alessi 2004, 1 ss., 20.

¹⁵⁹ C. Cost. 9.6.1965, cit.; C. Cost. 28.4.1976 n. 84, GC, 1976, III, 259. Dunque, anche se si volessero accogliere le diverse opinioni sull'art. 4 Cost., secondo le quali questa disposizione attribuirebbe al lavoratore un diritto soggettivo perfetto, queste interpretazioni non conducono a conclusioni diverse da quelle indicate nel testo.

¹⁶⁰ Mazziotti 1973, 342; Scognamiglio 1990, 5; Cariola 2006, 127; *contra* Mancini 1975, 259, che parla di obbligo giuridico, peraltro incoercibile, di svolgere un'attività utile.

¹⁶¹ C. Cost. 9.3.1967 n. 22, G cost., 1967, I, 165; C. Cost. 27.6.1973 n. 98, FI, 1973, I, 2355; C. Cost. 15.2.1980 n. 16, G cost., 1980, I, 137. In tal senso anche Napoli 1979, 21.

¹⁶² Treu 1979, 5; Bifulco 2006, 722.

¹⁶³ C. Cost. 14.1.1986 n. 1, FI, 1986, I, 2392.

¹⁶⁴ C. Cost. 5.5.1987 n. 72, FI, 1987, I, 1680.

il valore di mero “criterio ispiratore”¹⁶⁵ dell’attività del legislatore e non attribuisce diritti immediatamente azionabili dai lavoratori. La diversa interpretazione che legge l’art. 35 Cost. come giustificativo di un vero e proprio diritto alla formazione che inerisce al contratto di lavoro¹⁶⁶ non influenza comunque la tesi qui sostenuta. In questo caso, infatti, la norma costituzionale attribuirebbe un diritto che, ancora una volta, riguarda il contenuto del contratto e non la libertà di scelta del contraente – datore di lavoro.

L’art. 41 Cost., infine, secondo un orientamento interpretativo (anche della Corte Costituzionale) tutela la libertà contrattuale¹⁶⁷, che certamente implica anche quella di selezionare la controparte. Questa tutela, peraltro, non opera in via generale, ma soltanto in rapporto a situazioni soggettive espressamente previste dalla Costituzione, come l’iniziativa economica privata o la proprietà¹⁶⁸. Il che esclude che il contratto di lavoro, che non è espressione dei due diritti indicati, possa dirsi “protetto” da questa disposizione costituzionale. D’altra parte, anche se si volesse ritenere che l’autonomia contrattuale goda di una tutela costituzionale generalizzata estesa anche al rapporto di lavoro¹⁶⁹, la libertà di scelta del contraente da parte del lavoratore può essere garantita, oltre che dal consenso dell’interessato alla cessione del contratto di lavoro, anche dalla possibilità di sottrarsi agli effetti del trasferimento ed al mutamento nella titolarità del rapporto. Questa libertà è assicurata in ogni caso dalle dimissioni che il lavoratore può rassegnare anche se non vi è una modifica sostanziale delle sue condizioni contrattuali (che legittimerebbe la giusta causa di recesso). Tale possibilità, oltre a garantire al lavoratore la scelta della controparte nel contratto, realizza anche un positivo equilibrio tra libertà contrattuale del dipendente e le esigenze economiche connesse al trasferimento della organizzazione aziendale (inclusi i contratti di lavoro), in piena coerenza con i limiti all’iniziativa economica privata previsti dal comma 2 dell’art. 41.

Mi sembra, dunque, che nelle norme costituzionali invocate dalla interpretazione qui criticata non sia possibile rinvenire un diritto del lavoratore ad esprimere il proprio consenso al trasferimento del contratto di lavoro. Inoltre la cessione automatica del rapporto di lavoro prevista dall’art. 2112 è coerente con i limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell’attuazione della disciplina protettiva del lavoratore. Infatti, la continuazione del rapporto di lavoro, la conservazione del medesimo status giuridico (salvo le modifiche derivanti dalla successione dei contratti collettivi), la responsabilità solidale per i crediti, il divieto di licenziamento motivato esclusivamente dal trasferimento, le dimissioni per giusta causa nel caso di mutamento sostanziale della propria posizione, la stessa procedura preventiva di consultazione sindacale delineano discipline individuali e collettive che sembrano del tutto coerenti con le finalità di tutela imposte

¹⁶⁵ C. Cost. 1.2.1983 n. 15, *G cost.*, 1983, I, 53.

¹⁶⁶ Alessi 2004, 12; Napoli 1997, 270.

¹⁶⁷ Galgano 1982, 3 ss.; C. Cost. 20.4.1965 n. 30, *Fl*, 1965, I, 737. *Contra* Gentili 1989, 9 ss.

¹⁶⁸ Galgano 1982, 4; Niro 2006, 852 (con ulteriori riferimenti bibliografici).

¹⁶⁹ Mazziotti 1956, 151, che riconosce nell’art. 41 Cost. il fondamento costituzionale dell’autonomia contrattuale in relazione ad ogni attività da cui possa derivare un vantaggio economico a chi la svolge. Ne consegue, quindi, che anche il contratto di lavoro potrebbe essere incluso tra quelli riconducibili a questa disposizione (che, per questo a., tutela anche il lavoro subordinato: Mazziotti 1973, 342).

dalla Costituzione. E questo anche in considerazione del necessario bilanciamento tra il diritto di iniziativa economica privata (di cui il trasferimento di azienda costituisce momento essenziale) e la protezione dei lavoratori garantita dal comma 2 dell'art. 41 e dalle altre disposizioni della Costituzione in materia di lavoro. In tale ambito, va rilevato che la Cassazione ha recentemente negato la illegittimità costituzionale dell'art. 2112 in quanto non prevederebbe l'assenso del dipendente coinvolto nell'operazione economica. La Corte, infatti, ha ritenuto che la disposizione realizza un positivo temperamento tra esigenze aziendali e tutela del lavoratore senza che sia configurabile una violazione della Costituzione¹⁷⁰.

Un'ulteriore tentativo di costruire un diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento è quello che fa scaturire questa situazione soggettiva dall'art. 1372 cod. civ. Si afferma, infatti, che la cessione dell'azienda sulla base di un contratto tra due imprenditori non potrebbe, in base alla disposizione del codice civile, avere effetti nei confronti dei terzi lavoratori¹⁷¹. Qui è facile replicare che il principio non potrebbe trovare innanzitutto applicazione in tutti i trasferimenti di azienda non effettuati con contratto ma con provvedimenti amministrativi o di natura non negoziale. Inoltre, l'art. 1372 introduce una regola generale, che può essere derogata in casi particolari, come quelli appunto disciplinati dagli artt. 2112 (per i rapporti di lavoro) e 2558 c.c. in relazione ai contratti di impresa.

La disciplina nazionale del trasferimento di azienda non consente, dunque, di legittimare la necessità del consenso del lavoratore perché si perfezioni la cessione del contratto di lavoro¹⁷². Questo principio, tra l'altro, è stato confermato dalla giurisprudenza¹⁷³, anche se, come si vedrà, vi è un indirizzo minoritario che giunge a conclusioni diverse.

Tuttavia, si è già parlato della prevalenza della disciplina comunitaria in questa materia. Si tratta di verificare adesso se, anche in base al diritto europeo, si possa affermare l'irrelevanza della eventuale opposizione del lavoratore al trasferimento.

La direttiva 2001/23/CE prevede, all'art. 3, il passaggio automatico dal cedente al cessionario dei diritti e dei doveri connessi ai contratti di lavoro e sembra stabilire, quindi, la traslazione dei rapporti di lavoro in capo al subentrante, senza necessità del consenso preventivo del lavoratore e senza possibilità di manifestare la sua opposizione. La Corte di Giustizia europea, peraltro, con alcune sentenze, ha interpretato in modo "creativo" la direttiva, enucleando una nuova "norma", assai diversa da quella scritta. Questo orientamento, in considerazione della natura "normativa" delle decisioni della CGE e dei vincoli interpretativi che ne derivano, condiziona in modo rilevante la soluzione del problema.

¹⁷⁰ Cass. 30.7.2004 n. 14670, per la quale deve "ritenersi manifestatamente infondata la q.l.c. dell'art. 2112 in quanto esso da un lato tutela il diritto del lavoratore all'esercizio della propria professionalità, nonostante le vicende traslative che possano involgere beni in cui la stessa è connessa, e dall'altro è coerente con le esigenze di ristrutturazione aziendale, rispetto alle quali gli adempimenti normalmente richiesti dall'art. 1406 c.c. in caso di cessione del contratto e la necessità del consenso del contraente ceduto concretizzano una serie di disposizioni che, per la loro rigidità, sarebbero incompatibili con le esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese, ai quali è finalizzata la normativa contenuta nell'art. 2112 c.c."

¹⁷¹ Scarpelli 1999, 501; Mazziotti 2004, 622.

¹⁷² La maggior parte della dottrina, con varie argomentazioni, nega la rilevanza del consenso del lavoratore (anche con riferimento alle recenti riforme introdotte con i d.lgs. 18/2001 e 276/2003). Per un riepilogo delle varie posizioni si rinvia a Romei 2005, 317 ss.; De Angelis 2005, 130 ss.; Lepore 2001, 181 ss.

¹⁷³ Cass. 6 dicembre 2005, n. 26668; Cass. 17 ottobre 2005, n. 20012; Cass. 12 maggio 2004, n. 9031; Cass. 10 gennaio 2004 n. 206 e le altre citate da De Angelis 2005, 129, nota 14.

Le sentenze della Corte di Giustizia hanno affermato i seguenti principi:

- a) l'art. 3, paragrafo 1, della direttiva impone che, nel caso di trasferimento di azienda o di parti di azienda, il contratto di lavoro si trasferisce al subentrante senza necessità del consenso del dipendente, dei rappresentanti sindacali del lavoratore, o del cedente o del cessionario e con regola imperativa che non può essere derogata in senso sfavorevole ai lavoratori;
- b) la disposizione, tuttavia, consente al dipendente di rifiutare che il suo contratto di lavoro sia trasferito al cessionario;
- c) “in questo caso, la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni Stato membro: o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa”¹⁷⁴.

A me sembra che, in base ai principi che regolano i rapporti tra ordinamento comunitario e quello nazionale, si possa giungere alle seguenti conclusioni. La legge italiana, nella misura in cui non disciplina gli effetti derivanti dalla possibile opposizione del lavoratore al trasferimento, non ha esercitato la facoltà regolativa che gli è stata attribuita dalle sentenze della Corte di Giustizia. Non vi è dubbio, infatti, che né nell'art. 2112, né in altra disposizione è rinvenibile una norma relativa alla possibilità di opporsi all'operazione ed alla regolazione del contratto di lavoro dopo che la volontà contraria è stata manifestata. Si è quindi in presenza di un vuoto normativo, in quanto la legge italiana non regola il diritto di opposizione, che, in base alla funzione creatrice svolta dalla giurisprudenza comunitaria, è oggi un principio immediatamente vincolante. Non va dimenticato, infatti, che la “paralisi “ dell'effetto traslativo del contratto di lavoro a seguito della manifestazione di volontà del lavoratore è una conseguenza immediata e diretta delle sentenze che scaturisce dal “valore normativo” proprio delle decisioni della CGE, che in tale ambito non lasciano alcuna discrezionalità agli Stati membri. A questi ultimi, infatti, viene consentita soltanto la possibilità di regolare gli effetti conseguenti al mancato consenso del lavoratore al trasferimento e non di escludere il diritto di opposizione e quel che ne consegue.

La disciplina italiana in questa parte è meno favorevole di quella europea ed è quindi illegittima. Essa, tuttavia, può essere corretta, con “l'interpretazione adeguatrice”, in modo da renderla coerente con quella comunitaria. In particolare, a seguito di questa “lettura correttiva”, sarà possibile sostenere che il lavoratore potrà opporsi al trasferimento. In conseguenza dell'opposizione, ed in mancanza di una disciplina espressa delle conseguenze di tale volontà, il contratto di lavoro continuerà con il cedente e non si trasferirà al cessionario¹⁷⁵. Ovviamente, il rapporto di lavoro, a questo punto, potrà anche essere risolto per effetto di un licenziamento. Tuttavia, il recesso non potrà essere motivato esclusivamente dall'esercizio del diritto di opposizione. Se così fosse, infatti, la libertà del lavoratore di esprimere o meno il proprio consenso sarebbe condizionata in

¹⁷⁴ Cgce 24 gennaio 2002, *Temco*, causa C – 51/00, FI, 2002, IV, 148 ss.; conf. Cgce 16 dicembre 1992, *Katsikas*, cause riunite C – 132/91, C – 138/91, C – 139/91, punti 31 ss.; Cgce 7 marzo 1996, *Merckx*, cause riunite C – 171/94, C – 172/94, punti 33 ss.; Cgce 12 novembre 1998, *Europièces*, causa C – 399/96, punti 37 ss.

¹⁷⁵ *Contra* Scarpelli 2004, 98, secondo il quale la mancata attuazione del diritto comunitario da parte dello Stato italiano potrebbe determinare soltanto una tutela risarcitoria. Mi sembra, tuttavia, che questa conclusione sia contraddetta dalla natura “normativa” delle sentenze della Corte di Giustizia europea (v. *retro*, testo e n. 6) e dalla precettività del principio secondo cui l'opposizione del lavoratore impedisce l'effetto traslativo del contratto dal cedente al cessionario.

modo tale da renderla del tutto ineffettiva (in contrasto con i principi enucleati dalla CGE). D'altra parte, se, per normativa nazionale e comunitaria, il trasferimento di per sé non può giustificare il licenziamento, mi sembra ragionevole affermare che analoga conclusione debba essere raggiunta per la mancanza del consenso del lavoratore, che è sempre vicenda che trova nel trasferimento la sua origine. In questo caso, in sostanza, il ricorso all'analogia, dovrebbe consentire questa interpretazione¹⁷⁶. In realtà il licenziamento sarà motivato soltanto qualora sussista un giustificato motivo oggettivo *diverso* dalla sola opposizione al trasferimento, come nel caso in cui, in conseguenza della scelta del lavoratore e del mutato assetto aziendale connesso alla vicenda traslativa, non vi siano possibilità di mantenere il dipendente nell'organico dell'impresa cedente per ragioni economiche od organizzative, né vi sia possibilità di occuparlo altrove in applicazione del principio dell'*extrema ratio* del recesso.

La possibilità di opporsi alla operazione economica, quindi, non necessariamente si potrà tradurre in un vantaggio per il lavoratore, perché la prosecuzione del rapporto con il cedente può essere preclusa dalle nuove condizioni organizzative che si realizzano presso il datore di lavoro originario. Non vi è dubbio, peraltro, che l'opzione a disposizione del dipendente amplia le sue possibilità di scelta e, se viene accolta l'interpretazione proposta sulla necessità di una ragione economica giustificativa del licenziamento diversa dall'opposizione, può rafforzare la sua posizione.

L'interpretazione sopra descritta si fonda sul presupposto che nell'ordinamento italiano esista un vuoto normativo, perché il legislatore non ha seguito le prescrizioni imposte dalla CGE e non ha quindi regolato gli effetti sul contratto di lavoro derivanti dall'esercizio del diritto di opposizione del lavoratore. Questa tesi peraltro è stata contestata. Si è affermato, infatti, che l'art. 2112, comma 4, disciplina l'ipotesi delle dimissioni per giusta causa nei confronti del cessionario e per effetto della modifica sostanziale del rapporto di lavoro. In questo modo, quindi, il legislatore avrebbe implicitamente regolato la materia e di fatto avrebbe escluso la possibilità di opposizione del lavoratore¹⁷⁷. L'interpretazione descritta può essere contestata sotto diversi profili. In primo luogo, le dimissioni per giusta causa previste dall'art. 2112 altro non sono che il recepimento di un'altra disposizione della direttiva (l'art. 4, paragrafo 2), dove espressamente si prevede che la risoluzione del rapporto ad iniziativa del lavoratore e per effetto del mutamento sostanziale della sua posizione deve essere ascritta alla responsabilità del datore di lavoro. La disciplina delle dimissioni, dunque, non può essere considerata come l'attuazione dell'art. 3, paragrafo 1, della direttiva stessa, che è la disposizione sulla quale, a giudizio della Corte europea, si fonda il diritto di opposizione del lavoratore e che impone una regolamentazione nazionale della sorte del contratto dopo che tale volontà è stata manifestata¹⁷⁸. Inoltre la giusta causa di recesso del dipendente è connessa al mutamento sostanziale della posizione del lavoratore nei tre mesi successivi

¹⁷⁶ In questa ipotesi, infatti, c'è una "lacuna" che può essere colmata con l'applicazione di altre disposizioni – l'art. 2112, comma 4, c.c. e l'art. 4, comma 1, della direttiva 2001/23/CE - che hanno la medesima *ratio* (impedire che il trasferimento determini *di per sé* il licenziamento) ed in coerenza con i principi in tema di interpretazione analogica (Cass. 24.7.1990 n. 7494; Cass. 6.7.2002 n. 9852; Cass. 23. 11.1965 n. 2404, Si vedano, sul punto, Guastini 1998, 267 ss.; Bobbio 1968, 603 ss.).

¹⁷⁷ In tal senso Cester 2003, 91; Maresca 2001, 591; Vallauri 2002, 642; De Angelis 2005, 133 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁷⁸ Perulli 2003, 487.

al trasferimento di azienda. In questo caso, dunque, si regolano vicende che riguardano la dinamica dei rapporti contrattuali tra lavoratore e cessionario *dopo* il trasferimento¹⁷⁹, in conseguenza, evidentemente, delle modifiche organizzative concretamente introdotte dal subentrante dopo l'acquisizione dell'azienda. Al contrario, il diritto di opposizione (secondo la ricostruzione effettuata dalla CGE) si esercita nei confronti del cedente ed a *prescindere* dalle modifiche che i rapporti di lavoro subiscono per effetto delle decisioni assunte dal cessionario quando il mutamento nella titolarità dell'azienda o del ramo si è ormai verificato.

In assenza, dunque, di un nuovo intervento legislativo, mi sembra si possa concludere che, in caso di opposizione del lavoratore, le conseguenze saranno quelle descritte in precedenza (mancanza del passaggio automatico del contratto dal cedente al cessionario, possibilità del licenziamento per giustificato motivo nel senso spiegato ecc.). Questo assetto della disciplina può ovviamente ridurre in modo drastico le possibilità di trasferire parti dell'azienda. Il che renderebbe opportuno una riforma della materia che regoli anche questo aspetto e che trovi un punto di equilibrio tra esigenze economiche di segmentazione dell'impresa e tutela dei lavoratori coinvolti.

La influenza della disciplina comunitaria e della interpretazione della CGE sul problema è stata presa in considerazione da alcune sentenze. Tra queste, oltre ad una decisione del Pretore di Milano del 14 maggio 1999¹⁸⁰, va segnalata Cass. 28 settembre 2004 n. 19379. Questa sentenza, in base all'interpretazione della direttiva e ad una delle più recenti decisioni in materia della Corte di Giustizia europea¹⁸¹, afferma la possibilità di opposizione del lavoratore al trasferimento e, in questo caso, la permanenza del contratto in capo al cessionario. La pronuncia, peraltro smentita da altre statuizioni successive della Suprema Corte¹⁸², non è caratterizzata da una motivazione molto lineare e non può certo essere definita come una ricostruzione puntuale e completa dell'intera problematica in coerenza con i principi espressi dalla giurisprudenza della CGE¹⁸³. La questione dunque è ancora aperta e sarà necessario verificare se questa sentenza della Cassazione avrà ulteriori sviluppi e se l'influenza della disciplina comunitaria sul diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento troverà effettivo accoglimento nel nostro sistema.

8. Il trasferimento d'azienda e la successione negli appalti

L'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003 ha escluso l'applicabilità della disciplina del trasferimento di azienda nel caso di successione in un contratto di appalto.

La norma si riferisce alle ipotesi, assai diffuse, di appalti di opere e di servizi effettuati a favore dello Stato o di altri soggetti pubblici (regioni, enti locali), nei quali l'affidamento dell'incarico avviene in genere per mezzo di procedure ad evidenza pubblica (appalto - concorso, licitazione ecc.). In queste ipotesi può accadere che, scaduto un contratto di appalto, ne venga assegnato

¹⁷⁹ Scarpelli 2004, 99; De Marchis 2001, 123.

¹⁸⁰ La sentenza (pubblicata in RCDP, 1999, 561) afferma la necessità del consenso del lavoratore proprio in coerenza con l'interpretazione della normativa comunitaria effettuata dalla CGE.

¹⁸¹ Cgce 24.1. 2002, *Temco*, causa C – 51/00, FI, 2002, IV, 148 ss.

¹⁸² V. le sentenze citate *retro* nella n. 106.

¹⁸³ Si vedano, sul punto, le osservazioni di De Angelis 2005, 130 (che peraltro sembra sottovalutare quanto affermato – seppur confusamente – dalla Cassazione).

un altro ad un differente imprenditore. Tuttavia, per favorire la continuità occupazionale dei dipendenti in precedenza utilizzati, spesso il capitolato di appalto o le clausole dei contratti collettivi prevedono che l'appaltatore che subentri debba necessariamente assumere questi lavoratori. In altri casi, riferiti ad alcuni specifici settori, è la legge stessa che impone l'obbligo di utilizzare il personale già occupato dal precedente imprenditore¹⁸⁴. L'art. 29 stabilisce che in tutte le ipotesi di successione di un appaltatore ad un altro l'acquisizione dei lavoratori da parte del subentrante in base alle fonti legali e contrattuali prima descritte *non comporta* l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. Ne consegue l'eliminazione delle tutele previste da questa norma in relazione, ad esempio, alla conservazione dei diritti maturati presso il precedente datore di lavoro, alla responsabilità solidale, al divieto di licenziamento per effetto del trasferimento e così via. Si tratta, ancora una volta, di una disposizione che può penalizzare i dipendenti coinvolti nell'operazione, i quali, anche se si vedono assicurato il lavoro, tuttavia potrebbero avere, presso il nuovo appaltatore, standard inferiori di tutela (a meno che essi non vengano garantiti, come spesso accade, dai contratti collettivi o dai capitolati di appalto, che, oltre alle assunzioni, impongono anche il mantenimento dei diritti già acquisiti in precedenza).

In linea generale, può accadere che il successivo appaltatore subentri nella realizzazione di un'opera o di un servizio e, invece di mettere a disposizione una propria struttura organizzativa, utilizzi quella precedente già esistente, che può consistere in un insieme di uomini e mezzi o soltanto in un gruppo di lavoratori organizzati, nella versione dematerializzata di azienda che è stata già analizzata. In questi casi potrebbe in astratto realizzarsi il mutamento della titolarità di una attività economica organizzata che configura un trasferimento di azienda (o di parte di essa) ai sensi dell'art. 2112 c.c.¹⁸⁵. L'art. 29, dunque, intende escludere invece la disciplina del codice civile, in coerenza con un orientamento della giurisprudenza nazionale che, in passato, aveva confermato tale esclusione¹⁸⁶.

Si è sostenuta, invece, una diversa interpretazione. Si è detto, infatti, che l'art. 2112 c.c. si applica soltanto quando il mutamento nella titolarità dell'azienda sia conseguenza di un accordo diretto tra cedente e cessionario¹⁸⁷ ed indipendentemente dalla tipologia negoziale utilizzata. Nel caso di successione di due diversi appaltatori non esiste questa relazione diretta, in quanto il titolo giuridico che legittima il subentrante va rinvenuto nel diverso ed autonomo rapporto negoziale fra l'appaltante ed il secondo appaltatore¹⁸⁸. Pertanto l'art. 2112 c.c. non avrebbe mai potuto applicarsi alle ipotesi di successione negli appalti e quindi l'art. 29, comma 3, costituirebbe una norma superflua e foriera di equivoci interpretativi¹⁸⁹.

In realtà la situazione è del tutto diversa, in quanto l'art. 2112 c.c. si applica indipendentemente

¹⁸⁴ È questa la situazione, ad esempio, dei dipendenti dei concessionari del servizio della riscossione delle imposte, per i quali l'art. 122 del dpr n. 43/1988 e l'art. 63 del d.lgs. n. 112/99 prevedono, in caso di subentro di altro soggetto nel rapporto di concessione amministrativa per la realizzazione del servizio, il mantenimento dei contratti di lavoro alle dipendenze del subentrante.

¹⁸⁵ Romei 2005, 313; Cester 2004a, 251.

¹⁸⁶ Cass. 20.11.1997 n. 11575; C. Stato, sez. VI, 21.11.2002 n. 6415.

¹⁸⁷ Cester, 2004a, 248 – 249; Gragnoli, 2005, 205 ss. (a cui si rinvia per una ricostruzione delle varie opinioni favorevoli e contrarie alla tesi della necessità del rapporto negoziale diretto: 201 ss.).

¹⁸⁸ Cester 2004a, 250; Gragnoli 2005, 202.

¹⁸⁹ Gragnoli 2005, 202.

da una relazione contrattuale diretta tra cedente e cessionario¹⁹⁰. Depone, in tal senso l'attuale formulazione della norma italiana, che include "qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata... a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato". Il riferimento a qualsiasi tipologia negoziale consente di affermare che vi è ricompreso anche un contratto ad evidenza pubblica (o di altro tipo) tra l'appaltante ed il successivo appaltatore, purché quest'ultimo subentri nella azienda utilizzata dal precedente titolare del contratto e si avvalga dei suoi uomini e mezzi (o del solo personale). Inoltre, un'ulteriore conferma di questa tesi è rinvenibile nell'uso della locuzione "provvedimento" che intende contrastare quella giurisprudenza italiana che negava l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nelle ipotesi di successione di azienda a seguito di concessione amministrativa¹⁹¹ e che lascia chiaramente intendere come la disciplina del codice si applica a prescindere dal titolo giuridico (contratto, provvedimento amministrativo) e purché vi sia di fatto il trasferimento dell'azienda. D'altra parte, la direttiva europea (2001/23/CE), pur facendo riferimento alla sola "cessione contrattuale o fusione", è stata applicata dalla Corte di Giustizia in senso molto ampio. Si è affermato, infatti, che ai fini della sua applicazione "non è necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente ed il cessionario, atteso che la cessione può essere effettuata anche in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore"¹⁹², o in conseguenza della successione in diversi contratti di appalto (v. *infra*). Se si tiene conto dell'importanza, in via interpretativa, delle decisioni della Corte, è evidente che la normativa europea è tale da includere nella nozione di trasferimento d'azienda anche il subentro di un nuovo appaltatore in un contratto avente ad oggetto l'esecuzione di un'opera o di un servizio che prima era svolto da un altro imprenditore, in una logica di tutela oggettiva dei lavoratori coinvolti ed indipendentemente dal mezzo giuridico con cui si verifichi il passaggio della struttura aziendale.

Se questa è la situazione, è chiaro che l'art. 29, comma 3, è tutt'altro che una disposizione superflua. In base alla ampia nozione adottata dall'art. 2112 c.c. e dal diritto comunitario, la successione di diversi soggetti in contratti di appalto potrebbe, in molti casi (anche se non sempre) costituire un trasferimento di azienda. Per tale ragione il legislatore italiano ha voluto escludere l'applicazione della disciplina del codice civile. Tale esclusione è avvenuta in modo categorico. In primo luogo si è parlato di "acquisizione del personale già impiegato a seguito di subentro di un nuovo appaltatore". Il termine "subentro" è molto ampio e ricomprende tutte le ipotesi di sostituzione giuridica di un precedente imprenditore con un nuovo soggetto (rinnovo del contratto di appalto estinto con un nuovo appaltatore; cessione del contratto di appalto ecc.)¹⁹³. Inoltre la legge regola una duplice ipotesi: la prima è quella in cui il subentrante dispone di una propria organizzazione di uomini o mezzi (o di solo personale) ed è tenuto ad assumere quelli del precedente appaltatore in forza di una legge speciale *diversa dall'art. 2112 c.c.* ed emanata per regolare una specifica

¹⁹⁰ In tal senso anche Romei 2004, 583 ss; Maresca 2004, 390; Lambertucci 2004, 465 (con argomentazioni simili a quelle espresse nel testo); Bavaro 2006, 229 ss. (seppure in modo indiretto).

¹⁹¹ Cass. 26.2.2003 n. 2936; Cass. 15.7.2002 n. 10262; Cass. 19.1.2002 n. 572 e molte altre.

¹⁹² Cgce 10.12.1998, *Hidalgo*, cause C - 173/96 e C - 247/96; Cgce 11.3.1997, *Suzen*, causa C - 13/95, RIDL, II, 656; Cgce 7.3.1996, *Merckx*, cause C-171/94 e C - 172/94, punti 28 - 30; Cgce 24.1.2002, *Temco*, causa C - 51/00, FI, 2003, IV, 147; Cgce 20.11.2003, *Abler*, causa C - 340/01, punto 39 ed altre ancora. In tal senso, in tempi recenti, anche Cass. 13.1.2005 n. 493.

¹⁹³ In senso contrario Bavaro 2006, 232 che ritiene che l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003 sia riferito alla successione di contratti di appalto "senza che si ipotizzi una cessione di contratto": una tesi che mi sembra smentita dalla formulazione letterale della disposizione.

ipotesi di settore, o per effetto del contratto collettivo o di quello di appalto. In questo caso l'art. 29 ribadisce che l'art. 2112 c. non si applica e conferma ciò che scaturirebbe dalla interpretazione della norma del codice civile, che non potrebbe in ogni caso regolare una situazione nella quale non vi è mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata. La seconda ipotesi è quella nella quale il nuovo appaltatore utilizza la stessa struttura organizzativa del precedente titolare del contratto di appalto e sarebbe quindi obbligato *dalla legge (in questo caso l'art. 2112 c.c.)* o dalle fonti contrattuali prima descritte ad acquisire il personale già impiegato in precedenza. In questa situazione la norma del d.lgs. 276/2003 esercita una funzione derogatoria ed esclude l'applicazione della disciplina del codice civile sul trasferimento di azienda.

In quest'ultima ipotesi, peraltro, la norma si pone in evidente contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Essa, infatti, da un lato ha più volte stabilito che la successione in diversi contratti di appalto costituisce trasferimento d'azienda ai sensi della direttiva¹⁹⁴, e che tale fenomeno si verifica anche se la successione coinvolga non solo tre soggetti (appaltante, appaltatore e nuovo soggetto subentrante al primo), ma anche più imprenditori in forza di eventuali contratti di sub appalto¹⁹⁵. Inoltre essa ha affermato che la direttiva si applica anche quando "l'operazione non è accompagnata da alcuna cessione di elementi dell'attivo, materiali ed immateriali, tra il primo imprenditore o il subappaltatore e il nuovo imprenditore ma il nuovo imprenditore riassume, *in forza di un contratto collettivo di lavoro (corsivo nostro)*, una parte del personale del subappaltatore..."¹⁹⁶. È evidente, dunque, che vi è un contrasto assoluto e radicale tra norma italiana e diritto europeo, perché l'art. 29 esclude dalla disciplina dell'art. 2112 c.c. operazioni economiche che la disposizione comunitaria ritiene invece debbano essere qualificate come trasferimento d'azienda. Tale contrasto non consente armonizzazioni con la interpretazione adeguatrice e comporterà le conseguenze prima descritte (invio, da parte del giudice nazionale, della questione dinanzi alla Corte di Giustizia europea, che dovrà concretamente risolvere la questione)¹⁹⁷.

Si è affermato che il riferimento alla contrattazione collettiva nazionale non sarebbe vincolante, perché la *ratio* della disposizione sarebbe la stessa se l'acquisizione del personale avvenisse con un contratto collettivo locale o aziendale¹⁹⁸. In realtà, la formulazione della norma non lascia dubbi¹⁹⁹, anche perché il d.lgs. 276/2003, quando ha voluto delegare poteri alla contrattazione diversa da quella nazionale, lo ha detto espressamente (si vedano, ad esempio, gli artt. 37, comma 2 e 41, comma 3, in relazione al lavoro intermittente ed a quello ripartito). Il carattere vincolante

¹⁹⁴ Si vedano le sentenze *Suzen*, *Hidalgo* e *Temco* citate nella precedente n. 125.

¹⁹⁵ Cgce 24.1.2002, *Temco*, causa C - 51/00, FI, 2003, IV, 146 ss.

¹⁹⁶ Cgce 24.1.2002, *Temco*, cit. nella n. precedente, 148.

¹⁹⁷ *Contra* Bavaro 2006, 233, il quale, pur affermando l'esistenza del contrasto tra giurisprudenza della CGE e art. 29, comma 3, ritiene che esso sia sanabile con un'interpretazione che limiti l'applicazione della disposizione del d.lgs. 276/2003 al caso di subentro in un appalto con acquisizione di lavoratori che da soli non configurerebbero una articolazione funzionalmente autonoma (e, quindi, quando non sarebbe applicabile l'art. 2112). A me sembra, al contrario, che la formulazione letterale dell'art. 29 non consenta tali conclusioni e che l'intento del legislatore sia quello spiegato nel testo.

¹⁹⁸ Gragnoli 2005, 211 ss.

¹⁹⁹ Maresca 2004, 392.

delle formulazioni utilizzate dal legislatore consente anche di risolvere il problema di come regolare i casi in cui, quando subentra un nuovo appaltatore, l'obbligo di assunzione dei precedenti lavoratori scaturisca da un accordo collettivo aziendale o da un patto individuale tra precedente e nuovo imprenditore (con ipotesi, dunque, *diverse* da quelle tassativamente previste dall'art. 29). Queste situazioni saranno regolate dall'art. 2112, che, come si è detto, opera "a prescindere dalla tipologia negoziale utilizzata", soltanto se vi sono i requisiti previsti dalla disciplina del codice civile²⁰⁰. In questo caso, infatti, vi sarebbe un mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata e l'art. 29, comma 3, che esclude le regole sul trasferimento di azienda, non potrebbe essere applicato, perché si è al di fuori della sua sfera di azione.

Riferimenti bibliografici

Aa. Vv. (2004), *Il trasferimento d'azienda*, QL, Utet, Torino.

Aa. Vv. (2005), *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Alessi C. (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Arrigo G. (1998), *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, I, Giuffrè, Milano.

Ballarino T. (2004), *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova.

Bavaro V. (2006), *Il trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari.

Bifulco D. (2006), Art. 35, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, p. 719 ss.

Bobbio N. (1968), *Analogia*, NNDI, I, Utet, Torino.

Carabelli U. (1995), *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, RIDL, I, 41 ss.

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

Carabelli U., Leccese V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, WPCSDLE "Massimo D'Antona", 64, www.lex.unict.it/eurolabor, p. 1 ss.

Carabelli U., Veneziani B. (1999), *Il trasferimento di azienda in Italia*, in *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, p. 103 ss.

Cariola A. (2006), Art. 4, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, p. 114 ss.

Cester C. (2003), *Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in Carinci M.T. (a cura di), Ipsosa, Milano, p. 81 ss.

Cester C. (2004a), *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in

²⁰⁰ Maresca 2004, 392.

- Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, Comando, Appalto, Trasferimento di azienda. Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., Ipsoa, Milano, p. 238 ss.
- Cester C. (2004b), *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, QL, *Il trasferimento d'azienda*, Utet, Torino, p. 27 ss.
- Ciucciovino S. (2002), *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, p. 83 ss.
- Corazza L. (2004), *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova.
- De Angelis L. (2005), *La tutela del lavoratore ceduto*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 125 ss.
- De Luca Tamajo R. (2002), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, p. 9 ss.
- De Luca Tamajo R. (2003), *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, RIDL, I, p. 167 ss.
- Della Rocca G. (2001), *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, MGL, p. 588 ss.
- De Marchis C. (2001), *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento di azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, RGL, I, p. 113 ss.
- De Paolis A. (2000), *Outsourcing e valorizzazione delle competenze*, Angeli, Milano.
- Foglia R. (1992), *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, DLRI, p. 753 ss.
- Foglia R. (2002), *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova.
- Foglia R. (2004a), *L'interpretazione giurisprudenziale sulle relazioni tra ordinamento comunitario e diritto nazionale in tema di trasferimento di azienda*, I saggi di NGL, 5, p. 61 ss.
- Foglia R. (2004b), *Il ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, QL, *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, p. 79 ss.
- Foglia R. (2004c), *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, QL, *Il trasferimento d'azienda*, Utet, Torino, p. 189 ss.
- Galgano F. (1982), *Art. 41*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, p. 1 ss.
- Galgano F. (2004), *Diritto civile e commerciale*, III, 1, Cedam, Padova.
- Gentili A. (1989), *L'iniziativa economica privata*, in Genghini M., Gentili A., Tamponi M. (a cura di), *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Giuffrè, Milano, p. 7 ss.
- Gragnoli E. (2005), *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 195 ss.

- Grandi M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I. *Le modificazioni soggettive*, Milano, Angeli.
- Grandi M. (2005), *Le vicende modificative del rapporto riferibili al datore di lavoro: il trasferimento dell'azienda*, (ristampa del cap. IV di Grandi M. 1972, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I. *Le modificazioni soggettive*, Milano, Angeli), in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffr , Milano, p. 421 ss.
- Guastini R. (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffr , Milano.
- Jaeger P.G. (1966), *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, Riv. Soc., p. 772 ss.
- Lambertucci P. (1991), *Trasferimento di un "ramo" dell'azienda e mantenimento dei lavoratori posti in CIG presso il datore di lavoro cedente*, RIDL 1991, II, p. 678 ss.
- Lambertucci P. (1999), *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli.
- Lambertucci P. (2004), *Modifica all'articolo 2112, comma quinto, del Codice civile*, in Gragnoli E., Perulli A (a cura di), *La riforma mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 27*, Padova, Cedam, p. 463 ss.
- Lepore A. (2001), *il trasferimento di azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, MGL, p. 182 ss.
- Lepore A. (2006), *Il trasferimento d'azienda*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, p. 1191 ss.
- Mancini G. F. (1975), *Art. 4*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, p. 199 ss.
- Maresca A. (2001), *Le "novit " del legislatore nazionale in materia di trasferimento di azienda*, ADL, p. 587 ss.
- Maresca A. (2004), *Modifica all'articolo 2112, comma quinto, del codice civile*, in Pedrazzoli M. (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro – d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, p. 373 ss.
- Mazziotti M. (1956), *Il diritto al lavoro*, Giuffr , Milano.
- Mazziotti M. (1973), *Lavoro (diritto costituzionale)*, Enc. dir., XXIII, Giuffr , Milano, p. 338 ss.
- Mazziotti F. (2004), *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro – riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 617 ss.
- Meucci M. (2005), *Esternalizzazione di segmenti dell'attivit  aziendale o di rami d'azienda*, Consulenza, n. 44, http://dirittolavoro.altervista.org/esternalizzazione_spezioni_aziendali.html
- Napoli M. (1979), *Art. 35, 2° comma*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, p. 19 ss.
- Napoli M. (1997), *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, RGL, I, p. 263 ss.
- Niro R. (2006), *Art. 41*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, p. 846 ss.

- Novella M., Vallauri M. L. (2005), *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, DLRI, p. 177 ss.
- Oppo G. (1976) *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, RDC, I, p. 591 ss.
- Oppo G. (1992), *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, p. 56 ss.
- Perulli A. (2003), *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, ADL, p. 473 ss.
- Piccininno S. (2000), *Trasferimento di azienda, rapporti di lavoro ed autonomia privata*, ADL, p. 669 ss.
- Quadri R. (1974), in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna - Roma.
- Roccella M. (2004), *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, WPCSDLE “Massimo D’Antona”, 49, [www. lex.unict.it/eurolabor](http://www.lex.unict.it/eurolabor), p. 1 ss.
- Romei R. (1993), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Romei R. (2003), *Azienda, impresa, trasferimento*, DLRI, p. 49 ss.
- Romei R. (2004), *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro – riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 579 ss.
- Romei R. (2005), *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 293 ss.
- Russo A. (2003), *La revisione della disciplina del trasferimento d'azienda*, GL, Suppl. n. 4, p. 79 ss.
- Santoni F. (1992), *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, p. 659 ss.
- Santoro Passarelli G. (2001), *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, ADL, p. 575 ss.
- Santoro Passarelli G. (2003), *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, RIDL, I, p. 189 ss.
- Santoro Passarelli G. (2004), *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, QL, *Il trasferimento d'azienda*, Utet, Torino, p. 9 ss.
- Santoro Passarelli G. (2005), *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 15 ss.
- Scarpelli F. (1999), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di Mariella Magnani e Franco Scarpelli*, DLRI, p. 491 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, QL, *Il trasferimento d'azienda*, Utet, Torino, p. 91 ss.
- Scognamiglio R. (1990), *Lavoro, I) disciplina costituzionale*, Enc. giur. Treccani, XVIII, p. 1 ss.

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

Treu T. (1979), *Art. 35, 1° comma*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, p. 1 ss.

Vallauri M.L. (2002), *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, LD, p. 583 ss.

Vicari S. (2002), *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, p. 71 ss.

Virtuani R.(1997), *L'outsourcing nei sistemi informativi aziendali*, Angeli, Milano.

L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*

Luca Nogler

1. Premessa: Luigi Mengoni nella scia della riabilitazione della filosofia pratica	57
2. La razionalità dell'agire pratico	61
3. Diritto e scienze pratiche: l' <i>auctoritas</i>	64
4. (Segue) I vincoli costituzionali al discorso giuridico	68
5. Diritto e scienze pratiche: la <i>veritas</i>	72
6. (Segue) Il neo-leibnizianesimo di Mengoni	77

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 47/2006

1. Premessa: Luigi Mengoni nella scia della riabilitazione della filosofia pratica

Che Luigi Mengoni costituisca uno dei vertici del pensiero metodologico italiano, e la dimostrazione di quanto lontano ed a fondo si possa andare se solo si varcano le (fragili) barriere tecniche della propria disciplina, è, ormai, una convinzione acquisita da non pochi giuristi positivi e storici del diritto contemporaneo. Svariate premesse, che noi ci figuriamo come definitivamente assodate quando ci immergiamo nelle analisi di diritto positivo, derivano dai suoi studi. Dinnanzi a tanta «profondità» e *Gründlichkeit* «nel cogliere le cose»²⁰¹, propria di uno studioso «autorevolissimo»²⁰² che, per molti versi, rappresenta «un modello troppo elevato»²⁰³, chi scrive non può evidentemente andare al di là della modesta pretesa di esporre, nel modo più ordinato e conciso possibile, gli assi portanti di ciò che M. stesso ha scritto intorno al binomio «valori e metodo giuridico». Soprattutto, mi riprometto di contestualizzare gli studi mengoniani richiamando il clima socio-culturale che caratterizzò il dibattito giuridico italiano del periodo in cui essi maturarono, ma anche, più in generale, almeno le linee di fondo del particolare orizzonte filosofico in cui essi si inseriscono.

Prendo, quindi, le mosse dalla constatazione che l'ispirazione metodologica di M. si perfezionò in coincidenza della rinascita, sviluppatasi originariamente nell'area culturale tedesca, dell'interesse filosofico per la sfera dell'agire pratico, per le azioni e le prassi che hanno il loro principio nella scelta, cioè nell'iniziativa dell'uomo²⁰⁴. E nell'*incipit* della sua *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica* M. stesso connota subito il Novecento come «un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione, ma anche un secolo di ripensamenti, di rivalutazioni di forme di pensiero che sembravano dismesse».

In particolare, M. si confrontò, dal punto di vista delle loro ricadute in ambito giuridico²⁰⁵, con entrambe le «posizioni più autorevoli che hanno dato un'impronta determinante al dibattito sulla riabilitazione della filosofia pratica, cioè l'ermeneutica filosofica sostenuta da Gadamer e l'etica del discorso (*Diskursethik*) o della comunicazione (*Kommunikationsethik*) sostenuta dalla nuova scuola di Francoforte di Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas»²⁰⁶. È vero che il «neoaristotelismo»

²⁰¹ C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni, campione di aperture e umiltà*, in *Luigi Mengoni. La vita e le opere*, Fondo, 2004, p. 27.

²⁰² R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 428.

²⁰³ P. SCHLESINGER, *Le ragioni del diritto. I. Diritto civile*, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, Milano, 1997, p. 25.

²⁰⁴ Basti qui il richiamo alle chiare sintesi, rispettivamente, di F. VOLPI, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla «riabilitazione della filosofia pratica»*, in C. A. VIANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati Boringhieri, 1990, p. 128 ss. (d'ora in poi citato con la sigla AK); di G. FORNERO, *La riabilitazione della filosofia pratica in Germania e il dibattito fra «neoaristotelici» e «postkantiani»*, in N. Abbagnano, *Storia della filosofia, La filosofia contemporanea* di G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Torino, Utet, 1994, p. 195 ss.; per la prospettazione di un più ampio quadro d'insieme si rinvia, invece, a E. BERTI, *Le vie della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1987 (d'ora in poi citato con la sigla VR). L'espressione «Riabilitazione della filosofia pratica» fu coniata da Karl-Heinz Ilting nel 1964 e fu ripresa nel titolo di una silloge in due volumi (1972-74) curata da M. RIEDEL, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972. L'espressione fa riferimento alla distinzione aristotelica fra scienze teoretiche, poietiche e pratiche, che fu mantenuta nella filosofia accademica tedesca fino a Wolff (l'espressione «filosofia pratica» fu usata fino alla fine del secolo XVIII per indicare l'insieme delle riflessioni sulla *praxis*, cioè l'etica, l'economica e la politica).

²⁰⁵ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss. poi in ID., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985 (d'ora in poi con la sigla AM) da cui cito (in questo saggio con la sigla PS) e quindi p. 48: «la rivalutazione della topica nel pensiero giuridico è un portato della scoperta della precomprensione nel processo ermeneutico».

²⁰⁶ F. VOLPI, AK, p. 134.

dell'ermeneutica e il «postkantismo» dell'etica della comunicazione²⁰⁷ si muovono nelle opposte direzioni, rispettivamente, dell'imprendibile condizionatezza storica, che secondo M. rischia di trascinare nell'antropologia esistenzialistica²⁰⁸, e delle potenzialità decontestualizzanti e universalizzanti dell'argomentazione linguistica, ma – osserva sempre Franco Volpi - esse colgono entrambi uno dei due poli opposti del costituirsi di una ragione pratica finita.

Ora, la rinascita dell'interesse filosofico per la ragione pratica originò, come noto, per la crescente insoddisfazione, nell'ambito delle cd. scienze umane, dell'atteggiamento di scienziatura che aveva portato ad espungere il principio etico dal diritto e dalla politica, relegandolo nell'intimità individuale e, quindi, in una sfera extra-razionale giacché, non essendo i valori dotati di fatticità (*Faktizität*), essi non potevano neppure essere oggetto di un riscontro empirico.

Analogamente, il positivismo legislativo, che rappresentò il correlato giuridico del positivismo scienziato, identificava le norme dell'ordinamento, senz'altro caratterizzato dalla completezza, con le proposizioni che le enunciavano e riteneva che le parole del testo incorporassero un unico significato prestabilito una volta per tutte, che il giudice aveva il compito di scoprire e di applicare pedissequamente in via sussuntoria²⁰⁹. Quest'ultimo non aveva bisogno di svolgere valutazioni di razionalità pratica e cioè di compiere scelte di preferenza. La sua attività, oltre all'interpretazione della legge che si realizzava con la registrazione del suo significato, consisteva nell'affinare la razionalità (non dei fini ma dei mezzi) del sistema chiuso di concetti giuridici ordinatori; concetti, aventi, in quanto tali, una funzione meramente classificatoria-sussuntiva²¹⁰. Più che di «scienza» giuridica, visto che essa non dominava i suoi fini, sarebbe stato opportuno parlare di «tecnica» giuridica²¹¹, mentre le valutazioni d'ordine etico, politico ed economico non erano – come affermò lapidariamente Windscheid - «Sache des Juristen als solchen»²¹².

Effettivamente, in una società statica - che in Italia, a causa del ritardato sviluppo industriale, persisterà fino alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso – le regole di diritto positivo fini-

²⁰⁷ L'antologia del 1972-74, curata da Manfred Riedel (v. nt. 4), segna la ripresa della filosofia pratica, rispettivamente, aristotelica (Gadamer, Kuhn, Ritter, Bubner, Bien) e kantiana (Riedel, Vollrath, Iltig, Patzig, Pieper, Habermas): cfr. E. BERTI, *VR*, p. 60-61. Per quanto riguarda il primo indirizzo è diffusa la convinzione circa l'importante influsso, diretto e indiretto, dei corsi su Aristotele di Heidegger a Friburgo, 1919-1923, e Marburgo, 1923-1928. Per il riflesso giuridico di questo più ampio dibattito filosofico cfr. la dettagliata sintesi di G. KREUZBAUER, *Kleine Einführung in der Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie*, in G. KREUZBAUER, S. AUGENEDER (Hrsg.), *Der Juristische Streit, ARSP Beiheft Nr. 99*, 2004, p. 9 ss. nonché, nella letteratura interna, gli studi di G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984 spec. l'Introduzione al volume.

²⁰⁸ L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, VII (1978), p. 125 ss. poi in Id., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, da cui cito e quindi p. 59 ss., pp. 75-76. Questa parte è omessa nella ripubblicazione del saggio con il diverso titolo *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1 ss. (d'ora in poi citato con la sigla TG). Per l'aspetto che qui più interessa cfr. anche A DA RE, *L'ermeneutica di Gadamer e la filosofia pratica*, Rimini, Maggioli, 1982.

²⁰⁹ L. MENGONI, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, 1998, p. 305 ss. ed ora anche in Id., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. Napoli, Milano, Vita & Pensiero, 2004, dal quale cito (d'ora in poi con la sigla DM) e quindi p. 70.

²¹⁰ L. MENGONI, *AM*, p. 100.

²¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 163.

²¹² B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* Hrsg. von Paul Ortman, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, p. 112.

scono sostanzialmente per occultare il nesso valoriale ed ingenerano l'illusione della secolarizzazione del diritto²¹³, ovvero la distorta immagine weberiana della neutralità assiologica (avalutatività) del ragionamento giuridico²¹⁴. Uno spesso strato di armoniose regole tecniche smorza e ottunde la percezione dei principi e dei valori che ha sovrinteso alla loro elaborazione. Ma – afferma M. nel 1976 - la realtà pluralista moderna della società industriale (e successivamente dei servizi) «non è più disposta a concedere acriticamente la verità delle premesse da cui il giurista deduce le sue soluzioni rivestendole nella forma sillogistica»²¹⁵, sicché «il criptogiuridismo della dottrina positivista, che occultava il nucleo morale del diritto positivo dietro un sistema di concetti formali, non è più praticabile»²¹⁶. D'altronde, proprio il diritto privato tedesco aveva vissuto, fin nel corso degli anni Venti e Trenta, l'integrazione in senso solidaristico delle norme del BGB attraverso una serie di regole argomentate grazie al richiamo a principi morali. È vero che la giurisprudenza si richiamò formalmente alla regola reale (*königliche Regel*) secondo cui tutti i contratti sono sottoposti alla buona fede (§ 242 BGB)²¹⁷, ma nella sostanza ne mutò profondamente il significato e la funzione originari, che non legittimavano il potere del giudice di colmare le lacune legislative²¹⁸.

Ora, la fallacia dell'oscuramento della rilevanza dei fini nell'agire politico e giuridico fu definitivamente dimostrata dalla richiamata corrente della «riabilitazione» della *philosophia practica* con la nota opera di Gadamer, la cui prima edizione risale al 1960 e che fu inizialmente tradotta in italiano nel 1970²¹⁹. E in epigrafe al suo primo saggio metodologico - *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* del 1976²²⁰ - M. pone proprio un noto passo di *Wahrheit und Methode*. Passo in cui Gadamer afferma che «l'ordinamento della vita secondo le regole del diritto e del costume è qualcosa di incompleto, che ha bisogno di un'integrazione produttiva. Occorre il giudizio per valutare rettamente i casi concreti. Conosciamo questa funzione del giudizio soprattutto dalla giurisprudenza, dove il contributo dell' "ermeneutica" al completamento del diritto consiste precisamente nel produrre la concretezza del diritto».

Dell'impostazione gadameriana M. condivide, anzitutto, la premessa secondo la quale tra testo e

²¹³ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallari e G. Dilcher, t. II°, Baden Baden- Milano, Giuffrè, 1981, p. 1171 ss., dove si considera secolarizzato un sistema che si ritiene autosufficiente rispetto sia al reale che al regno dei valori.

²¹⁴ Per la critica a Weber, cfr. J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)*, in ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 3ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 541 ss.; ovviamente Weber riconosceva l'importanza del giudizio di valore, ma lo relegava in una sfera totalmente soggettiva (cfr. R. MARRA, *Weber, Mommsen e il significato della avalutatività*, in *Materiali storia pens. giur. moderno*, 2000, p. 479 ss.).

²¹⁵ PS, p. 27. Nella realtà odierna il divieto di farsi giustizia da sé, il quale rappresenta una delle molteplici facce che assume la sovranità stessa, è comunque, non solo formalmente ma anche «efficacemente realizzabile solo allorché le parti ricevono determinate garanzie di ottenere una decisione corretta» (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 290; l'A. si rifà a P. ARENS, *Zivilprozeßrecht*, 4ª ed., München, Beck, 1988, p. 346).

²¹⁶ L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in *Jus*, 1997, 1, p. 6.

²¹⁷ J. W. HEDEMANN, *Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht*, Berlin, Heymann, 1913, p. 9.

²¹⁸ L. MENGONI, PS, p. 18.

²¹⁹ H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6ª ed., Tübingen, J.C.B.Mohr, 1990 (d'ora in poi citato con la sigla WM), pp. 298-299; la 3ª ed. (1972) è stata tradotta in ital. con il titolo *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983, (d'ora in poi citata con la sigla VM), p. 343.

²²⁰ Vd. *retro* nt. 5.

risultato applicativo vibra la corda delle valutazioni (e, quindi, delle emozioni) dell'uomo (*auctor iuris est homo*), storicamente condizionato e costitutivamente (linguisticamente) limitato, che nel migliore dei casi lotta tutta la vita («la propria maturazione interiore (...) non può dirsi mai compiuta»²²¹) per liberarsi dalle proprie precomprensioni. M. mostra così, in primo luogo, di rifiutare l'atteggiamento olistico²²², ancor oggi molto diffuso, che considera il «diritto» alla stregua di una realtà e non, invece, come il prodotto del giudizio dell'interprete²²³ che il positivismo giuridico occultava come «distributore automatico di diritto» (*Rechtsautomaten*)²²⁴, ovvero come mero «registratore» della verità precostituita della volontà del legislatore.

M. accoglie poi, in secondo luogo, la premessa di Gadamer – ma prima ancora del notissimo § 32 di *Sein und Zeit* – secondo cui il soggetto che svolge il giudizio interpretativo, la cui esistenza stessa si esprime nel comprendere (*Verstehen*), non si trova ad indagare neutralmente, cioè al di fuori di ogni coinvolgimento inter-soggettivo, il testo che gli sta di fronte. Lungi dal riprodurre naturalmente e scientemente il testo stesso (e, pertanto, dal procedere secondo i canoni metodologici delle scienze naturali), egli agisce sempre e necessariamente sulla base di una comprensione originaria, denominata «precomprensione», che ha per oggetto ciò in vista di cui è stato scritto il testo interpretato. Questa *Vorverständnis*, la quale in sé potrebbe anche non essere falsa, precede e, quindi, se non ne acquisiamo consapevolezza, contribuisce a determinare (quale vera e propria *Vorstruktur*) l'attività riflessiva della comprensione del testo interpretato.

Ne esce stravolto il postulato positivisticò secondo cui il testo normativo può essere compreso in sé stesso, e cioè sulla sola base del suo enunciato linguistico, indipendentemente dall'acclaramento preventivo della questione cui il testo risponde. Chiarimento che, alla luce del descritto *Zirkel des Verstehens*, ha luogo grazie all'assunzione di coscienza della pre-comprensione che ha guidato l'individuazione delle finalità regolative del testo normativo; pre-comprensione che secondo Gadamer (sulla scorta del maestro Heidegger) scatta automaticamente dinnanzi al caso soggetto al giudizio, perché ciò fa parte della struttura

²²¹ Intervista a Luigi Mengoni a cura di P. Ichino, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 113.

²²² Questa premessa non deve indurre affrettatamente ad inquadrare M. tra gli illustri studiosi liberisti, che furono fermi sostenitori dell'individualismo metodologico (il riferimento è a F.A. HAYEK, *Scientism and The Study of Society, Economica*, IX (1942), 35, 267 ss. trad. it. in F.A. HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1989, 97 ss., così come a K. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 1957, tra it. *Miseria dello storicismo*, 5 ed., Milano, Feltrinelli, 1997) e cioè del fatto che la società va trattata, non alla stregua di un fatto reale, ma come un'astrazione ascrivibile alle riflessioni degli individui che la compongono. Questa premessa smaschera opportunamente gli atteggiamenti olistici di occultamento dell'individuo, ma, ponendo l'accento unicamente su quest'ultimo, e non anche sui rapporti sociali che l'individuo stesso instaura, finisce per ricadere, a sua volta, in una posizione immanentistica e unilaterale di individualismo ontologico che astrae dalla realtà passando sopra la testa degli uomini, al quale – concependo «il futuro in funzione del presente» (L. MENGONI, *PS*, p. 14) – contrappone un ordine evolutivo naturale che si svolge secondo regole immanenti, poco propenso ad essere governato da prescrizioni esogene. È un unilateralismo in cui il cattolico M. non cade, facendo egli costantemente riferimento alla *persona*, ovvero ad un concetto che riassume la necessaria relazionalità sociale dell'individuo. Sui riflessi di quest'impostazione nell'ambito del diritto del lavoro cfr. M. NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e di umanità, cultore di diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 151 ss.; più in generale nell'ambito del diritto privato cfr. A. Nicolussi, Luigi Mengoni e il diritto privato: valori e metodo, in L. NOGLER (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit. nonché in *Iustitia*, 2006, p. 131 ss.

²²³ Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, ed. orig., Bari, Laterza 1961 ed ora in nuova edizione a cura di F. Tessitore, Napoli, Liguori, 2000, da cui cito e quindi p. 111.

²²⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehende Soziologie*, 5ª ed. Besorgt von J. Winckelmann, Tübingen, Mohr, 1980, p. 507.

ontologica della comprensione.

Non resta, dunque, che prendere atto che l'interpretazione del testo normativo, non consiste mai in una mera riproduzione (e, tanto meno, in una riformulazione meccanica) del significato del suo enunciato²²⁵. Essa dipende sempre dalla sua applicazione ad un caso concreto, rimanendo, quindi, costantemente in concluda, nel senso di aperta a nuovi sviluppi. Più che al sapere tecnico (*poiesis*), l'interpretazione-applicazione delle norme giuridiche è accostabile al sapere che guida l'azione morale, la *phronesis*, la quale non può mai essere pienamente determinata in modo indipendente dalla situazione in cui si deve operare giustamente. In conclusione, l'interpretazione rappresenta sempre anche un atto produttivo²²⁶. Una rilevantissima conclusione, ed allo stesso tempo un punto di partenza per le riflessioni sulla metodologia giuridica, il cui merito M. attribuirà, in un momento successivo, a Giuseppe Capograssi, al quale si deve l'assunto che «la controversia è produttiva di diritto»²²⁷ ovvero «lo immerge nella storia»²²⁸.

2. La razionalità dell'agire pratico

Dimostrata la rilevanza della scelta dei fini dell'azione pratica, l'obiettivo programmatico dichiarato del nuovo orientamento filosofico è consistito, e consiste tutt'oggi, nell'elaborazione di una razionalità (autonoma da quella teoretica) orientatrice dell'azione nel campo delle scienze pratiche, che ricomponga la frattura tra fatti e valori, nonché tra mezzi e fini, alla quale hanno condotto l'impropria identificazione tra *scientia* e *theoria* e l'affermarsi dell'ideale unitario del metodo²²⁹. Insomma, una ridefinizione e restituzione del potere orientativo della razionalità che superino l'ideale weberiano della *Wertfreiheit*, il quale aveva giustificato la riduzione della politica e del diritto a mere tecniche dei mezzi, come tali indifferenti alla valutazione degli scopi che perseguono.

Nella parte finale di questa introduzione, mi soffermerò brevemente sul contributo, probabilmente più duraturo, di M. al dibattito filosofico generale sulla ripresa della filosofia pratica. Per ora, osserviamo che il monopolio scienziato della prospettiva metodologica induceva Gadamer a proclamare *ad nauseam* - anche in una lettera indirizzata ad Emilio Betti - che

²²⁵ Eccentrico il modo di ragionare di G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 35 e 42, il quale critica l'ermeneutica giuridica come «troppo mistica e fumosa», ma riconosce la condivisibilità del circolo ermeneutico rivalutando l'adagio *in claris non fit interpretatio*, perché la comprensione del testo potrebbe essere immediata e, quindi, non richiedere la sua interpretazione. L'autore espunge evidentemente la comprensione dall'interpretazione, quando, in realtà, per dirla con Heidegger, l'interpretazione è uno sviluppo della comprensione: «in ihr eignet sich das Verstehen sein Verstandenes verstehend zu» (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Halle an der Saale, Niemeyer, 1927, ma qui cito dalla 16ª ed., Tübingen, Niemeyer, 1986, p. 148; per quanto riguarda la traduzione italiana del testo si farà, invece, riferimento a quella di Pietro Chiodi, *Essere e tempo*, 9ª ed., Milano, Longanesi, 1976, p. 189).

²²⁶ H. G. GADAMER, *WM*, p. 298-299 (trad. it. p. 343); sul punto trattato nel testo cfr., comunque, anche P. RICOEUR, *Diritto, interpretazione, applicazione*, in *Ars interpretandi*, Padova, Cedam, 1996, p. 191.

²²⁷ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* a cura di G. Astuti, Roma, Gismondi, 1950, p. 13, cit. in L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in *Europa e diritto privato*, 2000/4, p. 1019. Su Capograssi cfr. da ultimo P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rif. int. fil. dir.*, 2006, p. 13 ss.

²²⁸ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 150; cfr., più in generale, anche le dense pagine di P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 110-111, che si rifà a sua volta al suo maestro Capograssi.

²²⁹ Cfr. E. BERTI, *VR*, p. 66-67 «la riabilitazione della filosofia pratica ha il merito di aver compreso e fatto comprendere, traendo tale conclusione dallo sviluppo delle stesse scienze umane, che la razionalità pratica è diversa da quella scientifica».

«fondamentalmente non propongo alcun “metodo”, ma descrivo “ciò che è”» chiarisco «le condizioni entro le quali il comprendere si verifica»²³⁰. Ma, da un lato, è assai plausibile che quando Gadamer parla di metodo intenda far principalmente riferimento all'orientamento scientifico. Dall'altro lato, egli concorda senz'altro con l'opinione di Heidegger secondo cui nel circolo ermeneutico si «nasconde una possibilità positiva del conoscere (...), possibilità che può essere afferrata in modo genuino solo se l'interpretazione ha compreso che il suo compito primo (...) è quello di non lasciarsi mai imporre pre-disponibilità, pre-veggenza e pre-cognizione dal caso e dalle opinioni comuni, ma di farle emergere dalle cose stesse, garantendosi così la scientificità del proprio tema»²³¹. Sicché - conclude M. - «il problema metodologico è allora quello di acquisire il controllo razionale della precomprensione» e non di assumerlo necessariamente a guida dell'interpretazione, cadendo così nel puro decisionismo²³².

«Controllo razionale della precomprensione» significa, in particolare, per M. evitare l'atteggiamento passivo che porta semplicemente a compimento le precomprensioni. Occorre farsene consapevoli. Se la precomprensione ha per oggetto, non il contenuto del testo, ma il fatto della vita in vista del quale esso è stato scritto, l'interpretazione deve muovere proprio dal fatto della vita (il caso o il problema, per il giurista) «sul quale il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato. La comprensione si compie solo se l'interprete riesce a capire la domanda alla quale il testo risponde, e quindi a formularla adeguatamente antivedendo la risposta»²³³. Per capire la domanda «l'interprete deve inevitabilmente introdurre nell'orizzonte ermeneutico quelle valutazioni di politica del diritto in senso ampio, cioè valutazioni etiche, economiche, sociologiche ecc., che il metodo della giurisprudenza deduttiva vorrebbe escludere come pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore; e tali valutazioni egli compie guidato da quella che nella teoria generale dell'ermeneutica è chiamata la “precomprensione”»²³⁴. Pertanto bisogna, con una coscienza ermeneuticamente educata, seguire, anzitutto, l'intransigente terapia metodologica - la quale a ben vedere, corrisponde al comando kantiano di essere liberi e cioè di esprimere la volontà prescindendo da tutto ciò che può influire su di noi - di «tenere sotto controllo le presupposizioni e le anticipazioni che si formano nella precomprensione dell'interprete». Per il resto, siccome la riflessione di Gadamer si sviluppa sul piano ontologico, non si presta apparentemente ad ulteriori «guadagni metodologici»²³⁵.

In positivo, gli altri autori che perseguono l'obiettivo del controllo della prassi hanno posto generalmente mano alla ricerca di criteri che sorreggano una teoria dell'agire pratico assecondando la comune premessa, particolarmente consona alla dottrina cattolica della persona, che il luogo

²³⁰ WM, p. 345.

²³¹ *Sein und Zeit*, cit., p. 153 (trad. it. p. 195).

²³² *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 71.

²³³ L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 71; «il diritto non si può più fare partendo dal diritto: occorre muovere dal reale» (C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002, p. 77). Anche G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., p. 44, 48 riconosce a M. il merito di aver sottolineato questo punto.

²³⁴ *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 350-351.

²³⁵ Queste due citazioni sono tratte da L. MENGONI, *Presentazione*, in R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. VIII-IX.

proprio dell'uomo è l'*ethos*, e cioè lo spazio abituale in cui egli vive. In particolare, l'esigenza interiore di dare un senso all'esistenza si realizza nella relazionalità sociale in cui l'uomo si trova investito a partire dallo stesso uso del linguaggio, il quale fa sì che egli sia «già sempre oltre la sua particolarità»²³⁶ (un essere «che ha il linguaggio conserva sempre una distanza di fronte a ciò che di volta in volta gli si presenta»²³⁷). E M., in una densa lettera a Natalino Irti, sottolinea che «originariamente al posto di *nomos* stava la parola *êthos* (con la eta)»²³⁸.

In conclusione, la morale coscienzialistica ed individualistica dei moderni viene spostata dal nuovo orientamento filosofico - esposto (mi rendo conto) in modo del tutto sommario e incompleto - aristotelisticamente in un *humus* storico-concreto. E questo mutamento di prospettiva consente di ancorare la razionalità dell'agire pratico ad un contesto *inter-soggettivo* (ed, in quanto tale, oggettivabile), così come di riproporre l'idea greca del *nomos* quale manifestazione di una razionalità pubblica ispirata da «valori» condivisi. E si noti come in tal modo la parola «valore», che così come *Wert*, *value* e *valeur* ha «iscritto sulla fronte la propria derivazione dall'ambito economico», concluda la propria «marcia trionfale», che aveva avviato a cavaliere tra diciannovesimo e ventesimo secolo, nella filosofia, dove prende il posto di quello che nel pensiero antico era il bene (*Agathon*)²³⁹, nelle sue varie dimensioni.

Sono passaggi noti: ma a ripeterli mi induce qui l'intento di ripercorrere l'itinerario metodologico di M., che fu tra i primi giuristi a confrontarsi con questo risveglio della filosofia pratica. Sul punto, il suo principale referente consistette, ancora una volta, a differenza di chi imboccò il vicolo cieco dell'esistenzialismo heideggeriano e sartriano²⁴⁰, nella teoria della pre-comprensione intersoggettiva di Gadamer, dal quale M. ricava la chiave del ritorno epistemologico dalla condizione esistenziale del circolo ermeneutico. Infatti, il filosofo di Marburgo fonda l'«oggettività scientifica» dell'interpretazione sull'assunto che dobbiamo assumere la consapevolezza che su di noi agisce la *Wirkungsgeschichte* e che, quindi, dinnanzi ad un testo non ci troviamo mai in una situazione

²³⁶ H. G. GADAMER, *WM*, p. 240 (trad. it., p. 280); cfr. sul punto anche E. BERTI, *VR*, p. 67 il quale riconosce alla riabilitazione della filosofia pratica il merito di aver individuato l'ambito della razionalità pratica nel linguaggio.

²³⁷ H. G. GADAMER, *Was ist Praxis? Die Bedingungen gesellschaftlicher Vernunft*, in *Universitas*, fasc. IX, 1974, p. 1143 ss. trad. it. *Che cos'è la prassi? Le condizioni di una ragione sociale*, in *Id.*, *La ragione nell'età della scienza*, Genova, Il Melangolo, 1984, p. 57; G. ZACCARIA, *L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 330, osserva giustamente che la «consapevolezza del carattere linguisticamente determinato della conoscenza avvicina la filosofia ermeneutica alla filosofia analitica». Sul punto cfr. M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, oltre alla lucide pagine di E. BERTI, *VR*, p. 62-63.

²³⁸ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1156.

²³⁹ A. HÜGLI, voce *Wert. I. Einleitung*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 12°, Basel, Schabe, 2004, p. 556; N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 20 che parla di *idea* del bene. Ancora fermi al vecchio significato appaiono M. Heidegger (*Holzwege*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1977, p. 242 ss. trad. it. di P. Chiodi, *Sentieri interrotti*, Firenze, La Nuova Italia, 1977, p. 208) e C. Schmitt nel fortunato scritto *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Erlacher Studien*, Ernst Forststoff zum 65. Geburtstag, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, p. 37 ss. Sebbene M. citi (ma solo occasionalmente) Carl Schmitt, ed, in particolare, questo scritto sulla tirannia dei valori (L. MENGONI, *AM*, p. 98, nt. 101), i suoi studi superano l'impostazione riduttiva, e semplificatrice, del costituzionalista tedesco, che riferì l'essere del valore alla sfera economica e concepì, quindi, inevitabilmente la tirannia al (solo) valore economico. In M. l'accento cade, piuttosto, ancora una volta, sull'intera sfera etico-sociale della persona.

²⁴⁰ Cfr. sul punto per una posizione analoga a quella di M. e, quindi critica nei confronti dell'identificazione dell'ermeneutica gadameriana con il pensiero nichilista, V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 309.

di vergine immediatezza²⁴¹. In realtà, agiamo sotto l'influsso della tradizione, ovvero di interpretazioni, giudizi e concetti già dati ed accumulatesi nel corso del tempo, che per il giurista, chiosa M., consistono nella «tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene» e nel «deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti»²⁴². Insomma, l'individuo non può imporre la propria illusione trascendentale dal momento che, come esprime benissimo il noto paradosso del marinaio di Otto Neurath²⁴³, non esistono moti primitivi, ci muoviamo sempre su qualcosa di già avviato e che ci viene dall'altro. E la corrente della riabilitazione della filosofia pratica trae proprio da questa premessa relativa alla relazionalità dell'essere umano - premessa che Foucault esaspera negando, addirittura, l'esistenza dell'«io» -, la possibilità di individuare parametri intersoggettivi alla cui stregua misurare la correttezza delle nostre azioni.

3. Diritto e scienze pratiche: l'*auktoritas*

Fissate queste premesse generali, ecco che son poste le condizioni per porci la domanda che interessa: si inserisce, e come si inserisce, il diritto in questo modo d'intendere le scienze pratiche? Proprio perché aveva preso le mosse dai capisaldi della nuova corrente filosofica tedesca, M. non ha - probabilmente per primo - eluso questo interrogativo, che è successivamente divenuto usuale²⁴⁴. La scienza giuridica, scrive nel 1976, non è «una scienza pratica nello stesso senso in cui lo sono la politica, l'economia o l'etica (quando non sia fondata su basi teleologiche). Essa fa riferimento a comportamenti umani, ma il suo compito non è di spiegare o elaborare criteri di agire corretto, bensì di comprendere il significato di testi normativi *autoritativamente* predisposti per dettare regola ai rapporti sociali»²⁴⁵. I «testi normativi autoritativamente predisposti» o, per dirla con l'espressione più usata, «il vincolo assoluto della legge», fa sì che «la struttura totale della giurisprudenza non può essere determinata solamente dal problema». Superamento del positivismo «non vuol dire superamento del principio di positività del diritto»²⁴⁶.

Questo richiamo alle irriducibili specificità dell'agire giuridico deve essere letto alla luce del fatto che il giuspositivismo, se risultava ancora saldamente radicato nei discorsi dei giuristi positivi, era decisamente in disarmo nell'ambito della filosofia del diritto per il *cul de sac* in cui conduceva il

²⁴¹ L. MENGONI, *TG*, p. 14; sul punto cfr. anche G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., p. 50 ss.

²⁴² *TG*, p. 19; Id., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia Treccani*, XII (1988) ed in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito (d'ora in poi come *Dogmatica*) e quindi p. 51. Questa tradizione «è tale solo nel permanente diventare altro. (...) L'essenziale è mediare tra le anticipazioni del desiderabile e le possibilità del fattibile, tra il puro desiderio e il volere reale, cioè tradurre le anticipazioni in termini di realtà» (H. G. GADAMER, *Replica*, in Aa. Vv., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1971, trad. it. di G. Tron, Aa. Vv., *Ermeneutica e critica dell'ideologia*, Queriniana, Brescia, 1992², p. 305-306).

²⁴³ «Siamo come marinai che devono ristrutturare la loro nave in mare aperto e che non sono in grado perciò di ricominciare da capo (...). Essi non possono riportare la loro nave in bacino per ricostruirla integralmente. Durante il loro lavoro debbono sostenersi sulla vecchia struttura e lottare contro violente burrasche e onde tempestose» (queste le parole finali di *Foundations of The Social Sciences*, Chicago, Univ. of Chicago, 1944, p. 47).

²⁴⁴ Cfr. in particolare, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 163 ss.

²⁴⁵ *PS*, pp. 46-47. Il corsivo è mio. In L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1019, M. afferma in modo lapidario che «se si toglie la norma dal suo oggetto, la scienza giuridica perde il senso della propria identità, non si sa più che cosa sia».

²⁴⁶ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clause generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 14.

rifiuto della trattazione scientifica delle scelte etico-politiche. Si erano, infatti, ormai consumate le note svolte di Scarpelli e Bobbio²⁴⁷.

M. aveva, piuttosto, dinnanzi agli occhi il nuovo dato di una società italiana ormai sempre più strutturata in modo pluralistico e che, in quanto tale, esprimeva una molteplicità di valori nonché, proprio nel periodo in cui M. stesso si apre alla «coscienza del metodo»²⁴⁸, una proliferazione straordinaria di ideologie che pretendevano di imporre una desecolarizzazione totale del discorso giuridico, piegandolo al servizio di un unico «paradigma» valoriale, considerato il motore della storia economica e sociale²⁴⁹. È sullo sfondo di questa pressante evoluzione socio-culturale, che per molti versi riproduceva il «vitalismo sfrenato» vissuto da altre realtà nel passaggio alla società industriale²⁵⁰, che in Italia si affacciò in ambito giuridico, tra le altre, una nuova tendenza «d'avanguardia» che in un'occasione successiva M. apostrofò con l'ironico inciso di «*free riders* del diritto alternativo»: un orientamento che riduceva la giustificazione giuridica all'argomentazione politica²⁵¹. In questa, ampiamente teorizzata, coincidenza tra discorso generale sull'agire pratico e discorso giuridico, M. intravide, più specificatamente, il pericolo che la rivalutata razionalizzazione delle idee valoriali trascinasse nell'orientamento opposto al positivismo e cioè, da un lato, nell'anticoncettualismo («il pensiero giuridico che non sappia riprodurre le proprie sintesi valutative in un equilibrato sistema di concetti rigorosamente definiti, non attinge la comprensibilità propria di una visione teoretica unitaria e lascia i risultati della ricerca in una indeterminatezza concettuale simile al modo dell'oracolo, il quale "non dice e non nasconde, ma accenna"»²⁵²) e, sull'altro lato della stessa medaglia, nella tirannia dei valori («i valori sono in sé guide pericolose, che possono portare alla tirannia di una giustizia politicizzata, se l'uso

²⁴⁷ Cfr. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 35 ss., ma ovviamente ancor meglio direttamente U. SCARPELLI, *La Filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, in ID. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, p. 7 ss., e N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1984²; cfr. infine, anche C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., pp. 9-10, che giustamente rammenta tra i fattori della caduta della rigida separazione tra diritto e morale anche la riabilitazione della filosofia pratica operata in Germania. Molti sono comunque, oltre al «secondo» Bobbio, gli autori ai quali andrebbe riconosciuto il merito di aver rivalutato il momento valutativo delle decisioni giurisdizionali e giuridiche in generale (cfr., per i necessari riferimenti, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, 2^a ed., 1999, p. 63 ss.; per ragioni diverse, *Quaderno n. 1 del FI*, 1970, dedicato a «Formazione extra-legislativa del diritto nell'esperienza italiana» nonché L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1966).

²⁴⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., p. 63 ss.

²⁴⁹ Cfr. M. BARCELLONA, *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 715 ss. Se si prescinde dal saggio su *I pensieri di Montagne sul diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1973, p. 285 ss., che già contiene, comunque, l'idea dell'influsso bidirezionale tra pensiero, rispettivamente, problematico e sistematico (su questo scritto cfr. ora F. D'AGOSTINO, *Ricordo di Luigi Mengoni*, in *Jus*, 2002, p. 44 ss.), il primo saggio metodologico di M. è dedicato a *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 ss.

²⁵⁰ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921, trad. it. *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, in E. KAUFMANN, W. SAUER, G. HOHENAUER, *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, a cura di R. Miccù, Napoli ESI, 1992, da cui cito e, quindi, p. 77.

²⁵¹ L. MENGONI, *Ugo Natoli come giurista del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1993, p. 10; il riferimento più completo è in *AM*, p. 101; N. LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, II, p. 1077, parla di posizione «piuttosto dura». Comunque sia, in L. MENGONI, *Dogmatica*, cit., p. 65, M. stesso chiude la polemica con la constatazione che è un orientamento appartenente ad un «passato ormai lontano». Sui limiti della teoria dell'uso alternativo del diritto, oggi decisamente in disarmo, cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit., p. 161 e G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 27, che parla di approccio metagiuridico.

²⁵² L. MENGONI, *Prefazione*, in ID., *Diritto e valori*, cit., p. 7; non a caso C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., p. 78, ha scelto di chiudere il suo ricordo sottolineando questo profilo.

corretto delle clausole generali che ad essi rinviano non sia garantito da una disciplina dogmatica cui il giudice possa attingere criteri razionali di soluzione» delle antinomie che insorgono dalla «tensione tra due modelli valutativi costituiti dallo Stato di diritto e dallo Stato sociale»²⁵³). Più in generale, si deve comunque osservare che nel clima radicalizzato dai due poli estremi – da un lato, del disarmo del giuspositivismo e, dall'altro, dell'esaltazione dell'uso alternativo del diritto – agli inizi degli anni settanta del secolo passato, gli studi di metodologia giuridica e, più astrattamente, l'autocomprensione della giurisprudenza come scienza ripartirono su basi nuove facendo riferimento a quelli che sono stati recentemente definiti i precursori delle teorie dell'argomentazione nel campo, rispettivamente, della logica giuridica, della topica e delle teorie generali della retorica e dell'argomentazione²⁵⁴. Persa la bussola scienziata, si trattava veramente di riformulare il nuovo statuto epistemologico della scienza giuridica e ciò, inevitabilmente, per il già rammentato paradosso del marinaio, ripartendo da elucubrazioni passate che sembravano ormai definitivamente accantonate.

Ora, la prima grande novità della *Methodenlehre* mengoniana²⁵⁵ è che, in piena aderenza al discorso generale, portato avanti dagli autori appartenenti alla riabilitazione della filosofia pratica, egli trae fino in fondo le conseguenze dell'analizzata premessa sulla rilevanza dei giudizi pratici incentrati su criteri extrasistemati di matrice economica, politica o etica. Ma ciò avviene mantenendo fermi, rispetto al discorso pratico generale²⁵⁶, i vincoli che la Costituzione autoritativamente fissa al discorso giuridico.

Da un lato, i vincoli della legge e procedurali²⁵⁷, e dall'altro lato, il principio kantiano di universalizzazione («l'esigenza di giustizia, che vuole trattamento uguale dei casi oggettivamente

²⁵³ L. MENGONI, *Recensione a Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., p. 318; ID., *Dogmatica*, p. 60. Il pericolo che nasce dal fatto che «ogni valore sta a sé con una propria logica, e tende a far valere un punto di vista dal quale nessun costo per la sua realizzazione appare troppo elevato» (AM, p. 101; cfr. nello stesso senso, E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1993², p. 275, che segnala il carattere ideologico che assumono i valori ogni volta che pretendono di assolutizzare il loro contenuto; molto incisivo, infine, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 98, che tratta del pericolo del ritorno a forme di universalismo etico-giuridico). La fonte di ispirazione è qui principalmente Hartmann e la sua constatazione che «nella vita vi è il rigorismo dei valori singoli, che può arrivare fino al fanatismo. Ogni valore – una volta che ha acquistato potere su di una persona – ha la tendenza di erigersi a tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano, ed invero alle spese di altri valori, anche di quelli che gli sono materialmente contrapposti» (*Ethik*, Berlin, De Gruyter, 1949³, trad. it. *Etica*, II, *Assiologia dei costumi*, Napoli, Guida, 1970, p. 408; ID., *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1965, p. 286; tra gli studiosi del pensiero di Hartmann, torna sul punto che qui interessa A. Da Re, *Tra antico e moderno*, Milano, Guerini e Scientifica, 1996, p. 283 ss.).

²⁵⁴ Cfr. G. Kreuzbauer, *Kleine Einführung in der Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie*, cit., p. 11; il riferimento è, anzitutto, a T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1^a ed., 1953; C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris. Presses Universitaires de France, 1958; S. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 1969. Il vero e proprio inizio della ricerca nell'ambito delle teorie giuridiche dell'argomentazione viene fatto convenzionalmente risalire al *Congresso mondiale di filosofia del diritto e sociale* svoltosi nel 1971 a Bruxelles.

²⁵⁵ Che va inquadrata interamente, non da scienziata nel contesto della metodologia come ricerca empirico-descrittiva (quale M. riteneva che fosse l'opera di T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, 1953 (cfr. L. MENGONI, *Prefazione*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., p. VIII; sul punto v. anche le considerazioni di A. FALZEA, *La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Jus*, 2002, p. 101), ma all'interno di quella che la scuola analitica italiana chiama la metodologia come precettistica (U. SCARPELLI, *La natura della metodologia giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1956, XXXIII, p. 247 ss. e, più recentemente, M. JORI, *Scarpelli e il metodo giuridico*, in *Politeia*, XX, 73, 2004, p. 90 ss.).

²⁵⁶ L. MENGONI, *Presentazione*, cit., p. IX.

²⁵⁷ Prescrizioni procedurali le quali nascono, per lo più, dalla necessaria limitatezza del sapere del terzo decidente, così come dalla scarsità del tempo disponibile dallo stesso per adottare la decisione. D'altronde, Alessandro Giuliani così ha descritto efficacemente la diversità tra morale e diritto: «la verità della esperienza giuridica *stricto sensu* è, nel confronto, meno elevata, in quanto corrisponde

uguali»), il quale impone che la soluzione valutativa ipotizzata passi al vaglio della *dimostrazione* della capacità, pur in presenza della regola considerata, di tenere insieme tutto il complesso sistematico²⁵⁸ di «principi, e di concetti corrispondenti, ricavati in via di astrazione generalizzatrice dall'analisi del contenuto teoretico delle norme positive»²⁵⁹. Senza tralasciare, ben inteso (e su questo avrò modo di tornare), quando le nuove informazioni immesse nel sistema dal pensiero problematico facciano valere nuove esigenze²⁶⁰, lo sforzo estremo – anche, come amava ripetere M., di fantasia - di «abbandonare moduli teorici già acquisiti per percorrere nuove vie di concettualizzazione»²⁶¹, in modo però sempre logicamente rigoroso, per rispettare il vincolo della totalità del discorso giuridico. Il diritto, come la vita, necessita delle forme, ma per rimanere vivo ha sempre anche bisogno di distruggere le forme stesse che ha creato²⁶². Solo passando attraverso questo continuo, ed ininterrotto, processo di sistemazione e risistemazione, il diritto può, inoltre, aspirare a generare un grado tollerabile di incertezza²⁶³ nella società, ovvero ripromettersi di stabilizzare le «aspettative sociali di comportamenti individuali e di gruppo»²⁶⁴ ed, infine, contribuire alla ricerca di nuovi modelli di decisione.

Prima di addentrarci in una sintesi un poco più particolareggiata della proposta metodologia di M., possiamo già chiarire che il suo tentativo di spiegare il modo in cui interagiscono il pensiero problematico e quello sistematico, in un certo senso di far coabitare il demone dell'esattezza e quello della sensibilità, lo espongono a giudizi unilaterali da parte di osservatori il cui angolo prospettico s'identifica con una sola delle due modalità del pensiero che ha congiunto. Così, ad esempio, i suoi più autorevoli coetanei, i quali conservano la memoria di quando dovevano convivere con l'ingabbiante reticolo sistematico del metodo tecnico-giuridico (se non addirittura pandettistico), gli affibbiano l'epiteto di «anti-dogmatico»²⁶⁵. All'opposto, chi opera in settori giuridici connotati da una «produzione naïf (...) in cui l'unica cosa che conta è il risultato finale», tende ad attribuirgli lo stile del «precettore»²⁶⁶.

al fine mondano di risolvere conflitti economici, e materiali tra consociati» (in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 20). Tra gli accorgimenti volti a garantire il valore della certezza delle regole che devono presiedere all'azione umana v'è il fatto che il processo giudiziario è congegnato, oltre che sulla verità del giudicato e sul divieto di *non liquet*, in una forma che – come afferma M., citando ancora una volta Leibniz – conclude per forza della sua struttura (*Relazione introduttiva, cit.*, p. 23). Pertanto, anche quando argomentativamente si giunge alla compresenza di una pluralità di soluzioni astratte razionalmente fondabili, esso arriva alla selezione coercitiva di una di esse. In tal senso possiamo dire che *potestas et veritas facit legem*.

²⁵⁸ M. rivaluta qui la nozione di pensiero sistematico come abbreviatura ai suoi profili definitori fondamentali di un problema, nozione corrente all'epoca di Leibniz e rivalutato da Nicolai Hartmann; cfr. L. MENGONI, *Dogmatica*, p. 33. Al principio di universalizzazione si collega l'accertamento della coerenza della giustificazione della decisione giuridica sulla quale cfr. G. ZACCARIA, *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1995, p. 380 ss.

²⁵⁹ L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'università cattolica, cit.*, p. 4.

²⁶⁰ L. MENGONI, *Dogmatica*, pp. 52-54.

²⁶¹ L. MENGONI, *PS*, p. 57.

²⁶² E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto, cit.*, p. 77.

²⁶³ L. MENGONI, *PS*, p. 53. In *Dogmatica*, p. 51 M. si sofferma sulla funzione regolativa della dogmatica che ingenera un onere di argomentazione a carico di chi avanza la pretesa di *outruling*.

²⁶⁴ *AM*, p. 96.

²⁶⁵ R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo, cit.*, p. 421.

²⁶⁶ Il riferimento è al diritto del lavoro. Il termine utilizzato nel testo, se non erro, è stato coniato da L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, Giuffrè, 1998, p. 350 (a p. 344 il giudizio tagliente sulla «produzione naïf»; ma nello stesso ordine di idee v. ora S. CASSESE, *La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 375).

Al contrario di quanto sono a volte indotti a ritenere lettori troppi affrettati di singoli frammenti del suo discorso metodologico, M. respinge la difensiva *Sekundaritätsthese*, incentrata sulla distinzione tra la fase iniziale degli argomenti pratici (*inventio*) e quella successiva degli argomenti giuridici o dogmatici (*demonstratio*)²⁶⁷. Infatti, distinguendo le due fasi, del pensiero problematico e del pensiero sistematico, l'una governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti sistematici, ne viene weberianamente universalizzata la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa²⁶⁸ (magari nella versione nostrana del metodo tecnico-giuridico²⁶⁹). Ed assolutizzando un determinato apparato concettuale, che «non può morire perché è già morto»²⁷⁰, si antepongono i mezzi ai fini.

M. propone, invece, un'*Integrationsthese*²⁷¹, che ritroverà poi anche negli studi di Alexy. In ambito giuridico la «dogmatica» - e già il solo uso di questa parola segnava il solco netto ed incolmabile che lo separava da chi, al contrario, riteneva che proprio il riferimento ad essa presuppone che il diritto «è irriducibile a conoscenza scientifica»²⁷² - si serve di argomenti sia giuridici che pratici. In particolare, M. stesso apre il sistema dogmatico, grazie alla categoria dei «concetti assiologicamente orientati»²⁷³, i quali, pur non assumendo le valutazioni extrasistematiche – incentrate su quel «surrogato positivistic (o storicistico) del metafisico» che sono «i valori ai quali rinvia la Costituzione» - nel loro contenuto²⁷⁴, sono specificatamente ordinati, spesso grazie al ricorso a «parametri tipologici», alla loro realizzazione nel diritto positivo²⁷⁵.

4. (Segue) I vincoli costituzionali al discorso giuridico

Già risulta da queste citazioni che il ripensamento metodologico di M., costantemente vivificato

in uno scritto ricco di rilevanti spunti di riflessione critica; l'espressione viene poi ripresa da U. ROMAGNOLI, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 397 ss. Con prosa più asettica, e questa volta in riferimento al diritto privato, G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile, cit.*, p. 365, afferma che a M. spetta il merito di aver «riproposto ai civilisti l'analisi del pensiero sistematico». Su M. cultore del diritto del lavoro cfr. comunque, soprattutto, M. NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e di umanità, cultore di diritto del lavoro, cit.*, p. 151 ss. nonché T. TREU, *Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro*, in *Jus*, 2002, p. 32 ss.

²⁶⁷ *Presentazione, cit.*, p. X. Per un esempio recente di riproposizione di questo fraintendimento e, quindi, della *Sekundaritätsthese*, cfr. lo scritto di M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 1 ss. nonché, ancor più decisamente, ID., *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, *ivi*, 2004, p. 917 ss.

²⁶⁸ Nella dottrina giuslavoristica si assiste, in effetti, da circa un ventennio ad una rivalutazione della (neo)dogmatica pandettista, come già evidenziato in L. NOGLER, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, p. 117 ss.; un *trend* confermato dall'impostazione metodologica di Persiani considerata *retro* nt. 66.

²⁶⁹ Cfr. L. MENGONI, *PS*, p. 19.

²⁷⁰ E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto, cit.*, p. 77.

²⁷¹ *PS*, p. 55-56: «i due metodi non si abbinano in un *ordo successivus*, ma si integrano in un rapporto di interdipendenza o interazione».

²⁷² N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 347.

²⁷³ Cfr. sul punto comunque L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in L. NOGLER (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni, cit.*

²⁷⁴ Sicché «il riferimento ai valori costituzionali per concretizzare una clausola generale non attribuisce ai diritti fondamentali un'efficacia normativa mediata sull'autonomia privata» (L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 1997, p. 7). Quando la norma sul diritto fondamentale pretende di essere applicata quale parametro oggettivo del comportamento di un soggetto privato non si può a rigore parlare di *Drittwirkung* dei diritti fondamentali nei confronti di soggetti privati: non siamo, infatti, in presenza del medesimo schema logico che giustifica la titolarità da parte del singolo di un diritto soggettivo nei confronti dello Stato (P. A. WINDEL, *Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts*, in *Der Staat*, 1998, p. 386).

²⁷⁵ L. MENGONI, *AM*, p. 100.

da esemplificazioni che lo stesso M. dà, ad ogni passo, non poteva non sfociare anche in una riformulazione dei riaffermati vincoli al discorso giuridico fissati dalla Costituzione. Anzitutto, il vincolo della legge stabilito, per il diritto giudiziale, dall'art. 101, 1° comma, Cost. Vincolo della legge il quale comporta, secondo il positivismo legislativo, da un lato, che l'argomentazione delle regole di giudizio debba muoversi nel contesto delle possibilità incluse nell'enunciato linguistico della proposizione legislativa (vincolo del testo normativo), e, dall'altro lato, che la decisione giudiziale debba essere «fondata in forma deduttiva»²⁷⁶. Il resto è rimosso dal contesto «di giustificazione» e trova posto in quello, impenetrabile, «di decisione», il quale include i punti di vista psicologici, ideologici e storico sociologici che hanno comportato la decisione²⁷⁷.

Ora, il primo profilo, se riferito alla legge, una volta che la relativa comprensione viene spiegata con il descritto circolo ermeneutico, rischia di dissolversi. Invero, «dopo Gadamer» nessuno può permettersi seriamente di costruire la teoria dell'interpretazione sul semplicistico assunto che il giurista *scopre* il significato insito nelle parole utilizzate dal legislatore. Si conviene, al contrario, come già visto, che «il significato di un testo normativo non si lascia cogliere compiutamente se non in relazione ad un caso da decidere, e quindi attraverso un processo che non è soltanto di esplicazione del linguaggio della norma, ma anche di trasformazione di essa in una regola concreta di decisione»²⁷⁸. Pertanto, «l'interpretazione deve integrarsi in un'ermeneutica che non si esaurisce all'interno della dimensione terminologica, ma si propone il compito ulteriore di elaborare criteri (...) che siano idonei a far riconoscere la regola del giusto nella realtà sociale»²⁷⁹.

Per tutte queste ragioni M. sostiene che – se si vuol tener ferma la finalità che ispira il vincolo della legge – l'affrancamento dai vari retaggi del positivismo, deve accompagnarsi ad un'interpretazione estensiva del termine «legge» utilizzato dall'art. 101, 1° co., Cost. come diritto vigente comprensivo del diritto di formazione extralegislativa²⁸⁰. In particolare, al vincolo derivante dalla costruzione linguistica del testo, egli propone di aggiungere, sulla scorta di Ascarelli, il più debole vincolo del diritto vivente che impone, a chi intende rompere la continuità giurisprudenziale, di argomentare in tal senso²⁸¹.

Mi par poi chiaro che, se la decisione giudiziale deve essere «fondata in forma deduttiva», essa debba scaturire da un sillogismo. Un vincolo sostanzialmente risibile che, in ultima analisi, si limita ad inibire la prospettazione di argomenti induttivi.

Vero è, invece, come conclude M., dopo dense pagine di «svelamento» sulle quali non è poi possibile indugiare, che «una deduzione logica è vincolante solo se le premesse sono vere, e la

²⁷⁶ L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori «atipici»?», in Dir. lav.*, 2000, I, p. 321.

²⁷⁷ Sulla distinzione cfr. U. SCARPELLI, *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, in *Foro it.*, 1970, Suppl. al n. 1, *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana*, ora in ID., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 407-448; la distinzione mi pare omologa a quella stabilita da Josef Esser tra *Motivation* e *Argumentation*: cfr. J. ESSER, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, in C. PERELMAN, P. FORIERS (a cura di), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 137 ss.; la distinzione esseriana viene discussa tra gli altri in G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 192 ss.

²⁷⁸ L. MENGONI, *ID*, p. 479.

²⁷⁹ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, p. 19.

²⁸⁰ *DM*, p. 72.

²⁸¹ *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., pp. 152-153.

logica non è in grado di controllare la verità delle premesse». La premessa minore così come quella maggiore non è materia di attività logica, bensì di un'unitaria attività valutativa²⁸².

Il vero problema della verifica del giudizio riguarda, invece, la razionalizzazione delle scelte contenutistiche operate dal soggetto decidente; scelte che non sono mai il frutto di operazioni logiche di stampo esclusivamente deduttivo²⁸³, ma ciò nonostante non sono necessariamente arbitrarie ed incontrollabili. In altre parole, postulato il vincolo della legge, la struttura sillogistica della giustificazione della sentenza giudiziale consegue quale logica *Denkgesetz*, poiché una decisione può dirsi fondata razionalmente solo allorché è possibile ricondurla ad una regola²⁸⁴. Ciò non significa, tuttavia, che il controllo della decisione giudiziale stessa, imposta dall'art. 111 Cost., non possa e debba estendersi ai profili valutativi²⁸⁵ che, per le ragioni già viste, interessano circolarmente sia la *maior* che la *minor*²⁸⁶. Ovvero: che non sia possibile razionalizzare il processo di adozione delle scelte contenutistiche operate dal soggetto decidente. Giungendo per tale via ad imporre che la trama argomentativa debba snodarsi attraverso passaggi di coerenza logica che, come dir si voglia, pongano in luce, liberino, «rendano pubbliche» le opzioni valoriali privilegiate dall'interprete, adottando poi, per il controllo delle scelte stesse, i procedimenti probatori della giustificazione e non certo quelli della dimostrazione.

Ad esempio, M. constata che, nell'ambito della relevantissima qualificazione dei rapporti di lavoro, il principio di identità viene a volte sostituito, secondo valutazioni di convenienza equitativa che M. stesso condivide ed auspica ²⁸⁷, da un criterio di equivalenza funzionale ²⁸⁸. Lungi

²⁸² PS, p. 26. p. 735; è significativo che M. BARCELLONA, *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)*, cit., p. 735, rilevi che M. parta dalla critica al sillogismo giudiziale. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 2^a ed., 1951, p. 368, espresse tutto ciò affermando, incisivamente, che il giudizio è il *prius* e il sillogismo il *posterius*. In tempi più ravvicinati cfr. per l'affermazione che il procedimento sussuntorio «non è mai quello seguito nel ragionamento decisorio, a meno che non si assuma a priori che le premesse del sillogismo decisionale siano note. Senza tale assunzione, il sillogismo, che si limita ad esplicitare nella conclusione ciò che è già presente nelle premesse, non è di alcuna utilità per il giudice», P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 352 ed ancora prima A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 95.

²⁸³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 2^a ed., 1951, p. 368 espresse ciò affermando incisivamente che il giudizio è il *prius* e il sillogismo il *posterius*. In tempi più ravvicinati cfr. per l'affermazione che il procedimento sussuntorio «non è mai quello seguito nel ragionamento decisorio, a meno che non si assuma a priori che le premesse del sillogismo decisionale siano note. Senza tale assunzione, il sillogismo, che si limita ad esplicitare nella conclusione ciò che è già presente nelle premesse, non è di alcuna utilità per il giudice» cfr. P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 352 ed ancora prima A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 95.

²⁸⁴ U. NEUMANN, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 335: «una giustificazione che non possa mettersi in forma sillogistica non è una giustificazione razionale, perlomeno nei sensi forte e fortissimo di questa espressione» (P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, cit., p. 353).

²⁸⁵ Che sono distinti da quelli dimostrativi che caratterizzano il metodo sillogistico. La teoria cognitiva, diversamente da quanto presuppone G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 89, non contempla, invece il sillogismo valutativo, che rappresenterebbe una contraddizione in termini.

²⁸⁶ È l'occasione per precisare che, contrariamente a quanto afferma G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., p. 92 chi scrive non ha mai affermato che M. lasci questi elementi all'assoluta creatività o arbitrarietà dell'interprete.

²⁸⁷ L. MENGONI, *Introduzione*, in G. DEODATO, E. SINISALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17 dove auspica appunto un procedimento di qualificazione più elastico e dinamico. Sulla nuova rilevanza dell'equità affrancata dal tradizionale fondamento giusnaturalistico, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 203 ss.

²⁸⁸ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 93.

dall'«occultare»²⁸⁹ questa pre-comprensione nell'inafferrabile coscienza individuale - e, quindi, sostanzialmente dal denunciarne l'estraneità rispetto alla tecnica decisionale del sillogismo decisionale -, egli ritiene che sia d'uopo razionalizzare la scelta decisionale stessa, che risulta chiaramente ispirata dal valore della tutela del lavoro. A ben vedere in questi casi, al posto del restrittivo principio d'identità, si assiste all'uso di un più elastico criterio d'equivalenza, il quale consente «varianti di senso adeguate ai vari contesti» del «nucleo comune a tutte le situazioni applicative» che caratterizza il significato letterale del testo normativo che esprime la fattispecie²⁹⁰. Ma proprio la raggiunta consapevolezza di questa premessa consente di garantire comunque il controllo dell'operazione e, quindi, un grado accettabile di certezza del diritto.

Va da sé però che a tal fine si deve utilizzare un procedimento, non dimostrativo, ma argomentativo e giustificativo²⁹¹. In breve, la motivazione deve confutare le opposizioni che, rispetto al singolo caso, possono essere sollevate, nei confronti delle prove argomentative addotte, ad opera d'un osservatore razionale, ed imparziale, il quale ragiona sulla base del criterio direttivo che le caratteristiche dei casi possono variare, ma, ciò nonostante, individuare sempre lo stesso schema, se insieme svolgono la medesima funzione²⁹² (cd. formazione metodica del consenso). Non risulta, invece, pertinente il rilievo che «il problema della qualificazione non è tanto quello della individuazione della “premessa minore” o del caso concreto, quanto quello dell'individuazione della “premessa maggiore”, ossia del tipo legale»²⁹³, perché ignora che il circolo ermeneutico, il quale è alla base della comprensione del testo, lega tra loro in un processo unitario le due fasi che il metodo analitico scientemente divide²⁹⁴.

²⁸⁹ L. MENGONI, *PS*, p. 16.

²⁹⁰ L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 193 ma cfr. il ben più argomentato *Id.*, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 356-357.

²⁹¹ Quando G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit, p. 92 afferma che il giudizio di equivalenza è utilizzato *esclusivamente* al fine di verificare se la medesima funzione del tipo legale possa essere svolta, nel caso concreto, da elementi diversi da quelli contemplati nella disciplina legale e non per adottare la decisione qualificatoria, non si avvede che il profilo più delicato è proprio quello valutativo di giustificazione della premessa del sillogismo decisionale (o qualificazione). Se poi il problema consiste nell'individuare il metodo maggiormente idoneo a garantire la minor incertezza ovvero l'autorità del punto di vista giuridico, come pare dire Proia (p. 89), la sua affermazione appare tanto più sorprendente.

²⁹² Ciò avviene esprimendo la fattispecie, non scientemente con il metodo analitico, il quale presuppone che la realtà si presenti in *rerum natura* come già giuridicamente compiutamente definita (cfr. criticamente L. MENGONI, *TG*, p. 9), ma in modo relazionale come «parametro tipologico» (L. MENGONI, *AM*, p. 100; sulla stretta connessione tra ermeneutica e *Typus* cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 64-65) o «tipo», secondo la locuzione tratta dalla filosofia aristotelica ed affinata nel corso della storia del pensiero (cfr. E. BERTI, *Le ragioni di Aristotele*, Bari, Laterza, 1989, p. 117 ss. e quindi soprattutto C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Bologna, Patron, 1984). Per l'ambito della qualificazione dei rapporti di lavoro cfr. più ampiamente L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 200 ss. M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 1, p. 79 ss.; nonché da ultimo E. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in *Aa. Vv.*, *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari Cacucci, 2003, p. 64.

²⁹³ G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit, p. 93.

²⁹⁴ La comprensione del significato del testo «nel momento della decisione è attinta dall'interpretazione argomentata dialetticamente in risposta alla questione pratica posta dal caso particolare» (L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, cit., p. 356). Dalla lettura del testo di Proia, citato nella nota precedente, si ricava più complessivamente l'impressione che l'autore non tenga nella dovuta considerazione il fatto che la configurazione esistenziale della comprensione fa sì che la comprensione stessa sia sempre produttiva del significato del testo soggetto ad interpretazione (v. *retro* § 2), sicché il vincolo della legge è destinato perennemente a mutare anche in considerazione della legge della *Wirkungsgeschichte*. Non a caso a questo suo indebolimento, per così dire, «esistenziale» si tenta di far fronte con il nuovo vincolo del diritto vivente.

5. Diritto e scienze pratiche: la *veritas*

Se negli scritti metodologici iniziali di M. l'accento si appuntava ancora sui «concetti assiologicamente orientati», rispetto ai quali i principi o i valori svolgevano sostanzialmente una funzione che possiamo definire «di guida» del processo di perfezionamento contenutistico sollecitato dal caso, in quelli successivi degli anni ottanta e novanta del secolo scorso, l'argomentazione teorica quasi sempre si rovescia e prende, quindi, direttamente le mosse dai valori. In parte, è mutato il contesto. Avanza lo scientismo tecnologico e si offusca l'unità culturale, pertanto emergono sempre più frequentemente problemi, come si suol dire, di «giuridificazione della coscienza». Il discorso giuridico deve così esplicitare le scelte etiche ad esso sottese, così come fu costretto a suo tempo a fare con quelle socio-economiche. E tutto ciò produce, inevitabilmente, «difficoltà e inconvenienti nell'attività di interpretazione delle leggi e di supplenza delle lacune legislative, attività che non è semplicemente cognitiva come un tempo si pensava, ma concorre alla formazione del diritto»²⁹⁵, ovvero alle regole che presiedono alla decisione dei singoli casi.

Ma, soprattutto, anche la dottrina italiana, sebbene in ritardo rispetto ad altre esperienze, ha nel frattempo scoperto appieno, e cioè in tutti i settori del diritto, i principi costituzionali. Se Norberto Bobbio, nel 1950, nel suo celebre «manifesto programmatico», scriveva che «tutto ciò che sta prima della regola (sia il fondamento o l'origine) non appartiene alla ricerca del giurista» e che l'importanza della teoria normativa consiste nel fatto di aver escluso dall'oggetto delle riflessioni del giurista l'«ispirazione etico-politica»²⁹⁶, nel 1992, la prospettiva – anche grazie alla già rammentata evoluzione del pensiero dello stesso Bobbio - appare ormai rovesciata. Infatti, Gustavo Zagrebelsky teorizza che «natura pratica del diritto significa anche che il diritto rispettoso della sua funzione si preoccupa della propria idoneità a disciplinare effettivamente la realtà conformemente al valore che i principi conferiscono a essa. Le conseguenze pratiche non sono dunque affatto un aspetto successivo, indipendente e influente sul diritto stesso, ma ne sono un elemento qualificativo»²⁹⁷. E il giudice costituzionale M. accompagna il suo nuovo ruolo con l'approfondimento scientifico²⁹⁸, rispettivamente, dell'ermeneutica costituzionale, caratterizzata dall'allentamento dei vincoli che specificano l'argomentazione giuridica nel genere del discorso pratico²⁹⁹, del bilanciamento tra principi concorrenti, del criterio di ragionevolezza, del concetto di diritto vivente e delle sue implicazioni sulla giustizia costituzionale³⁰⁰, di altri profili dell'argomentazione costituzionale³⁰¹.

Sullo sfondo di queste problematiche si ripresenta quasi sempre a M. il nodo tematico del rapporto tra diritto e morale. Sul punto, lo *starting point* delle riflessioni di M. è rappresentato dal

²⁹⁵ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 93.

²⁹⁶ *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 354.

²⁹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 166. Molto significativa la testimonianza dello stesso G. ZAGREBELSKY, *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, in *Jus*, 2002, p. 109, sull'importanza formativa di PS.

²⁹⁸ «Mengoni, mentre giudicava, studiava» (G. ZAGREBELSKY, *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, cit., p. 113).

²⁹⁹ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 120.

³⁰⁰ L. MENGONI, *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica*, in *Digesto IV*, vol. VI°, civile (1990), poi anche in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito e quindi p. 141 ss.

³⁰¹ Cfr. sul punto E. CHELI, *L'ermeneutica costituzionale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in L. NOGLER, *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit. nonché in *Nomos*, 2005/1-2, p. 9 ss.

pensiero dell'altro grande esponente della *Rehabilitierung*: Jürgen Habermas, il quale, come noto, sostiene che la morale non si colloca più *sopra* ma *nel* diritto positivo, senza, tuttavia, annullarvisi³⁰². Ma Habermas persegue l'elaborazione di una morale procedurale dell'agire comunicativo (e non produttivo), mentre non entra nelle particolarità impresse al discorso giuridico dai rammentati vincoli autoritativi. Egli dà così fiato a critiche, invero spesso esagerate, perché sono incentrate su una (solo) presunta posizione implicita di traducibilità immediata del discorso pratico generale nella realtà giuridica. Così, ad esempio, Niklas Luhmann ha svolto una vera e propria parodia del suo principio del consenso, al quale il sociologo tedesco contrappone, infine, la necessità della ricerca di una soluzione convalidata empiricamente³⁰³. D'altronde, lo stesso M. ironizza sul profetico e fortunato inciso di Habermas secondo cui «l'interpretazione della costituzione prende sempre più l'aspetto di una filosofia del diritto»³⁰⁴.

Comunque sia, M. teorizza, invece, direttamente che il nucleo minimale di principi (valori) suscettibili di fondazione razionale, cioè di conoscenza oggettiva (si potrebbe parlare anche di diritto naturale minimo)³⁰⁵ è stato incorporato «nel diritto positivo, nella forma di enunciati normativi della Costituzione. Ed incorporati dalla Costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi (non come *regole* ma) come *principi* elementari dell'ordinamento, i principi morali stessi «acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità», ma - ecco il punto - «senza perdere il loro *status originario*»³⁰⁶.

Perché M. difende lo «statuto ontologico e logico originario» dei principi costituzionali³⁰⁷? Certamente non per la consonanza – storicamente contingente – «col pensiero cristiano del fondamento etico del diritto positivo nelle Costituzioni successive alla tragica esperienza delle due guerre mondiali»; fondamento consistente nel concetto di «dignità umana» che «è la traduzione secolarizzata dell'idea biblica che l'uomo è stato creato da Dio a sua immagine e somiglianza»³⁰⁸. Dignità umana propria dell'uomo, non come individuo isolato, ma in quanto persona «che è un

³⁰² Così J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)*, cit., p. 568. La letteratura in materia è sterminata; cfr. a tal fine H. GEDDERT, *Recht und Moral. Zum Sinn eines alten Problems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

³⁰³ N. LUHMANN, *Quod omnes tangit...Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, in *RJ*, 12 (1993), p. 36 ss. In questa prospettiva è stato, ad esempio, osservato, da parte di T. DROSDECK, *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 78, che una teoria dell'argomentazione basata su regole di razionalità ideale trascura il lato umano. Si dovrebbe infatti tener conto che il discorso non è sempre condotto razionalmente, ma con supposizioni, falsità e affermazioni strategiche. I discorsi non sono sempre condotti con l'obiettivo di esplicitare i presupposti «normativi» della discussione, bensì spesso di nascondere le proprie argomentazioni dietro le frasi. È per questi motivi che la teoria consensuale della verità non sarebbe utilizzabile nella pratica.

³⁰⁴ *DM*, p. 76, in cui afferma che in tal modo le parti avranno dal giurista una risposta degna di un filosofo e non la decisione del caso.

³⁰⁵ L. MENGONI, *DM*, p. 76. Sul punto è necessaria una precisazione, perché M. afferma che l'odierno ordinamento giuridico è «multiculturale» (L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 92). M. pare fare riferimento ad un multiculturalismo sincronico e non potrebbe, d'altronde, essere diversamente, considerata la sua premessa sulla storicità della comprensione dei valori, che vanno cercati e riconosciuti nelle loro oggettivazioni storiche. Inoltre, si tratta pur sempre di un multiculturalismo «inglobato in una apparente unità sistematica» (e cioè in un minimo etico comune) e quindi molto distante dalla connotazione contemporanea del termine che insiste piuttosto sulla divisione.

³⁰⁶ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 92.

³⁰⁷ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118, in cui il problema viene trattato con maggior ampiezza argomentativa.

³⁰⁸ L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53; A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, in W. MAIHOFFER (a cura di), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966², p. 466.

concetto di relazione, implica essenzialmente un rapporto col mondo, ossia con gli altri»³⁰⁹. Premessa che consente di evitare la tanto paventata tirannia del principio della dignità umana, incorporato nell'art. 2 cost. ed in altre norme della Costituzione repubblicana del 1947 (ad esempio, art. 41, 2° comma)³¹⁰. Infatti, essa comporta «l'impossibilità di stabilire *a priori*, una astratta gerarchia dei valori costituzionali»³¹¹. Pertanto, quando si giudicano rapporti di diritto privato, non è corretto rimuovere del tutto e aprioristicamente il diritto fondamentale di cui è portatore il soggetto che ha posto in essere il comportamento giudicato, ovvero di bilanciare – torna la *prudentia* aristotelica – i contrapposti diritti fondamentali entrambi propri di soggetti privati³¹². In una prospettiva più ampia si pone, infine, con forza il problema della dichiarazione dei doveri fondamentali³¹³, proposta nella seconda metà degli anni novanta dall'*Inter-Action Council* delle Nazioni Unite³¹⁴.

Il motivo è più profondo. Esso tocca quella che Zagrebelsky ha definito la parte «inespressa», ma

³⁰⁹ Cfr. ora S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Bologna, Feltrinelli, 2006, p. 26 il quale riconosce a M. il merito di aver prospettato la persona anche come una struttura di valore, un essere assiologico. Sulla «rigorosa laicità nelle analisi e nelle valutazioni» di M. cfr. T. TREU, *Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro*, cit., p. 32.

³¹⁰ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *EGT*, XI, 1989, p. p. 10; L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53. Sulle problematiche sollevate dalla declamazione dei diritti umani cfr. da ultimo GARZIA MENDEZ E., *Diritti umani: origine, senso e futuro. Riflessioni per una nuova agenda*, in *Ragion pratica*, 26, 2006, p. 163 ss.

³¹¹ L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 11. In quanto valori costituzionalmente riconosciuti e garantiti, i diritti fondamentali sono sempre intrinsecamente limitati, anche quelli enunciati nella carta costituzionale senza richiamo, nemmeno generico, di limiti» [L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e pensiero, 1998, p. 3 ss., ed anche in ID., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., p. 64]. Sul punto cfr. negli stessi termini G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 170 e J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 310. Osservo, pur non potendo sviluppare in questa sede tale profilo, che l'esposta teoria dei diritti fondamentali intrinsecamente limitati induce M. ad attribuire alla libertà d'iniziativa economica un ruolo, non subordinato, ma equi-ordinato rispetto ad altri diritti fondamentali, come avviene d'altronde nella *Grundgesetz* (cfr. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 48, laddove l'A. pone sullo stesso piano i diritti fondamentali previsti tra i principi fondamentali e quelli contemplati nel titolo III in tema di rapporti economici). Ciò era d'altronde implicito, ad esempio, nella sua teoria sulla natura giuridicamente infungibile delle prestazioni del datore di lavoro [L. MENGONI, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, Jovene, 1989, pp. 154-155] ormai comunemente accolta dalla giurisprudenza (cfr. Cass. 12 maggio 2004, n. 9031 (est. Vidiri), in *MGL*, 2005, p. 444, che non esita ad adagiarsi sull'art. 41 Cost.). Ho rammentato questa teoria in un recente convegno fiorentino, suscitando l'immediata reazione critica di A. PROTO PISANI, *Le ragioni di un distacco*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 146 ss.

³¹² P. A. WINDEL, *Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts*, cit., p. 386.

³¹³ Il punto è – afferma criticamente M. nell'intervista a Pietro Ichino – che i diritti naturali «sono valori che nascono e si definiscono nella sfera morale indipendentemente da un dovere complementare. Come tali fanno valere una pretesa di assolutezza, di realizzazione incondizionata, potenzialmente disgregatrice dell'ordinamento positivo» (il «paradosso dei diritti naturali o innati dell'individuo, che si definiscono indipendentemente dal concetto di dovere»). Per questo, il passaggio contenutistico dai principi morali riconosciuti ed istituzionalizzati nella legge fondamentale alle regole di collisione deve essere «controllato normativamente dal principio di ragionevolezza, la cui funzione primaria è quella di impedire l'infiltrazione nell'ordinamento positivo di fondamentalismi di qualsiasi specie, morali, politici o economici» (L. MENGONI, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto*, cit., p. 46-47. Sul criterio di ragionevolezza cfr. da ultimo A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2002). È il concetto di *reasonable* che ha consentito, ad esempio, alla Corte suprema degli Stati Uniti di riconoscere la legittimità della legislazione sociale, svincolandosi dalla dittatura della libertà contrattuale.

³¹⁴ Si propone, più precisamente, l'adozione di una «dichiarazione universale delle responsabilità dell'uomo» composta di diciannove articoli. Le prime norme della dichiarazione obbligano qualsiasi persona a trattare i suoi simili in modo «umano», ad attivarsi per il rispetto della loro dignità e ad assumersi le proprie responsabilità nei loro confronti. Un'apposita norma è, quindi, dedicata al dovere sociale che è collegato al diritto di proprietà.

essenziale, delle ragioni del decidere³¹⁵. L'impulso a trattarne deriva alla «coscienza ermeneuticamente educata» di M., da due gruppi di problematiche che pongono entrambi in crisi il fatto che il criterio di legittimazione del diritto consista esclusivamente nel principio di maggioranza³¹⁶. Problematiche che vengono generalmente riprese dal noto testo di Robert Alexy intitolato *Begriff und Geltung des Rechts*³¹⁷: si tratta, da un lato, del problema dell'ingiustizia estrema, intollerabile da ogni punto di vista etico-razionale³¹⁸ e, dall'altro, della più frequente ipotesi della lacuna regolativa che sollecita il ricorso a criteri extrasistematici di decisione, tra i quali primeggiano i principi morali³¹⁹, perché sono generalmente il frutto di una considerazione più esaustiva e globale dei punti di vista concretamente in gioco. Comunque sia, su quest'ultimo punto si sottolinea sempre più frequentemente che le prescrizioni costituzionali sui diritti fondamentali, se vengono intese – come appare quasi sempre corretto – come «principi», rendono per definizione possibili più scelte regolative senza, tuttavia, indicare un criterio di preferenza o di temperamento rispetto ai diritti fondamentali delle altre parti coinvolte nella relazione giuridica³²⁰. Si apre così, per rifarci ancora una volta direttamente alle parole di M., «uno spazio di azione entro il quale» chi decide «deve scegliere tra più soluzioni senza essere ulteriormente determinato da norme giuridiche, da regole metodiche e da enunciati desumibili da sistemi giuridici»³²¹. Di qui l'importanza di riconoscere ai principi costituzionali anche la natura di norme morali, in modo tale che la ricerca della regola decisionale del caso – che, «se non necessariamente di natura morale», è comunque sempre «moralmente rilevante»³²² – possa procedere secondo le regole discorsive generali. Come si vede, ipotizzare la natura (anche) morale dei principi costituzionali non significa rendere applicabile un presunto diritto naturale esterno all'ambito normativo della Costituzione. Questo dualismo è stato ormai definitivamente superato a favore della *potestas* storicamente affermata dello Stato. Ma il principio di maggioranza non è sufficiente a legittimare tutte le scelte regolative e, quindi, è indispensabile ricondurre queste ultime alla forza morale dei valori dai quali peraltro, come si vedrà appresso, non viene tratto direttamente alcun contenuto concreto.

Analizzato il perché del conferimento della doppia natura – morale e giuridica – ai principi costituzionali, restano da considerare il fondamento e le modalità con le quali si sviluppa questa premessa. Il primo interrogativo conduce dritti al dato «inespresso» del fondamento ultimo del diritto. E M. senza esitazioni risponde a questo quesito che «la fonte ultima del diritto non è la collettività, ma la personalità spirituale dell'uomo, la sua dignità umana e la sua libertà»³²³.

³¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, cit., p. 119.

³¹⁶ Sulla rinata esigenza di una legittimazione metalegislativa dell'ordinamento giuridico, cfr. L. MENGONI, *AM*, p. 97; *Id.*, *Dogmatica*, p. 40.

³¹⁷ Freiburg im Breisgau-München, Karl Albert, 1992 trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997.

³¹⁸ *DM*, p. 75.

³¹⁹ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

³²⁰ H. J. KOCH, *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus: Das Prinzipienargument – Eine methodische Widerlegung des Rechtspositivismus?*, in R. ALEXY, H. J. KOCH, L. KUHLEN, H. RÜBMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 438-439.

³²¹ L. MENGONI, *Introduzione*, cit., p. VIII.

³²² L. MENGONI, *Introduzione*, cit., p. VIII.

³²³ L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 595 ss. e poi anche in *Id.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., da cui cito e quindi p. 50, riprende l'inciso da A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, cit., p. 464. A chi collega il diritto alla sola volontà di potenza (N. IRTI, *Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano*, in N. IRTI, E. SEVERINO,

Personalità spirituale, dignità umana, libertà, persona, sono valori che sono riferiti all'uomo e M.³²⁴ concorda con l'assunto di Max Scheler secondo cui quest'ultimo è *Wertträger* (portatore del valore) e non *Wertsetzer* (costitutivo del valore): «die Werte sind nicht von Zwecken abhängig oder von Zwecken abstrahiert, sondern liegen bereits den Strebenszielen, erst recht also den Zwecken zugrunde»³²⁵. A questa premessa, che qui accenniamo in breve, si accompagna poi l'ulteriore corollario che occorre distinguere tra valori e fini (o scopi), intendendo i primi come condizione di possibilità dei secondi³²⁶. Mentre questi ultimi dipendono dai desideri soggettivi, e non possono in quanto tali, a differenza di quanto riteneva Kant³²⁷, fondare un'etica materiale, i valori sono oggetti o, come dirà meglio Hartmann, «entità dotate di un essere ideale» (*ideales Sein*). Essi non esistono cioè al mondo della fattività, nel senso che non possono trovare nell'esperienza alcun riscontro certo³²⁸. Tuttavia, questa esistenza ideale è in grado di garantire l'universalità e, quindi, l'autonomia del discorso etico. Già Habermas aveva notato che la Corte costituzionale tedesca intende la *Grundgesetz* come «konkrete Wertordnung», nel senso, quindi, dell'etica materiale dei valori di Scheler e Hartmann³²⁹.

Ciò non significa però per M. che i valori siano *absconditus* e cioè qualcosa di *ganz Anderes*, come affermano i più intransigenti teologi dialettici. Sul punto M. condivide (con qualche distinguo sul quale tornerò tra un attimo) la tesi di Piovani – che ha avuto «la fortuna di frequentare»³³⁰ nel periodo triestino – secondo il quale la concezione moderna dell'individuo, il riconoscimento della sua autonomia nelle determinazioni morali, il fatto che debba essere sempre considerato un fine e mai come un mezzo, aveva definitivamente affrancato la validità dei valori dall'ordine

Dialogo su diritto e tecnica, Bari, La Terza, 2001, p. 106), questo orientamento risponde ancora oggi con la celebre frase di Kaufmann: «der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht» (E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927, p. 20).

³²⁴ L. MENGONI, *DM*, p. 73.

³²⁵ M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2000, Bonn, Bouvier, 7ª ed. a cura di M. S. Frings, 2000, rispettivamente, p. 506 (trad. it., p. 629) e p. 61. Nello stesso senso N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 19. Come noto, è merito di Gadamer e di Popper aver dimostrato che la tesi contraria, sostenuta dallo storicismo, de-storica il processo interpretativo e solo per questo assolutizza la coscienza storica.

³²⁶ N. HARTMANN, *Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart*, in *Actes du huitième Congr. De Philos. à Prague*, 1936 e poi in *Id.*, *Kleinere Schriften*, III, Berlin, Walter de Gruyter, 1958, p. 327; premessa fatta propria da L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1195.

³²⁷ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1192: la ragione soggettiva «è una istanza che, in quanto si risolve in un soggettivismo pratico, è socialmente incontrollabile»; per la critica del ricorso a Kant cfr. anche E. BERTI, *VR*, p. 67.

³²⁸ Premessa alla quale M. senz'altro aderisce in L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, p. 475 ss., poi con il titolo *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito (d'ora in poi con la sigla *ID*) e quindi p. 76, laddove parla di *postulato* dell'oggettività dei valori, che se viene negato costringe ad ipostatizzare la coscienza comune e cioè a far leva sul criterio del consenso della maggioranza. Sul punto cfr. M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, pp. 700-701, che pone in luce la differenza con la posizione post-metafisica di Habermas, che rimuove sostanzialmente il problema dell'essere dei valori (di qui la severa critica di F. VOLPI, *AK*, p. 147); cfr., infine, per una posizione analoga a quella di M. H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Berlin-New York, deGruyter, 1993, p. 240 ss.

³²⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 309-310. L'accento cade sull'aggettivo concreto, perchè l'ordine dei valori è ormai pacificamente ritenuto come impraticabile, cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss. e poi in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito e quindi p. 110.

³³⁰ L. MENGONI, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, cit., 43.

giusnaturalistico prestabilito e dalla morale «naturalmente» accomunante gli uomini in universalità³³¹. Da allora, la validità dei criteri valoriali non è più prospettabile con una concezione trascendentale che li configura come idee sovraordinate al mondo storico capaci *in re ipsa* di vincolare a sé le coscienze, ma si deve collocare nella storia. Pertanto, da quando la pluralità è diventata la cifra essenziale delle civiltà moderna, è divenuto chiaro che «l'essere naturale dei diritti naturali moderni è essere nella storia»³³² e, quindi, è oggi improponibile «un ritorno sulle posizioni del vecchio diritto naturale»³³³, che assegnava lo statuto dei valori alla filosofia teoretica.

6. (Segue) Il neo-leibnizianesimo di Mengoni

Accantonata questa via, lo sforzo costruttivo di M. produce quello che si può considerare il suo contributo più «originale»³³⁴, non più (solo) alla scienza giuridica, ma al dibattito filosofico più ampio, da cui ha preso le mosse il mio tentativo di ripercorrere gli scritti metodologici di M. Se il «ri-» che si antepone alla abilitazione della filosofia pratica si traduce generalmente in neo-artistotelismo e in post-kantismo, l'orientamento mengoniano potrebbe essere sintetizzato come neo-leibniziano. Esso si snoda nei seguenti passaggi.

Pur senza indulgere allo storicismo «che erige la storia a fonte costitutiva dei valori, occorre», secondo M., al contrario, «riconoscere la storicità del nostro modo di conoscerli e di valutarli, e quindi la relatività al contesto sociale, economico e politico dei loro modi di invero nel tempo»³³⁵. Riecheggia in questa efficace sintesi, la *Wertlehre* di Hartmann, secondo cui la validità (*Geltung*), ma non l'imperscrutabile essere dei valori, dipende dai *Wertträger* e, quindi, è necessariamente relativa. Essa dà luogo ad un *Wandel der Werte*, il quale presenta il pericolo che un unico valore si trasformi in tiranno della persona³³⁶. Ma ciò che conta è che la distinzione proposta riposiziona, ascrivendolo al problema superiore dell'essere, il momento in cui bisogna prendere atto del «sacrificio dell'intelletto» (*Opfer des Intellekts*)³³⁷. Sul piano inferiore della validità del valore o, come preferisce esprimersi M. sempre sulla scorta di Hartmann, delle «idee di valore»³³⁸ che si formano nello spirito umano (si pensi all'enorme dibattito che è in corso intorno all'idea della dignità umana soggetta a continui affinamenti e riformulazioni), l'uomo è in grado di conoscere e, quindi, di fondare razionalmente, sebbene solo indirettamente, una

³³¹ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 118 nt. 9.

³³² P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 85 e pp. 95-96. Sul punto v. L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53, nonché N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 345.

³³³ I valori del diritto naturale appartenevano al mondo metafisico, erano valori non solo metagiuridici, ma anche metastorici, organizzati in un sistema deduttivo fondato su un principio soprasensibile supremo, Dio nella scolastica medievale, la ragione del diritto naturale profano dei secoli XVII e XVIII» [tutti i passi citati nei testi sono in *AM*, p. 98, il quale continua affermando che «poiché nella società pluralistica, qualificata dal conflitto tra gruppi organizzati portatori di opposte ideologie, il consenso fondamentale è il risultato di un compromesso, i valori riconosciuti dalla costituzione formano un insieme non omogeneo, percorso da frequenti antinomie culminanti nella tensione costante tra il principio (o valore) dello Stato di diritto e il principio dello Stato sociale»].

³³⁴ Cfr. M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, cit., p. 703 ss.

³³⁵ Così, da ultimo, L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori «atipici»?», cit.*, p. 321.

³³⁶ Cfr. la sintesi N. HARTMANN, *Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart*, cit., *passim*.

³³⁷ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Duncker & Humblot, 1919, ora in *Id.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 7ª ed., 1988, p. 611, trad. it., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948, p. 40.

³³⁸ L. MENGONI, *ID*, p. 78, idee che «si distinguono dai valori come la copia (sempre imperfetta) si distingue dall'archetipo».

Verbindung con i valori che sono alla base delle idee stesse³³⁹.

Ciò avviene perché la conoscenza, comunque solo indiretta, dei valori ha luogo, non in via di mera intuizione come ritenevano Scheler e Hartmann, ma, al contrario, per il fatto che si ritiene che i valori possono essere individuati «cercandoli e riconoscendoli nelle loro oggettivazioni storiche»³⁴⁰, ovvero nell'*ethos* in cui agisce la persona umana. A tal fine, M., premesso che il giurista non deve esprimere giudizi di dover essere, ma giudizi di fatto del tipo: «quale tra le possibili soluzioni del caso da decidere (...) si approssima maggiormente alla giustizia»³⁴¹, si rifà, come anticipato, a Leibniz e, più precisamente, alla sua conoscenza del vero-simile. Si badi bene, però, che non si tratta della conoscenza empirica propria dei giudizi di probabilità induttiva, i quali hanno a che fare con la configurazione mutevole dell'*oggetto*. Qui, infatti, si discute di una probabilità che scaturisce dall'incapacità del *soggetto* a cogliere la verità del valore. Ciò nonostante, a differenza di altri esponenti della riabilitazione della filosofia pratica, i quali sono dell'opinione, rifacendosi ad Aristotele, che la verosimiglianza sia incompatibile con una conoscenza oggettiva³⁴², Leibniz ritenne che la verosimiglianza possa essere dimostrata con argomenti «ricavati dalle cose mediante ragionamento»³⁴³. Pertanto, argomenta M., «come oggettività ideali, i valori sono suscettibili di una conoscenza mediata dalle idee di valore che si formano» negli spiriti umani che popolano la società civile «selezionate attraverso un confronto condotto dialetticamente in stretta aderenza alle circostanze del caso in questione: una conoscenza analogica, bisognosa dell'aiuto dell'esperienza, senza tuttavia che ciò la riduca a mera conoscenza empirica»³⁴⁴.

Questo tipo di verità, provvisoria perché sempre esposta alla possibilità di confutazione³⁴⁵, condivide con l'uomo «il destino della vita di poter morire»³⁴⁶. Però, di essa, essendo «oggettivamente garantita dall'intersoggettività, dobbiamo, come giuristi, accontentarci»³⁴⁷. Inoltre questa possibilità, di una verità (non necessaria ma almeno) *beyond a reasonable doubt*, è almeno sufficiente per garantire «una fondazione ultima di ordine morale»³⁴⁸ all'adozione delle regole di condotta da parte dell'individuo. Un percorso argomentativo, incentrato sul cognitivismo moderato,

³³⁹ M. diede così possente voce all'esigenza di evitare l'estremizzazione – la *Trennung* - che spezza la possibilità umana di conoscere i valori separandone l'essere dalla validità, i fatti dai valori e i mezzi dai fini.

³⁴⁰ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., pp. 90-91.

³⁴¹ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, cit., p. 20; ID., ID., p. 80 nt. 30.

³⁴² Cfr. H. KUHN, *Aristoteles und die Methode der politischen Wissenschaft*, in M. RIEDEL (a cura di), *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972, I, p. 261 ss. in polemica con W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, Nuewied am Rhein-Berlin, Lutcherhand, 1963.

³⁴³ G.W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, Torino, Utet, 2000, p. 445, cit. da L. MENGONI, ID, p. 79. Sulla possibilità di teorizzare, e quindi razionalizzare, l'argomentazione nel contesto dell'agire orientato all'intendere il punto di riferimento di M. è senz'altro J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handels*, I, Baden-Baden, Suhrkamp, 4ª ed., 1988, p. 48.

³⁴⁴ ID, p. 80.

³⁴⁵ AM, p. 88 ss.; sul punto cfr. comunque F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in ID., *Retorica processo verità*, Padova, Cedam, 2005, p. 2 ss.

³⁴⁶ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, cit., p. 77.

³⁴⁷ DM, p. 77. Chi giudica sulla base di premesse scientiste (N. IRTI, *Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano*, cit., p. 107) o teologiche (F. VOLPI, AK, p. 145) non può che valutare l'assunto mengoniano come arbitrario o soggettivo. Chi condivide la premessa di M. deve convivere con la limitatezza delle conclusioni, una situazione ben rappresentata da V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, cit., p. 298.

³⁴⁸ L. MENGONI, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto*, cit., p. 46.

che M. dichiarò, in un secondo momento, coincidere con le riflessioni di Capograssi.

Si riporta così il discorso, come già detto, alla teoria generale dell'azione pratica (v. *retro* § 2), ovvero alle idee sui valori che congiungono in una concordia di fondo, almeno intorno ad un nucleo minimo di principi morali, i componenti dell'*ethos*³⁴⁹. E quest'armonia rimanda alla musica. Alessandro Giuliani riteneva che le interferenze tra musica e diritto fossero «rilevate dalla stessa etimologia: nel periodo arcaico il termine *nomos* indicava», infatti, «una particolare forma di canto, e la memoria delle leggi era facilitata dal canto»³⁵⁰. Il fratello Flavio ha recentemente reso nota una lettera in cui M. giustificò l'abbandono del pianoforte con la considerazione che aveva «capito di comunicare dettagli, mentre la musica deve creare l'emozione»³⁵¹. Forse proprio in questa confessione ritroviamo la ragione più intima che fece scattare l'ispirazione metodologica di Luigi Mengoni la quale ha prodotto partiture che continueranno ancora a lungo a trasmetterci emozioni profonde.

³⁴⁹ L. MENGONI, *DM*, p. 76, il quale continua affermando che si potrebbe parlare anche di «diritto naturale minimo»; *Id.*, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118. Sulla ripresa del concetto aristotelico di *ethos* cfr. J. RITTER, *Metaphysic und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, trad. it., *Metafisica e politica*, Genova, Marietti, 1983.

³⁵⁰ A. GIULIANI, *Osservazioni introduttive*, in *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, I, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, ESI, 1988, p. 12.

³⁵¹ Cfr. il volume L. NOGLER (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit.

Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*

Alessandro Bellavista

1. Premessa.	81
2. Competizione tra ordinamenti e diritto del lavoro.	82
3. Le tendenze della politica sociale europea e i modelli regolativi adottati.	85
4. La politica sociale tra <i>hard law</i> e <i>soft law</i> .	89
5. Il ruolo della Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e i limiti alla concorrenza tra ordinamenti.	92
6. Trattato costituzionale europeo e diritti sociali fondamentali.	95
7. La competizione regolativa, la proposta di direttiva Bolkenstein, il distacco dei lavoratori.	99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 47/2006

1. Premessa.

Il tema della competizione, e cioè della concorrenza, tra ordinamenti giuridici è oggi alquanto dibattuto³⁵². Esso può essere affrontato sia dal punto di vista dei rapporti tra i vari sistemi giuridici mondiali sia da quello, in apparenza più limitato, delle relazioni tra i sistemi giuridici europei. Rispetto a quest'ultimo profilo, di recente la discussione è stata aperta a seguito di alcune pronunce della Corte di Giustizia che hanno riconosciuto la copertura della libertà di stabilimento alle pretese di cittadini europei di utilizzare le norme (meno severe) del diritto societario dello Stato membro in cui è formalmente costituita la società, anche se essa svolge prevalentemente, se non esclusivamente, la propria attività in un altro Stato membro (munito di regole a prima vista più rigorose)³⁵³.

Va subito messo in rilievo che, com'è stato con acutezza sottolineato, siffatte pronunce della Corte di Giustizia non vanno enfatizzate: nel senso che possono essere lette come mera applicazione di una libertà fondamentale del Trattato istitutivo della CEE (da ora TCE) e non tanto come apertura alla competizione tra ordinamenti³⁵⁴.

Tuttavia, prescindendo da queste decisioni del giudice europeo, appare comunque necessario affrontare la questione della concorrenza tra ordinamenti dal più limitato angolo visuale che concerne i limiti alla possibilità di scelta, da parte del cittadino comunitario, di assoggettare alcuni rapporti giuridici alle regole dell'ordinamento che ritiene a sé più favorevole. Si ripropone così l'interrogativo se, scontate le difficoltà dell'armonizzazione normativa a livello europeo, valga la pena di utilizzare come rimedio generale il principio del mutuo riconoscimento già diffuso in varie aree del diritto comunitario³⁵⁵.

È evidente che il punto nodale riguarda la possibilità di considerare la norma giuridica "alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata". Ma è altresì chiaro che l'esame dell'opportunità di superare, nel sistema europeo, una rigida contrapposizione tra uniformazione normativa e concorrenza tra ordinamenti, implica "stabilire per ciascun segmento di mercato le caratteristiche strutturali che possano indurre a preferire la coesistenza tra regole in competizione tra loro ovvero una regola uniformemente applicata"³⁵⁶.

³⁵² Cfr. gli scritti in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Laterza, Roma-Bari, 2004; M. Gnes, *La scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004; N. Irti, *Geo-diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 21 ss.; P.G. Monateri, *Lex mercatoria e competizione tra ordinamenti*, in *Soc. dir.*, 2005, 2229 ss.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002. E già prima cfr. il fondamentale volume di F. Galgano – S. Cassese – G. Tremonti – T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993.

³⁵³ Cfr. M. Colangelo, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, 1220 ss.

³⁵⁴ Cfr. A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 83 ss., spec., 107 ss.

³⁵⁵ Cfr. L.S. Rossi, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter. priv. proc.*, 2004, 77 ss.; M. Gnes, *La scelta del diritto*, cit., 106 ss.; G. Tesauo, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2001, 371 ss.

³⁵⁶ A. Zoppini, *Prefazione*, in *La concorrenza*, cit., V e VIII; cfr., anche, S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 323 ss.

2. Competizione tra ordinamenti e diritto del lavoro.

Di conseguenza, anche per quanto concerne l'area del diritto del lavoro, la problematica richiede l'adozione di uno specifico metodo d'approccio.

Intanto sono necessarie alcune considerazioni preliminari. Anzitutto, va rilevato che tale fenomeno, ossia quello della possibilità di scelta del diritto nazionale più favorevole, nell'ambito del diritto del lavoro, si manifesta in modo circoscritto, perché proprio nell'area dei rapporti di lavoro operano le norme speciali della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che pongono barriere alla facoltà di scelta della legge nazionale applicabile³⁵⁷. E soprattutto, nel caso del distacco transnazionale di lavoratori, agisce la disciplina speciale della direttiva n. 96/71/CE del 16 dicembre 1996 che garantisce l'operatività di gran parte della normativa lavoristica nazionale del Paese ospitante nei confronti dei lavoratori distaccati. Questa è la prima osservazione che però andrà approfondita nello svolgimento del successivo discorso.

In secondo luogo, va sottolineato che, rispetto al fenomeno della globalizzazione, e quindi della internazionalizzazione dei mercati, oggi il diritto del lavoro è fortemente provocato³⁵⁸; però, è anche vero che il riferimento alla globalizzazione dei mercati, e al conseguente allargamento del terreno di gioco della concorrenza, è un qualcosa di ricorrente, anche se con sfaccettature diverse. È da ricordare, infatti, che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro nasce all'indomani della fine della I guerra mondiale, con lo scopo di fissare delle norme comuni per evitare che la competizione e la concorrenza fra i sistemi economici dei vari Paesi operassero attraverso lo sfruttamento della manodopera³⁵⁹.

In terzo luogo, va detto che la caratteristica principale del diritto del lavoro, forse la più importante (almeno sotto il profilo storico, perché ne segna l'atto di nascita), nelle società occidentali, è appunto quella data dal fatto di operare in funzione della protezione di una delle parti del contratto. Ciò si realizza mediante l'utilizzazione della tecnica della norma comune, cioè della norma minima inderogabile (qualunque sia la sua fonte: regolamentare, legislativa, contrattuale), come strumento che ponga un freno all'assoggettamento del lavoro umano alle dinamiche della domanda e dell'offerta: e perciò all'agire del libero mercato. Così, la concorrenza è spostata sulla valorizzazione di altri fattori produttivi diversi dalla pressione sulle condizioni di lavoro. Quindi, lo *standard* comune in materia lavoristica, secondo il tradizionale insegnamento, è anche un meccanismo che incentiva l'innovazione. Il che impedisce alle imprese di farsi concorrenza a spese dei livelli di tutela dei lavoratori, ostacola la corsa al ribasso, la nota *race to the bottom*, in quest'area, e perciò induce verso l'esaltazione di altri fattori produttivi³⁶⁰.

³⁵⁷ Cfr. A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in *La concorrenza*, cit., 32; A. Lyon-Caen e S. Sciarra, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 20, 9 ss.; M. Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra leggi e contratti collettivi*, ivi, 73 ss.

³⁵⁸ Cfr. P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro, L'ordinamento europeo*, Laterza, Roma – Bari, 2005, 225 ss.; U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *Lav. dir.*, 2004, 569 ss.; A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999.

³⁵⁹ Cfr. R. Adam, voce *Ilo (International labour organization)*, in *Digesto IV, Disc. pubb.*, vol. VIII, 1993, 97 s.

³⁶⁰ Così, G. Giugni, *Lavoro leggi contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, 104 ss. e 107.

La quarta considerazione consiste nella consapevolezza che lo studioso del diritto del lavoro, il quale affronta il tema della competizione degli ordinamenti, si trova fortemente a suo agio esaminando questo problema sotto il profilo del vantaggio competitivo rappresentato da un certo regime regolativo ai fini dello svolgimento dell'attività economica. In effetti, il diritto del lavoro è parte integrante di un sistema normativo ed è più che noto che la variazione del livello di (o, meglio, del peso e quindi del costo della) regolamentazione agisce sulla competitività del contesto in cui opera quel tipo di diritto del lavoro³⁶¹. Orbene, per cogliere meglio la portata di quanto appena detto, basti ricordare che da sempre si discute se una maggiore flessibilità delle condizioni di lavoro, ad esempio sotto il profilo dell'alleggerimento dei vincoli al licenziamento, possa aumentare e favorire la domanda di lavoro e quindi i posti di lavoro; e perciò incrementare la capacità competitiva delle imprese e del sistema dove agisce quel tipo di diritto del lavoro. Più in generale, non v'è evidenza empirica che dimostri con assoluta certezza che ad una maggiore flessibilità delle condizioni di lavoro corrisponda una maggiore occupazione, quantomeno in termini assoluti³⁶². Semmai, ma si tratta di un discorso che qui può essere solo accennato, raggiunto un determinato e tendenzialmente equivalente livello di sviluppo in un'area alquanto estesa, come l'Unione europea, andrebbe evitato di riporre eccessiva fiducia nelle capacità taumaturgiche di un solo ramo o spezzona del diritto. In altre parole, vi sono ragionevoli dubbi sulla circostanza che l'assetto del diritto del lavoro in sé possa influenzare la competitività di un sistema nazionale in modo decisivo, in quanto le scelte d'investimento delle imprese spesso dipendono da valutazioni più ampie e variegate³⁶³.

Però è anche vero che, da tempo, si osserva come l'internazionalizzazione dell'economia abbia messo in luce la particolare vulnerabilità dei diritti del lavoro nazionali. Infatti, la "mobilità delle aziende, riconosciuta in Europa dal diritto di stabilimento e dal mutuo riconoscimento degli ordinamenti, offre agli imprenditori ampie possibilità di 'fare shopping' fra le varie legislazioni anche in materia di lavoro"³⁶⁴. E perciò nel mercato unico gli operatori economici possono "votare con i piedi" e cioè "condizionare l'azione regolativa dei governi nazionali optando, o minacciando di optare, per le aree e i sistemi che offrono condizioni più favorevoli"³⁶⁵. E più di recente, l'allargamento dell'Unione, con l'ingresso di Paesi molto deboli sul piano sociale, può instaurare inquietanti dinamiche competitive tra questi e quelli con normative lavoristiche più avanzate³⁶⁶.

Né va trascurato che un'altra direttrice primaria del moderno diritto del lavoro, in quanto diritto della persona, è quella della tutela delle differenze o quantomeno di sapere affrontare la sfida delle differenze³⁶⁷. E cioè, il diritto del lavoro, benché fondato appunto su norme inderogabili,

³⁶¹ Cfr. T. Treu, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 33 ss.

³⁶² Cfr. R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2001, 19.

³⁶³ Cfr. R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 409 ss.; e O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, Stevens & Sons, London, 1977, 2 ss.

³⁶⁴ T. Treu, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione*, in *Nazioni senza ricchezza*, cit., 99; e cfr. W. Streek, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *Stato e mercato*, 1990, 29 ss.

³⁶⁵ Cfr. M. D'Antona, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. dir.*, 1992, 54.

³⁶⁶ Cfr. T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 37 ss. e 50 ss.; e già S. Simitis, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 530 ss.

³⁶⁷ Cfr. M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 458 ss. S. Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, ivi, 87 ss.; U. Romagnoli, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 535.

non è ontologicamente costretto a perseguire soltanto l'obiettivo di imporre *standards* unitari. Ma in verità, seppure spesso indirettamente, ha talvolta cercato di valorizzare l'autodeterminazione e quindi di garantire quella uniformità di tutela tale da assicurare le precondizioni per lo sviluppo delle diversità individuali e collettive. E perciò, su un piano più generale, un tollerabile grado di differenziazione tra i sistemi lavoristici non sarebbe in sé incompatibile con l'idea dell'armonizzazione. Ciò sia perché potrebbe essere compensato da altri elementi sia perché rispettoso di radicate e storiche diversità nazionali tali da fondare la specifica identità degli appartenenti a quel determinato contesto territoriale³⁶⁸.

Entrando *in medias res*, va concentrata l'attenzione su tre aspetti peculiari, ovviamente sempre dal punto di vista del lavorista.

Il primo punto concerne gli obiettivi della politica sociale europea e quindi della politica comunitaria nel campo del diritto del lavoro. Ciò investe anche l'analisi dei vari modelli regolativi adottati. Ossia, bisogna chiedersi quale sia la tendenza del diritto europeo. Armonizzazione delle regole ovvero valorizzazione, per non dire accentuazione, delle differenze? Questo è un dubbio che rimane ancora oggi in parte irrisolto. In questa sede, pare più opportuno provare a giustificare l'esistenza di una soluzione intermedia.

Il secondo aspetto sul quale va soffermata l'attenzione è quello del ruolo della Corte di giustizia e dei diritti fondamentali sia nella valorizzazione della politica sociale europea sia come limite ai tentativi dei legislatori nazionali di procedere ad introdurre o di mantenere differenziazioni dei loro sistemi regolativi.

Il terzo aspetto è di estrema importanza e riguarda l'interrogativo di quali siano - in questo momento in cui a livello europeo rimangono diversificazioni dei livelli di tutela assicurati dai diritti del lavoro nazionali, e quindi l'armonizzazione non è completa - le attuali tecniche che vengono utilizzate dal legislatore comunitario, per evitare, pur in un sistema di persistente differenziazione, la concorrenza verso il basso delle condizioni di lavoro, cioè il *dumping* sociale.

È evidente che l'*optimum* sarebbe quello di arrivare ad un rafforzamento dei poteri e delle funzioni in tema di politica sociale ed economica al livello sovranazionale comunitario tale da compensare il potere della *business community* internazionale e di creare (almeno, ma anche a livello mondiale) in Europa una formazione di tipo politico-pubblico proporzionata ai fenomeni da controllare. È questa un'opera estremamente complessa, ancora non compiutamente realizzata, ma di cui si possono rintracciare le fondamenta se si tiene conto delle più recenti modifiche dei Trattati europei; e che deve continuare a rappresentare l'obiettivo finale del processo di integrazione³⁶⁹.

³⁶⁸ Cfr. M. D'Antona, *Mercato unico*, cit., 58; S. Simitis, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 648 ss.; C. Barnard, *Social Dumping and the Race to the Bottom: some Lessons for the European Union from Delaware?*, in *European Law Review*, 2000, 57 ss.

³⁶⁹ Cfr. U. Romagnoli, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2005, 536; P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 250 ss.; G.P. Cella, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 38 ss.; T. Treu, *Il diritto del lavoro*, cit., 104 ss.; G.F., Mancini, *Argomenti per uno Stato europeo*, in *Soc. dir.*, 1998, 7 ss.; M. D'Antona, *Chi ha paura della sussidiarietà*, in *Lav. dir.*, 1994, 571 ss.

3. Le tendenze della politica sociale europea e i modelli regolativi adottati.

Anzitutto, ovviamente, sarebbe qui un fuor d'opera ripercorrere la storia della politica sociale europea e ci si limiterà ai passaggi essenziali³⁷⁰. Come è stato bene sottolineato, “il processo di integrazione europea ha avuto come obiettivo primario la creazione di un mercato unico nell'ambito del quale il legislatore comunitario delle origini ha privilegiato le ragioni della concorrenza rispetto alle ragioni del lavoro”. Ciò nel senso che “i padri dell'Europa, ma anche il Consiglio e la Commissione di Bruxelles non hanno mai teso – mai, almeno in prima battuta – a riformare la condizione dell'uomo che vende la sua forza lavoro”. Alle origini, infatti, il Trattato istitutivo della CEE (da ora TCE) “ha un solo, vero obiettivo: creare un mercato europeo, fondato sulla concorrenza e caratterizzato, per un verso, dalla liberalizzazione degli scambi fra gli Stati membri, per l'altro, dall'istituzione di una tariffa doganale comune verso il resto del mondo”. E “in questo obiettivo il lavoro – il lavoro subordinato, in particolare – è inestricabilmente coinvolto”. È “logico”, quindi, che il Trattato e la legislazione comunitaria se ne occupino; ma logico anche che se ne occupino solo nella misura di quel coinvolgimento e soprattutto in vista dell'incidenza che la condizione materiale e giuridica dei lavoratori può avere sul raggiungimento dell'obiettivo”. In altri termini, “non è un più alto tasso di socialità che il legislatore ha in principio di mira”: gli “interessano soprattutto, per toglierli di mezzo o per attutirne le conseguenze, i fattori suscettibili di ostacolare il buon funzionamento del mercato”³⁷¹.

Tuttavia, con il trascorrere del tempo, le varie modifiche del TCE, l'intervento della Corte di Giustizia e le pressioni degli attori politici e collettivi hanno contribuito ad allargare progressivamente lo spazio della dimensione sociale dell'Unione europea. Se in origine i diritti sociali e del lavoro svolgevano una funzione ancillare rispetto al diritto della concorrenza³⁷², oggi le cose non stanno più così. Già dopo il Trattato di Amsterdam, si poteva, a ragione, osservare che era stata conferita “alla Comunità un'ampia competenza normativa concorrente con quella degli Stati membri ed esercitabile, in linea di massima, in relazione quasi all'intero arco delle condizioni di lavoro”³⁷³. Vero è che ancora non è in vigore una Costituzione dell'Unione contenente un catalogo di diritti fondamentali, tali da impedire che il principio di “un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (di cui agli artt. 4 e 98 del TCE) rappresenti la stella polare della politica europea³⁷⁴. Però, i diritti sociali fondamentali hanno trovato e trovano sempre più *audience* attraverso diversi meccanismi, seppure talvolta non del tutto lineari³⁷⁵. Si pensi poi che già all'indomani della firma

³⁷⁰ Su questa lunga e tormentata vicenda cfr., ampiamente, S. Simitis – A. Lyon-Caen, *Community Labour Law: A Critical Introduction to its History*, in *European Community Labour Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 1 ss.; M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 3° ed., Cedam, Padova, 2002, 3 ss.; P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 3 ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali europee*, in *La Carta di Nizza*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, 41 ss.; R. Foglia, *Il lavoro*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, tomo II, Giappichelli, Torino, 2000, 807 ss.; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, 1 ss.; S. Simitis, *Europeizzazione*, cit., 639 ss.

³⁷¹ Così, G. F. Mancini, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 478 s.; S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in *European Community Labour Law*, cit., 63 ss.

³⁷² Cfr. S. Simitis, *Fine o rinascita*, cit., 531 ss.

³⁷³ M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 34.

³⁷⁴ Cfr. S. Simitis, *Europeizzazione*, cit., 653 ss.; M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 63.

³⁷⁵ Cfr. M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 60 ss.; P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 117 ss. e 180 ss.

del Trattato costituzionale europeo – che al momento, non è entrato in vigore; e, anzi, vi sono dubbi su quando si realizzerà questo evento³⁷⁶ – v'è chi ha messo in risalto il “traguardo di straordinaria importanza storica”³⁷⁷ rappresentato dall’inserimento in esso della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea approvata a Nizza (con una dichiarazione che ne escludeva la diretta efficacia giuridica) e ha affermato che “l’incorporazione della Carta di Nizza nella II parte della Costituzione, oltre a munire di valore giuridico una serie di diritti prima solo politicamente affermati, determina il definitivo superamento della matrice esclusivamente mercantile dell’Unione europea e quindi valorizza, nell’ambito dell’ordinamento europeo, ‘le ragioni’ dei diritti sociali rispetto a quelle finora prevalenti della concorrenza”³⁷⁸.

Pertanto, è sempre più fondata la conclusione secondo cui lo sviluppo della dimensione sociale europea non trova ormai ostacoli normativi insuperabili. Semmai, la questione diventa spiccatamente politica: vale a dire, riguarda le scelte concrete da adottare per aggiornare il modello sociale europeo di fronte alle sfide cui si trova esposto³⁷⁹.

Così, si può sottolineare che uno dei grandi problemi della politica sociale europea è sempre stato caratterizzato dalla ricerca di un giusto equilibrio tra due obiettivi. Il primo era quello appunto di evitare in un mercato aperto, che era quello che si andava a costituire in Europa con il Trattato istitutivo del 1957, il *dumping* sociale: e cioè, di impedire appunto che la concorrenza si basasse sullo sfruttamento della manodopera. Dall’altro lato, accanto a questo, si poneva però un obiettivo contrapposto, ma coordinato. E cioè quello di evitare il *dumping* sociale alla rovescia. In altri termini, se lo scopo era quello di contrastare il *dumping* sociale, allora, per conseguirlo, bisognava procedere verso l’armonizzazione di alcune regole base nel campo lavoristico. Ma, qualora questa armonizzazione fosse stata tarata su *standards* troppo elevati, si sarebbe prodotto un *dumping* sociale alla rovescia nei confronti dei Paesi che non avevano livelli di sviluppo economico comparabili agli altri Paesi su cui erano stati calibrati i suddetti *standards*: nel senso che quelle misure in apparenza di applicazione generale avrebbero avuto una funzione protezionistica nei confronti dei Paesi economicamente più forti³⁸⁰.

Un problema analogo si pone oggi nel contesto del rapporto tra il modello sociale europeo e i sistemi sociali dei Paesi cosiddetti emergenti, e che investe la grande questione della tutela dei diritti del lavoro nell’epoca della globalizzazione. In questa sede è necessario limitarsi ad una battuta. Pensare di estendere il modello sociale europeo, i livelli di tutela così faticosamente conquistati, *ex abrupto*, in Paesi che hanno dei livelli di sviluppo differenti, ovviamente è qualcosa che non è ragionevolmente concepibile. Ciò avrebbe semplicemente un effetto protezionistico: perché, dietro la formale giustificazione di tutelare alcune esigenze fondamentali, in verità si proteg-

³⁷⁶ Cfr. J. Kenner, *La Costituzione che non c’è mai stata: si può salvare qualcosa dal naufragio?*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 563 ss.

³⁷⁷ S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, 559.

³⁷⁸ G. Santoro Passarelli, *Le “ragioni” dell’impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell’orizzonte della normativa europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 97; e cfr. G. Arrigo, *La nuova Carta dei diritti fondamentali*, in *Lav. inf.*, 2000, 5 ss.

³⁷⁹ Cfr. U. Romagnoli, *Divagazioni*, cit., 535 s.; T. Treu, *Le regole sociali*, cit., 39 ss.; M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 34; C. Joerges, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 35 ss.

³⁸⁰ Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 3 ss.; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro*, cit., 104 ss.

gerebbero gli interessi dei Paesi che mirano a conservare il loro modello sociale. È evidente: quattro settimane di ferie che costituiscono lo *standard* europeo non possono essere applicate istantaneamente in altri Paesi dove i giorni di ferie sono estremamente limitati, per giunta al di sotto dei limiti fissati dalle convenzioni dell'OIL. Per non dire che, in questi Paesi v'è un enorme scarto tra dato formale e realtà sostanziale (con ciò mettendo in luce peraltro un grande problema di effettività!)³⁸¹.

Emerge quindi come la politica sociale europea sia stata pervasa dalla forte tensione tra armonizzazione, per combattere il *dumping* sociale, e mantenimento delle diversificazioni, per evitare il *dumping* alla rovescia. D'altra parte, questa tensione risulta chiaramente dal testo originario dell'art. 117 del TCE, laddove si afferma che l'obiettivo della Comunità è la "parificazione nel progresso" delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera ed a questo obiettivo sono finalizzati sia l'armonizzazione dei sistemi sociali, sia il ravvicinamento delle normative nazionali. Come bene s'è detto, "sono tuttora discussi sia il concetto di armonizzazione 'verso l'alto', sia la stessa idea di armonizzazione, con la sua variante debole di 'avvicinamento', fra le normative". Sicché, si concorda sul solo punto che "l'armonizzazione non implica unificazione, né identità delle norme e degli istituti giuridici". E cioè "la diversità resta una realtà radicata nell'Europa (anche) sociale, nonostante più di 40 anni di esperienza comunitaria, ed è parte della sua ricchezza"³⁸². E non a caso sorge il dubbio se alle tendenze attuali della stessa politica sia ancora riferibile il giudizio espresso da Gerard e Antoin Lyon-Caen nei confronti del programma di azione sociale del 1974: un programma definito "ambizioso ma senza passato e senza futuro". D'altra parte, è evidente come la strategia di armonizzazione continui ad essere permeata dalla debolezza intrinseca, data dall'assenza di "azioni coerenti di politica economica capaci di avvicinare le condizioni strutturali delle varie aree della Comunità"³⁸³.

Anche le direttrici dell'armonizzazione non sono del tutto univoche. Infatti, si parla di un'armonizzazione funzionalista e di un'armonizzazione coesiva. La prima rivolta ad eliminare le distorsioni della concorrenza e quindi a rafforzare il mercato: nell'ambito di tale direttrice rientra il contrasto del *dumping* sociale. La seconda, invece, mira a correggere il mercato mediante l'imposizione di regole comuni ai vari ordinamenti nazionali del lavoro³⁸⁴. Entrambe queste direttrici ricadono nell'ambito della cosiddetta integrazione positiva: la quale pure nella sua versione debole di tipo funzionalista presuppone un intervento regolativo che, seppure indirettamente, considera i valori sociali. Mentre del tutto diversa è l'integrazione negativa che abbraccia le misure destinate esclusivamente a distruggere ogni ostacolo allo sviluppo del mercato comunitario senza tenere conto di valori diversi dalla libertà di concorrenza. Sicché, un vero e proprio diritto sociale comunitario può consolidarsi solo attraverso l'integrazione positiva nella sua versione forte di tipo coesivo³⁸⁵.

³⁸¹ Cfr. B. Hepple, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 27 ss.; K. Basu, *Standard internazionali di lavoro e lavoro minorile*, in *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*, a cura di F.R. Pizzuti, Donzelli, Roma, 1999, 91 ss.; M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, 319 ss.

³⁸² M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 8; cfr. S. Simitis, *Fine o rinascita*, cit., 535 ss.

³⁸³ M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 16.

³⁸⁴ Cfr. M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 700 ss.

³⁸⁵ Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam*, Promodis, Brescia, 2000, 49 ss.

In effetti, il livello di armonizzazione che si è raggiunto non è generale. Considerando i tre ambiti più rilevanti della politica sociale - i temi classici del diritto del lavoro, le relazioni industriali e il *Welfare* insieme alle politiche occupazionali - all'inizio di questo decennio si osservava come si profilassero "oggi e in prospettiva, elementi di convergenza e di differenziazione, aree di politiche e prassi in cui prevale il coordinamento e aree in cui prevale e si accentua la diversificazione"³⁸⁶. E, in questo momento, esistono settori in cui a seguito sia della valorizzazione delle norme contenute nel TCE sia dell'attività legislativa dell'Unione si è raggiunto un discreto livello di armonizzazione nel progresso, ma sono soprattutto aree tradizionali: cioè, quelle della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici; della tutela di alcuni diritti minimi dei lavoratori nel caso di alcune vicende che interessano l'impresa, come il trasferimento d'azienda, i licenziamenti collettivi e la protezione dei lavoratori nel caso d'insolvenza del datore di lavoro. Però, "l'impegno comunitario si è fermato al di qua di una armonizzazione delle aree centrali della nostra materia e dell'obiettivo auspicato e non confessato di istituire un diritto del lavoro europeo coestensivo con quelli nazionali". Inoltre, "l'armonizzazione perseguita dalle autorità politiche comunitarie non ha quasi mai forzato verso l'alto i minimi comuni denominatori degli *standards* nazionali": e appunto "ciò è avvenuto essenzialmente nell'area della parità e della protezione della salute"³⁸⁷.

Peraltro, l'armonizzazione dei sistemi sociali, laddove s'è realizzata, non è stata indolore, sul piano politico e del contenzioso a livello della Corte di Giustizia. Né, come s'è detto, può dirsi conclusa e anzi trova sempre maggiori difficoltà di fronte all'apertura dei mercati europei e internazionali: poiché, ogni Stato nazionale può essere tentato di sfruttare il vantaggio competitivo offerto dalla debolezza (e quindi dalla maggiore flessibilità) del proprio sistema sociale. Così, lo spettro della *regulatory competition* e della connessa *race to the bottom* aleggia costantemente sul futuro del processo di integrazione europea³⁸⁸. A tal punto che è ricorrente la preoccupazione in forza della quale, una volta ritenuto l'obiettivo dell'armonizzazione normativa del tutto impraticabile, possa avere il via libera la competizione tra ordinamenti: e cioè, l'utilizzazione come rimedio (seppure con qualche correzione) del principio del "mutuo riconoscimento" fra le legislazioni nazionali. Tuttavia, è unanime l'opinione secondo cui "applicato al diritto del lavoro questo principio non è solo un antidoto a vere o presunte rigidità centralistiche, ma rischia di trasformarsi in uno strumento di deregolazione e di potenziale ribassamento degli *standards* sociali"³⁸⁹. Infatti, tale principio non è altro che una tecnica di integrazione negativa che, in base alla formale giustificazione di eliminare le barriere al rafforzamento del mercato, è capace di travolgere le disposizioni destinate a tutelare interessi *altri* (come quelli della persona che lavora) rispetto a quelli del mercato, ma sicuramente meritevoli di adeguata (se non maggiore) considerazione, stante il ruolo primario della persona negli ordinamenti costituzionali europei³⁹⁰.

Però, l'acquisizione delle difficoltà dell'armonizzazione ha spinto verso l'adozione di metodi regolativi meno rigidi di quelli del passato. Qui risalta un'evidente debolezza delle politiche armonizzatrici dell'Unione. E questa è data dal fatto che la tradizionale politica sociale perseguita

³⁸⁶ T. Treu, *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 327.

³⁸⁷ T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 34.

³⁸⁸ Cfr. C. Barnard, *Social Dumping*, cit., 70 ss.; P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *Lav. dir.*, 2005, 364 ss. e 405 ss.

³⁸⁹ M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 17; così già A. Lo Faro, *Maastricht ed oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, 134.

³⁹⁰ Cfr., ampiamente, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999, 65 ss.

dall'Unione è stata basata pressoché esclusivamente su direttive e regolamenti contenenti una normativa di intervento diretto sugli ordinamenti nazionali attraverso l'utilizzazione della più antica e tradizionale tecnica del diritto del lavoro: cioè, la tecnica della garanzia dei diritti individuali mediante il sistema della norma imperativa. È mancato, e manca tuttora, un sistema a livello europeo di tipo promozionale che stimoli soprattutto l'azione dei soggetti collettivi: i quali costituiscono, nella storia del diritto del lavoro, gli attori realmente in grado di assicurare l'effettiva tutela dei diritti individuali, di mantenere la possibilità di creare nuovi spazi di libertà e di incrementare la protezione sociale³⁹¹.

4. La politica sociale tra *hard law* e *soft law*.

Beninteso, le recenti innovazioni nel sistema dei Trattati lasciano ovviamente sperare in ordine alla possibilità del mantenimento della via armonizzatrice³⁹². Ciò in quanto soprattutto dopo il Trattato di Amsterdam e dopo il Trattato di Nizza, nel campo della politica sociale, il legislatore comunitario gode oggi di una molteplicità di strumenti regolativi. Il primo è quello basato sulle direttive vincolanti e quindi sull'*hard law*, cioè su norme cogenti. È questo appunto il cosiddetto "metodo comunitario classico" (MCC). Il secondo strumento regolativo, che è stato valorizzato prima con il Trattato di Amsterdam, e poi soprattutto con il varo della cosiddetta "Strategia di Lisbona"³⁹³, è quello dell'utilizzazione delle tecniche del *soft law*, cioè del diritto morbido, flessibile e specialmente attraverso l'adozione del "metodo aperto di coordinamento" (MAC)³⁹⁴: il quale, grosso modo, è un sistema attraverso il quale gli Stati membri partecipano alla fissazione di determinati obiettivi attraverso una procedura di cooperazione con gli organi dell'Unione e il mancato perseguimento di questi obiettivi è folgorato soprattutto attraverso sanzioni di tipo politico-morale. Così, gli Stati membri non sono obbligati in senso tecnico a raggiungere siffatti obiettivi. Sicché, "all'armonizzazione normativa tende a sostituirsi il coordinamento per obiettivi, che utilizza forme prevalentemente tipiche della *soft law*, come le linee guida (*guidelines*)"³⁹⁵.

La sequenza ideal-tipica del metodo aperto di coordinamento è riscontrabile nella Strategia Europea per l'Occupazione" (SEO). Ci si limita qui a ricordare che l'Unione Europea non ha ancora oggi una competenza normativa in materia di politica per l'occupazione: vale a dire, essa non può varare norme cogenti in quest'ambito. La competenza in materia di politica per l'occupazione è ancora formalmente mantenuta presso gli Stati membri: come risulta dall'art. 127 del TCE. Ma, appunto, con il Trattato di Amsterdam, rispetto a tale area si è introdotta una sorta di competenza concorrente o condivisa tra Stati membri e Comunità, attraverso l'assegnazione agli organi comunitari del compito di promuovere il coordinamento delle politiche degli Stati membri in materia

³⁹¹ Cfr. T. Treu, *L'Europa Sociale*, cit., 312 ss.; M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 16 ss.; A. Garilli, *Concertazione e contrattazione collettiva nell'Europa dell'Unione economica e monetaria*, in *Dir. lav.* 1999, I, 447 ss.; A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., 92 ss.

³⁹² Sul punto le valutazioni sono ovviamente molteplici. Cfr. J. Kenner, *La Costituzione che non c'è mai stata*, cit., 563 ss.; T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 38 ss.; S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, in WP, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n.30/2004, 2 ss.

³⁹³ Cfr. F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 82/2005, 3 ss.

³⁹⁴ Cfr. *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2006; C. Dell'Aringa, *Il metodo aperto di coordinamento*, in *Diritti lavori mercati*, 2003, 623 ss.; M. Delfino, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano tra inderogabilità e soft law*, *ivi*, 653 ss.

³⁹⁵ M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 23.

di occupazione. Basti rilevare che secondo l'art. 126, comma 2, del TCE, "gli Stati membri... considerano la promozione dell'occupazione una questione di interesse comune e coordinano in sede di Consiglio le loro azioni al riguardo, in base alle disposizioni dell'articolo 128". In forza di quest'ultima disposizione, ciò si realizza attraverso la formulazione di orientamenti annuali da parte del Consiglio, su proposta della Commissione. Orientamenti di cui devono tenere conto gli Stati membri nell'assumere le rispettive misure di politica dell'occupazione, che vanno rese esplicite in apposite relazioni annuali da trasmettere alla Commissione e al Consiglio. Sicché, le autorità comunitarie vigilano sul comportamento dei singoli Stati membri e l'eventuale dissonanza rispetto ai parametri fissati negli orientamenti può essere segnalata con apposite raccomandazioni del Consiglio. L'esperienza è ormai significativa, poiché questo metodo è stato adottato a partire dalla fine del 1997, in quanto il titolo sull'occupazione inserito nel TCE dal Trattato di Amsterdam è stato applicato ben prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo Trattato. Ed è possibile affermare che esso possiede una notevole efficacia: cioè, in proporzione, più del tradizionale *hard law*. Il che può dipendere non solo dalla natura stessa degli orientamenti in materia di occupazione, volti a coordinare politiche, e a non regolare direttamente determinate materie. Ma anche dal fatto che il sistema di controllo sul rispetto degli orientamenti espone i singoli Stati membri a censure pubbliche tali da comprometterne la credibilità politica; e pertanto li induce ad assumere comportamenti fattivi ed a tentare di emulare le soluzioni più efficaci adottate nei vari contesti nazionali³⁹⁶.

Inoltre, negli ultimi anni, sono state varate direttive sociali con un contenuto leggero: nel senso che esse non regolamentano dettagliatamente il loro oggetto, ma si limitano ad imporre *standards* di base. Con ciò si raggiunge l'obiettivo di attenuare le differenze di regolamentazione tra le varie legislazioni nazionali, consentendo di mantenere quelle diversità non incompatibili con i principi sociali sanciti dalla legislazione comunitaria di volta in volta rilevante. Si tratta di una tecnica regolativa che presenta luci ed ombre. Essa però potrebbe comunque produrre una spinta all'armonizzazione verso l'alto delle legislazioni nazionali, qualora fosse utilizzata con rigore e affidando la sua gestione concreta al dialogo tra le parti sociali³⁹⁷.

Altro punto molto importante è dato dal fatto che, dopo il Trattato di Nizza del 2000, le competenze dell'Unione in materia sociale sono state anche allargate, perché prima, ad esempio, l'Unione non aveva competenze in tema di lotta contro l'esclusione sociale e in ordine alla modernizzazione dei regimi di protezione sociale. Ma con il nuovo art. 137 TCE, come riformulato al vertice di Nizza, si assiste al riconoscimento della competenza comunitaria rispetto a queste materie che però possono essere regolamentate solo con atti di *soft law*: cioè, soltanto attraverso il metodo aperto di coordinamento³⁹⁸. Inoltre, un'ulteriore innovazione, contenuta nel nuovo art.

³⁹⁶ Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 135 s.; M. Barbera, *Dopo Amsterdam*, cit., 134 ss.; M. Ferrera – S. Sacchi, *Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 64 ss.; A. Donà, *Il metodo aperto di coordinamento e l'Italia: il caso della politica per le pari opportunità nella strategia europea per l'occupazione*, *ivi*, 88 ss.

³⁹⁷ Cfr. Treu, *L'Europa Sociale*, cit., 319 ss.; P. Pelissero, *Allargamento europeo*, cit., 364 ss.

³⁹⁸ Cfr. M. Ferrera - M. Matsaganis - S. Sacchi, *Il nuovo "processo di inclusione sociale" dell'Unione Europea: coordinamento aperto contro la povertà*, in *L'assistenza sociale*, 2002, 9 ss.; E. Ales, *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.* 2004, 37 ss.

137 TCE, è quella dell'estensione del metodo aperto di coordinamento – sebbene in una forma ancora meno rigida di quella praticata nell'ambito della Strategia Europea per l'Occupazione – in relazione a tutte le materie di politica sociale oggetto del metodo comunitario classico.

Né va trascurato come gli organi comunitari abbiano avviato, di recente, un processo di coordinamento tra le politiche economiche e le politiche per l'occupazione degli Stati membri³⁹⁹. Si tratta di un passo significativo verso interventi di riequilibrio e sostegno strutturale delle diverse aree del continente, in modo tale da assicurare una competitività solidale e coniugare crescita economica ed equità. Inoltre, va sottolineata la previsione – introdotta con il Trattato di Nizza nel precedente testo dell'art. 137 TCE, secondo cui il Consiglio potrebbe estendere alle materie sociali (con l'eccezione della sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori), tuttora assoggettate alla regola dell'unanimità, la procedura legislativa ordinaria retta dalla regola della maggioranza.

Altro discorso riguarda il ruolo che assume il metodo aperto di coordinamento nell'ambito della *governance* europea⁴⁰⁰. E cioè, “è legittimo porsi la domanda se l'ordinamento comunitario sia orientato a cambiare il suo *imprinting* di diritto legale sostantivo per diventare un sistema di *policy by objectives* oppure di regolazione procedurale”⁴⁰¹. Benché vi sia forte attenzione sul metodo aperto di coordinamento da parte degli organi comunitari e di molti autorevoli osservatori, è però vero che non v'è nulla nei Trattati che lasci intendere che esso debba diventare lo strumento principale, vale a dire il metodo generale di *governance* sociale in Europa. Nel Trattato costituzionale europeo viene recepita la costruzione e l'ambito di competenza del metodo aperto di coordinamento risultante dai Trattati di Amsterdam e di Nizza⁴⁰². L'equilibrio tra gli anzidetti approcci regolativi è determinabile solo alla luce della futura esperienza e delle scelte politiche che verranno.

Più in generale, l'armonizzazione potrebbe essere rivitalizzata rafforzando il sostegno al dialogo sociale e alla contrattazione collettiva europea; e quindi la scelta del Trattato di Maastricht di istituzionalizzare il metodo contrattuale⁴⁰³. Certo si tratta di superare molteplici ostacoli anche insiti nelle radici dei sistemi di relazioni industriali dei vari Stati membri. Ma l'esperienza dimostra che le direttive varate tramite il dialogo sociale istituzionale hanno comunque permesso di rag-

³⁹⁹ Cfr. F. Ravelli, *Il coordinamento*, cit., 17 ss.

⁴⁰⁰ La *governance* europea è infatti caratterizzata da un sistema regolativo policentrico e multilivello in cui le competenze decisionali sono condivise da vari attori a livelli diversi secondo un ordine non rigidamente gerarchico: cfr. L. Bobbio, *Governance multilivello e democrazia*, in *Riv. pol. soc.*, 2005, n. 2, 51 ss.; B. Caruso, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 806 ss.; A. Beghini, *Il metodo aperto di coordinamento e la governance multilivello nell'Unione Europea*, in *Affari sociali internazionali*, 2003, 19 ss.; T. Treu, *L'Europa Sociale*, cit., 329 ss.

⁴⁰¹ T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 39; cfr., anche, B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”, n. 78/2005, 3 ss.

⁴⁰² Cfr. F. Bano, *L'Europa sociale nel Trattato costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, 836. La stessa Commissione europea sostiene che non si deve ricorrere al metodo aperto di coordinamento “quando è possibile un'azione normativa secondo il metodo comunitario” (e cioè l'intervento regolativo diretto): Commissione delle Comunità Europee, *La governance europea, un Libro bianco*, COM (2001) 428 definitivo, 23 s. Cfr. F. Ravelli, *Il coordinamento*, cit., 4.

⁴⁰³ Cfr. T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 36 ss.; e già Id., *L'Europa Sociale*, cit., 314 ss.; G.P. Cella, *Governance*, cit., 42 ss.; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano, 2001, 217 ss.; ma cfr. anche A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., 305 ss.

giungere risultati di indubbio pregio. E la preoccupazione che la genericità di tali prodotti normativi potesse alimentare un'eccessivo margine di discrezionalità degli ordinamenti nazionali rispetto al recepimento delle indicazioni comunitarie è stata in parte attenuata da rigorosi interventi della Corte di Giustizia, specie nell'incandescente materia della disciplina del lavoro a tempo determinato⁴⁰⁴. Quindi è logico ritenere che in futuro la stessa Corte continuerà a valorizzare al massimo grado le finalità di tutela sottostanti alle discipline comunitarie di volta in volta sottoposte alla sua interpretazione.

5. Il ruolo della Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e i limiti alla concorrenza tra ordinamenti.

Beninteso, è ora opportuno esaminare, seppure brevemente, gli indirizzi che promanano dal diritto comunitario vivente rispetto alle possibilità di sviluppo di una politica sociale europea verso l'armonizzazione o, quantomeno, che non vada oltre un ragionevole grado di diversificazione. In ordine a quest'aspetto è estremamente rilevante il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia soprattutto nella sua più recente giurisprudenza.

In primo luogo, va ricordato che i giudici di Lussemburgo, qualche anno fa, hanno posto fortissimi limiti ai tentativi di fissare delle barriere verso un allargamento della dimensione sociale. Molto significativa è la pronuncia della Corte di Giustizia – relativa alle contestazioni ad opera della Gran Bretagna nei confronti della direttiva n. 93/104/CE sull'orario di lavoro - con la quale s'è accolta una nozione del principio di sussidiarietà (sancito al momento dall'art. 5 TCE) di tipo essenzialmente politico. La Corte di Giustizia infatti osserva che "poiché il Consiglio ha constatato la necessità di migliorare il livello esistente di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori e di armonizzare, in una prospettiva di progresso, le condizioni esistenti in tale settore, la realizzazione di un obiettivo siffatto, mediante prescrizioni minime, presuppone necessariamente un'azione di dimensioni comunitarie"⁴⁰⁵. Il che implica che tale principio è "suscettibile di apprezzamento ampiamente discrezionale"⁴⁰⁶. Sicché, qualora la Comunità ritenga opportuna un'iniziativa legislativa nell'area della politica sociale, poiché emerge un obiettivo di armonizzazione, i provvedimenti così adottati tendenzialmente rispettano il principio di sussidiarietà e saranno difficilmente considerabili in violazione del medesimo. In altri termini, la Corte di Giustizia adotta un ragionamento per cui ogniqualvolta la Commissione ritenga opportuno avviare un'iniziativa legislativa in questo campo significa che è rispettata la condizione dell'osservanza del principio di sussidiarietà.

Il secondo profilo molto importante che emerge da questa decisione è che la Corte di Giustizia ripudia con forza la lettura riduttiva del concetto di "prescrizioni minime" di cui al vecchio art. 118 A del TCE, avallata dalla Gran Bretagna. Questa, infatti, aveva sostenuto che la "disposizione autorizzerebbe il Consiglio ad adottare misure di armonizzazione soltanto ad un livello accettabile per tutti gli Stati membri e che costituisca un punto di riferimento minimo". Mentre, la Corte

⁴⁰⁴ Cfr. le sentenze citate a nota 63. Analoga indicazione proviene dalle pronunce della Corte di Giustizia con riferimento alla direttiva n. 93/104/CE del 23 novembre 1993 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro: cfr. P. Pelissero, *Allargamento europeo*, cit., 388 ss.

⁴⁰⁵ Corte di Giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito v. Consiglio*, in *Lav. giur.*, 1997, 116, punto 47.

⁴⁰⁶ M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit., 19.

afferma che la nozione di prescrizioni minime “non pregiudica l’intensità dell’azione” che il Consiglio “può ritenere necessaria” e “significa soltanto che essa consente agli Stati di adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell’intervento comunitario”⁴⁰⁷. Con ciò si legittima la tradizionale tecnica d’intervento in materia di politica sociale, ossia quella di fissare prescrizioni minime invalicabili al ribasso – senza *chance* per la competizione regolativa e per la conseguente *race to the bottom* - e di lasciare agli Stati membri il compito di scegliere se raggiungere livelli più elevati di tutela rispetto al minimo comunitario⁴⁰⁸.

Le più recenti direttive in materia di politica sociale contengono le cosiddette clausole di non regresso che, con formulazioni variegata, affermano, in sostanza, il principio che l’attuazione della direttiva di volta in volta considerata non possa costituire di per sé una valida giustificazione per la riduzione del livello di protezione dei lavoratori in materia già esistente nei vari Stati membri. Sulla portata delle clausole di non regresso la discussione è stata alquanto accesa, oscillando tra i poli estremi della mera valenza politica e della vincolatività giuridica vera e propria⁴⁰⁹. L’opinione fondata su argomenti più solidi pare quella secondo cui siffatte clausole avrebbero “l’obiettivo minimo comune di impedire arretramenti rispetto ai livelli nazionali di tutela previgenti all’adozione della direttiva con riguardo alle finalità della normativa comunitaria di volta in volta rilevante”⁴¹⁰. Da ultimo, la Corte di Giustizia s’è occupata per la prima volta dell’interpretazione delle clausole di non regresso a proposito della relativa disposizione contenuta nella direttiva del 29 giugno 1999, n. 99/70/CE di recepimento dell’accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato. E la Corte di Giustizia sembra proprio aderire all’opinione poc’anzi segnalata: essa rimarca la vincolatività giuridica delle clausole di non regresso, e ammette possibilità di una *reformatio in peius* della normativa nazionale precedente alla trasposizione della direttiva, esclusivamente a condizione che avvenga sulla base di motivazioni diverse da quelle fondate sulla necessità di dare attuazione alla direttiva medesima⁴¹¹.

Per quanto tale pronuncia della Corte di Giustizia non risolva tutti i problemi interpretativi scaturiti dalle clausole di non regresso⁴¹², va notato che già la negazione di un loro valore meramente politico risulta funzionale alla promozione dell’effettività del diritto sociale comunitario e restringe il campo delle politiche nazionali di deregolazione competitiva.

L’attività della Corte di Giustizia di contenimento della discrezionalità dei legislatori nazionali nella trasposizione delle direttive nell’ordinamento interno⁴¹³ s’è spinta ad esaminare le modalità at-

⁴⁰⁷ Corte di Giustizia 12 novembre 1996, cit., punti 16 e 17.

⁴⁰⁸ Cfr. G.C. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, 135 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. U. Carabelli – V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto, Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 538 ss.

⁴¹⁰ M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit., 24.

⁴¹¹ Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold v. Helm*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 250 ss., e cfr. i punti da 50 a 53.

⁴¹² Cfr. O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi d’età secondo la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 268 ss.

⁴¹³ Cfr., in generale, M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit. 6 ss.; M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, 59 ss.; M. Nicolosi, *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d’azienda e appalto*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, 429 ss.

tuative della direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato finanche nel settore pubblico⁴¹⁴. E la stessa Corte ha valorizzato le disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea per correggere la propria giurisprudenza relativa all'estensione del principio di parità di trattamento di cui godono i lavoratori migranti in ordine all'accesso all'occupazione, ponendo così ulteriori vincoli alle normative nazionali⁴¹⁵.

Né va trascurata, lungo questo percorso, l'opera del Giudice europeo che tende a dare sempre più spazio al limite del rispetto dei diritti fondamentali come barriera alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Qui è percepibile un forte contributo della Corte di Giustizia verso la via della armonizzazione di tipo coesivo: nel momento in cui i diritti fondamentali vengono utilizzati come limite alla discrezionalità del legislatore nazionale, non residuano margini preoccupanti per deviazioni dagli *standards* protettivi fissati a livello comunitario⁴¹⁶.

Va sottolineato come, da tempo, la Corte di Giustizia sostenga che “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito”. Questa costruzione consente alla Corte di ricorrere ai diritti fondamentali come strumenti di attenuazione della portata delle libertà economiche fondamentali del TCE. Per esempio, ciò ha permesso, nella fondamentale decisione relativa al caso *Omega*, di trarre la conclusione che “poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera prestazione dei servizi”⁴¹⁷. Qui l'esigenza della protezione della dignità umana ha assicurato la legittimità del divieto allo sfruttamento commerciale di un gioco di simulazione di omicidi. In un altro caso, l'appello ai diritti fondamentali alla libertà di espressione e di riunione ha permesso di giustificare la legittimità della compressione della libertà di circolazione delle merci, realizzatasi a seguito di una manifestazione ambientalista comportante il blocco del traffico in un'autostrada⁴¹⁸.

Ma, come s'è appena detto, i diritti fondamentali costituiscono anche la chiave di volta per arrestare la discrezionalità del legislatore nazionale. Il diritto fondamentale alla parità di trattamento tende ad essere applicato al di là del suo ambito tradizionale di riferimento costituito dalla libera

⁴¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener*; 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu*; 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*; tutte nel sito *Internet curia.europa.eu*.

⁴¹⁵ Corte di Giustizia 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1079; e cfr. M. Gnes, *Il “turismo sociale” tra scelta ed abuso del diritto europeo*, *ivi*, 1082 ss.

⁴¹⁶ Cfr. ampiamente M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit., 27 ss.; B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 779 ss.

⁴¹⁷ Corte di Giustizia 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Corr. giur.*, 2005, 486 ss., punti 33 e 35. Cfr. R. Conti, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 488 ss.

⁴¹⁸ Corte di Giustizia 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, nel sito *Internet curia.europa.eu*. Sulla questione cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi*, in WP, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”, n. 45/2006, 22 ss.

circolazione dei lavoratori e dell'eguaglianza tra lavoratori e lavoratrici. Così, in una vertenza originata da una disparità di trattamento tra lavoratori nazionali di fonte legale, la Corte ha rammentato che “gli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie” e che “nel novero dei diritti fondamentali figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione”⁴¹⁹. E un ultimo approdo va colto nell'affermazione che “il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario”⁴²⁰: ciò ha permesso di censurare la legittimità di una legge tedesca che autorizzava, senza alcun limite, la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore avesse raggiunto l'età di 52 anni. Così, la Corte di Giustizia sembra essersi incamminata lungo la via dell'esplicito riconoscimento quale principio fondamentale del diritto comunitario del “principio di non discriminazione in generale”⁴²¹. Da tutto questo percorso giurisprudenziale si rinviene un tassello formidabile per suffragare il processo in corso di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, e in particolare di quelli sociali, nell'ordinamento dell'Unione europea.

6. Trattato costituzionale europeo e diritti sociali fondamentali.

Già s'è messo in luce come grandi aspettative per un allargamento della dimensione sociale dell'Unione Europea promanano dal progetto di Trattato costituzionale europeo. Dalla lettura delle disposizioni di principio (cfr. gli artt. 1-2 e 1-3) sembra emergere la “volontà del legislatore comunitario di contro-bilanciare il principio fondativo originario, la creazione di un grande mercato libero e concorrenziale, con altri valori/obiettivi quali la protezione sociale, la parità, la solidarietà, l'occupazione, il progresso sociale”. Sicché, tali norme “nell'abbracciare un orizzonte assiologico molto più vasto e articolato di quello in cui si muoveva il Trattato di Roma del 1957 (e i successivi), per un verso, delegittimano argomentazioni parziali improntate a considerazioni di ordine prettamente mercantile e, per altro verso, indeboliscono una pregiudiziale subordinazione delle questioni sociali rispetto a quelle economiche”⁴²².

Inoltre, l'inserimento nel Trattato costituzionale europeo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione rappresenta, come s'è accennato, un dato di estremo rilievo⁴²³. Specie se si tiene conto del fatto che vengono qualificati come fondamentali, alcuni diritti sociali basilari. Con l'entrata in vigore del Trattato, la Carta acquisterà valore giuridico vincolante e potrà dispiegare ulteriori effetti rispetto a quelli già riconosciuti al momento del suo varo e comunque alquanto significativi. Infatti, già allora, la dottrina suggeriva che la Carta dovesse servire da sostanziale para-

⁴¹⁹ Corte di Giustizia 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Caballero*, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punti 30 e 32.

⁴²⁰ Corte di Giustizia 22 novembre 2005, cit., punto 75.

⁴²¹ Così, O. Bonardi, *Le clausole*, cit., 277; e cfr. anche S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”, n. 44/2006, 17 ss.

⁴²² Così, F. Bano, *L'Europa sociale*, cit., 825; e cfr. U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 70 s.

⁴²³ Cfr. S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali*, cit., 559; S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Quad. cost.*, 2004, 296 ss.

metro di riferimento per l'azione di tutti gli attori comunitari, e in particolare per la Corte di Giustizia⁴²⁴. Tale soluzione venne subito recepita, quantomeno nell'ambiente della Commissione e da parte degli Avvocati generali presso la Corte di Giustizia; e, di recente, anche dal Tribunale di primo grado⁴²⁵. La Corte di Giustizia, invero, s'è dimostrata particolarmente riottosa ad applicare la Carta e ha risolto le controversie ad essa sottoposte senza alcun riferimento a tale atto, nonostante le insistenze degli Avvocati generali. Per questo motivo, va valutata con grande attenzione un'ultima decisione della Corte in cui, per la prima volta, è esplicitamente richiamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; seppure in forma attenuata: e cioè, solo per confermare quanto previsto dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e non quale *ratio decidendi* per giustificare la pronuncia resa⁴²⁶. Si tratta di un primo passo denso di sviluppi di notevole portata.

Orbene, è evidente come, con l'acquisizione di piena forza giuridica cogente, i diritti sociali fondamentali potranno svolgere un ruolo ancora più pregnante e orientare la fissazione in termini precisi dei punti di contemperamento tra le istanze sociali ed economiche, ogniqualvolta gli organi comunitari si troveranno di fronte a problemi del genere. In questo modo, i diritti sociali fondamentali troveranno esplicita consacrazione, proprio perché aventi la natura di diritti, di limiti insormontabili, almeno nel loro nucleo essenziale, da parte delle libertà economiche. In altri termini, alla stregua dell'art. II-112 del progetto di Trattato costituzionale, il bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche del TCE dovrà sempre preservare il contenuto essenziale dei medesimi diritti sociali fondamentali e, comunque, tendere a riconoscere la loro posizione preminente.

Sicché, non sarà più possibile, come invece accaduto nel noto caso *Albany*, che la Corte di Giustizia sia costretta a configurare la contrattazione collettiva (non come un diritto ma, in termini più riduttivi) come una specie di esenzione dall'influenza del diritto comunitario della concorrenza, purché essa persegua determinati fini: e cioè, attribuendo ad essa il fragile statuto giuridico delle immunità⁴²⁷. In buona sostanza, la presenza nel Trattato di un catalogo di diritti sociali fondamentali dovrebbe impedire qualsiasi tentativo di sottoporre le politiche sociali degli Stati membri al controllo comunitario esclusivamente in nome del diritto della concorrenza⁴²⁸. È quindi presumibile che l'attività interpretativa della Corte di Giustizia e quella legislativa delle istituzioni comunitarie trarranno ampia linfa da siffatta innovazione.

Una prova di tale assunto è già rinvenibile nelle affermazioni contenute in un'importante decisione della Corte di Giustizia. Benché la Corte nella sentenza non faccia alcuna menzione della

⁴²⁴ Cfr., per tutti, S. Rodotà, *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 57 ss.

⁴²⁵ Cfr. A. Celotto – G. Pistorio, *L'efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, II, 427 ss.; G. Scala, *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 254 ss.

⁴²⁶ Cfr. Corte di Giustizia 27 giugno 2006, Causa C-540/03, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punto 38.

⁴²⁷ Cfr. Corte di Giustizia 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 225 ss. e *ivi* la nota di M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; M. Barbera, *La Carta e le politiche sociali europee*, cit., 51 ss.; O. De Schutter, *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2004, 25 ss.

⁴²⁸ Cfr. P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 181 ss.; M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 62 s.; G. Santoro Passarelli, *La ragioni*, cit., 98; F. Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 303 ss.

Carta, è logico ritenere che essa sia stata sicuramente influenzata dalle conclusioni dell'Avvocato generale basate esplicitamente sull'inquadramento del diritto alle ferie annuali retribuite nella categoria dei diritti sociali fondamentali e sul riferimento alla Carta dei diritti come "la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite"⁴²⁹. Così, la Corte dice che "il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario al quale non si può derogare" e che "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico"⁴³⁰. Da ciò si evince la predisposizione di adeguati materiali per la costruzione di un solido argine al dispiegarsi del fondamentalismo liberista⁴³¹.

Va poi rimarcato che la costituzionalizzazione dei diritti sociali produce l'indubbio effetto di fissare barriere invalicabili al *dumping sociale* e alla competizione regolativa ad opera degli Stati membri nonché di impedire interventi legislativi comunitari che scendano al di sotto della soglia così stabilita⁴³².

Nel lungo periodo, e insieme agli indispensabili interventi sul piano dello sviluppo economico, i diritti fondamentali potranno contribuire a favorire l'armonizzazione dei diritti nazionali. Tuttavia, il senso di questa affermazione deve essere precisato, in quanto bisogna tenere conto che il Trattato costituzionale adotta un "criterio di sussidiarietà costituzionale" al rialzo⁴³³. L'art. II-113 del Trattato costituzionale europeo dice che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

Sicché, la disposizione "positivizza espressamente il criterio della prevalenza dello *standard* più elevato di tutela"⁴³⁴ che può rintracciarsi sia nel Trattato costituzionale europeo sia nelle Costituzioni nazionali. Vero è pertanto che al posto di una "armonizzazione delle tradizioni costituzionali nazionali mediante *hard law*, il diritto comunitario individua dei diritti-parametro i quali consentono agli Stati di preservare un legittimo grado di differenziazione degli ordinamenti interni e alle istituzioni comunitarie di controllare che i processi di *regulatory competition* non degenerino in una mera corsa al ribasso, incoraggiando processi cooperativi e di mutuo apprendimento"⁴³⁵. In questo modo, dovrebbe scattare un meccanismo d'interazione tra Corti nazionali e comunitaria, tra legislatori nazionali ed europeo tale da realizzare un circolo virtuoso in cui lo *standard* più

⁴²⁹ Cfr. G. Bronzini – G. Cannella, *Europa: una conferma dell'efficacia della Carta dei diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2001, 798 ss. e *ivi* le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano riportate nel testo; e cfr. anche G. Scala, *L'emergere*, cit., 254 ss.

⁴³⁰ Corte di Giustizia 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu v. Secretary of State for Trade and Industry*, in *Giur. it.*, 2002, 250 ss., punti 43 e 59.

⁴³¹ Cfr. S. Sciarra, *Norme imperative*, cit., 11 ss.

⁴³² Cfr. F. Bano, *L'Europa sociale*, cit., 830; G. Santoro Passarelli, *Le ragioni*, cit. 95 ss.; G. Proia, *Lavoro e Costituzione europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 525 ss.

⁴³³ M.V. Ballestrero, *Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. dir.*, 2000, 568.

⁴³⁴ S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. rel. ind.*, n. 27, 2004, 27.

⁴³⁵ F. Bano, *L'Europa sociale*, cit., 833.

elevato di tutela, di volta in volta prevalente, svolgerebbe una funzione propulsiva e diffusiva. Per esempio, la Corte di Giustizia resterebbe senza dubbio influenzata dalla circostanza che in alcune decisioni abbia dato prevalenza ad una data misura di tutela più elevata rispetto a quella che, in casi simili, dovrebbe affermare. Nell'ambito di questo circuito comunicativo, è probabile che i diritti fondamentali europei subiscano una torsione interpretativa verso l'alto e inducendo quindi un'armonizzazione al rialzo dei livelli di protezione sociale assicurati dagli ordinamenti nazionali.

È stato autorevolmente osservato che “la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali fornisce la base per un rafforzamento di *status* e per un allargamento di ambito che permetta al diritto europeo di sostenere i nuovi compiti di tutela e di promozione richiesti per rilanciare il suo ruolo”. Più precisamente, è evidente che “al fondamento costituzionale di questo diritto del lavoro allargato devono far seguito pratiche legislative e amministrative coerenti”. Ma è pure vero che “la costituzionalizzazione dei diritti le legittima e può attivare innovazioni più coraggiose nelle varie direzioni: per l'allargamento delle tutele ai nuovi lavori, per la concertazione e per la costruzione di istituzioni partecipate sul territorio e per lo stesso rafforzamento delle *guidelines* e delle politiche attive sul mercato del lavoro”⁴³⁶.

Peraltro, bisogna chiedersi se è fondato il timore che l'eventuale passaggio della *governance* europea a metodi meno rigidi di quello classico possa contribuire, se non ad affievolire la portata dei diritti sociali fondamentali, quantomeno a sterilizzarne la portata. A questa domanda pare possibile rispondere in senso negativo, poiché la storia dimostra che i diritti fondamentali, una volta riconosciuti anche solo in via politica-programmatica, possiedono una intrinseca forza tale da sviluppare un'incidenza diffusa nell'ordinamento di riferimento innestando reazioni a catena⁴³⁷.

Al riguardo si discute del rapporto tra il metodo aperto di coordinamento e i diritti sociali fondamentali nonché della sottoposizione di tale approccio regolativo al controllo della Corte di Giustizia. Rispetto al primo punto, è inevitabile pensare che i diritti sociali fondamentali condizioneranno le scelte concrete che saranno adottate. Nulla impedisce di immaginare, almeno – com'è stato suggerito per quanto concerne le politiche per l'occupazione e l'inclusione sociale - “che 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 politiche, anche ad una verifica circa il rispetto dei diritti fondamentali”, con lo stabilire “un immediato affiancamento fra procedure di *soft law* e monitoraggio dello stato di attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali”⁴³⁸. Né è esclusa la possibilità di una virtuosa utilizzazione del metodo aperto di coordinamento per vigilare sul rispetto dei diritti sociali fondamentali⁴³⁹. In ordine al secondo aspetto, il quadro è più incerto, ma l'esperienza dimostra come la Corte di Giustizia sia intervenuta in

⁴³⁶ T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 45.

⁴³⁷ Cfr. A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giur. cost.*, 2001, 194 ss.; O. Kahn-Freund, *L'incidenza delle Costituzioni sul diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 77 ss.

⁴³⁸ S. Sciarra, *La costituzionalizzazione*, cit., 298.

⁴³⁹ Cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi*, in WP, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”, n. 45/2006, 49; S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali*, cit., 12 ss.

passato nel sottoporre alle proprie valutazioni vari prodotti del *soft law* comunitario; e quindi è presumibile che ciò avverrà anche per i prodotti del metodo aperto di coordinamento⁴⁴⁰.

Da tali osservazioni emerge una valutazione prudente della nuova tecnica regolativa costituita dal metodo aperto di coordinamento, quale risorsa per affrontare il problema del governo di una società sempre più complessa. In questo senso, il metodo aperto di coordinamento è sicuramente uno degli strumenti adeguati per “vincere la sfida della diversità”, purché la sua utilizzazione avvenga sinergicamente con l’apparato dei diritti sociali fondamentali e cioè tenendo conto dei valori essenziali alla base del modello sociale europeo⁴⁴¹.

7. La competizione regolativa, la proposta di direttiva Bolkenstein, il distacco dei lavoratori.

I fantasmi della competizione regolativa al ribasso tra i vari sistemi giuridici nazionali sono di recente riapparsi a seguito della proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, presentata dal commissario europeo Bolkenstein e che, nel linguaggio corrente, viene appunto indicata con il nome del suo proponente⁴⁴².

La proposta Bolkenstein, nel suo nucleo essenziale, mira ad assoggettare le prestazioni di servizi da uno Stato membro ad un altro al “principio del paese d’origine”. E ciò, equivale a dire che “i prestatori di servizi sono soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d’origine”; ovvero viene permesso “al prestatore di fornire un servizio in uno o più Stati membri diversi da quello d’origine senza essere sottoposto alle normative di quest’ultimi”. Di fatto, tale proposta tende ad estendere alla circolazione dei servizi il principio del mutuo riconoscimento applicato in vari settori del diritto comunitario, pur nella particolare versione del principio del paese d’origine. Il progetto ha subito critiche fortissime e una vasta opposizione sul piano sociale proprio perché accusato di favorire la competizione regolativa al ribasso tra i vari ordinamenti nazionali⁴⁴³. A tal punto che è stato emendato, anche se le modifiche apportate lasciano aperti molti interrogativi. La nuova proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno⁴⁴⁴ abbandona il principio del paese d’origine, ma resta imperniata sul principio del mutuo riconoscimento, che viene accolto, quanto alla libertà di circolazione dei servizi, con modalità analoghe a quelle in uso per la libera circolazione delle merci⁴⁴⁵.

Per ciò che concerne l’area del diritto del lavoro, va detto che la libera prestazione dei servizi implica necessariamente la circolazione dei lavoratori da uno Stato membro ad un altro: e ciò si

⁴⁴⁰ Cfr. M. Barbera, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell’ordinamento europeo*, in *Lav. dir.*, 2005, 349 ss.

⁴⁴¹ Cfr. S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali*, cit., 12 ss.; F. Ravelli, *Il coordinamento*, cit., 39 ss.; G. Orlandini, *Diritto di sciopero*, cit., 49 ss.; G.P. Cella, *Governance europea*, cit., 47 s.; M. Barbera, *I problemi teorici e pratici posti dal metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in *Nuove forme di regolazione*, cit., 1 ss.

⁴⁴² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2004) 2 def. del 25 febbraio 2004.

⁴⁴³ Cfr. A. Lo Faro, “*Turisti e vagabondi*”: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell’impresa senza confini*, in *Lav. dir.*, 2005, 461 ss.; A. Heimler, *La direttiva Bolkenstein*, in *Mercato conc. reg.*, 2006, 95 ss.

⁴⁴⁴ Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2006) 160 def. del 4 aprile 2006.

⁴⁴⁵ Cfr., ampiamente, M. Pallini, *La proposta di direttiva Bolkenstein: tanto rumore per nulla?* dattiloscritto, 2006, 12 ss.

realizza proprio attraverso il distacco temporaneo all'estero dei dipendenti di un'impresa, stabilita in un determinato Stato membro, per eseguire lavori nel territorio di un altro Stato membro. Di fronte a questi fenomeni di distacco temporaneo s'è posto, da tempo, il problema di quali fossero le regole nazionali in materia di diritto del lavoro applicabili a tali situazioni. È evidente come il totale dispiegamento della libertà di circolazione dei servizi avrebbe svolto, in casi del genere, la funzione di una sorta di Cavallo di Troia per provocare effetti di *dumping* sociale all'interno dei singoli mercati nazionali del lavoro. Dopo qualche iniziale titubanza, la Corte di Giustizia ha risposto con decisione al suddetto interrogativo, nella fondamentale decisione *Rush Portuguesa*, affermando che "il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro"⁴⁴⁶. Per evitare un'applicazione fin troppo massimalista di tale principio, dopo un tormentato *iter*, è stata varata la direttiva n. 96/71/CE del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi⁴⁴⁷. La direttiva n. 96/71/CE parte dall'idea che lo "sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori". Sicché, essa persegue l'obiettivo che a tutti i lavoratori presenti in un determinato mercato nazionale del lavoro, anche se distaccati da un'impresa stabilita nel territorio di un altro Stato membro, sia attribuito lo stesso trattamento in relazione ad alcune primarie condizioni di lavoro e di occupazione, fissate dalla normativa di fonte legale o derivante dalla contrattazione collettiva. Essa, pertanto, non armonizza le regole applicabili nei vari Paesi, nell'ipotesi di distacco temporaneo, ma stabilisce i criteri per identificare le suddette regole. Così, la direttiva n. 96/71/CE, nel suo campo di applicazione, integra le disposizioni della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁴⁴⁸.

Beninteso, va sottolineato che la direttiva n. 96/71 non garantisce di per sé la piena applicazione del diritto del lavoro dello Stato membro ospitante ai dipendenti distaccati dall'impresa stabilita in altri Stati membri. Questo perché essa impone che ai lavoratori distaccati siano applicati solo alcuni istituti del diritto del lavoro dello Stato membro ospitante. Inoltre, essa consente l'estensione ai lavoratori distaccati di altri istituti, a discrezione di ogni Stato membro ospitante, ma sotto la condizione della verifica della presenza di alcuni requisiti da essa determinati e perciò affidando il giudizio finale alla Corte di Giustizia. In molte ipotesi, quindi, può restare incerto il diritto nazionale in concreto applicabile⁴⁴⁹. Peraltro, è possibile che, più ampi sono i differenziali tra gli istituti lasciati scoperti dalla normativa nazionale traspositiva della direttiva, più è esteso lo spazio per

⁴⁴⁶ Corte di Giustizia 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa v. Office national d'immigration*, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punto 18.

⁴⁴⁷ Cfr. G. Balandi, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 20, 1998, 115 ss.

⁴⁴⁸ Così, M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 121 ss.; ma cfr. anche G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza*, in *Arg. dir. lav.* 1999, 479 ss.

⁴⁴⁹ Cfr. A. Lo Faro, "Turisti e vagabondi", cit., 465 ss.; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkenstein?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 241 ss.

una competizione sulle condizioni di lavoro tra i vari Stati membri. Vale a dire una concorrenza tra gli ordinamenti lavoristici di quest'ultimi⁴⁵⁰.

D'altra parte, nella direttiva n. 96/71/CE confluiscono varie *rationes*: da un lato, l'esigenza di garantire la libera prestazione dei servizi; dall'altro, la tutela dei lavoratori distaccati, quale strumento che indirettamente evita che la concorrenza sia falsata tramite il *dumping* sociale⁴⁵¹. È percepibile che, dietro l'apparente finalità di proteggere i lavoratori distaccati, la normativa nazionale traspositiva possa, in realtà, mirare a preservare il proprio mercato del lavoro e le capacità concorrenziali delle imprese locali: con ciò perseguendo un obiettivo protezionistico tale da comprimere eccessivamente la libertà di prestazione dei servizi. È importante notare come la Corte di Giustizia abbia fornito un'indicazione di metodo nel valutare la compatibilità della normativa nazionale sul distacco transfrontaliero con le norme del TCE in tema di libera prestazione dei servizi; indicazione che dovrebbe essere mantenuta quando si tratterà di verificare la conformità con la direttiva n. 96/71/CE della normativa nazionale traspositiva. Infatti, la Corte, tra i vari parametri di giudizio, ha sancito che ciò che conta è che il lavoratore distaccato goda di una "tutela sostanzialmente analoga" rispetto al lavoratore nazionale, indipendentemente dalla fonte di tale protezione; se la legge dello Stato ospitante o quella dello Stato di stabilimento dell'impresa datrice di lavoro distaccante⁴⁵². Si può dire che tale criterio, pur imponendo al giudice nazionale di rinvio un compito di valutazione non sempre facile, di fatto contribuisce comunque ad evitare il *dumping* sociale e a sollecitare un'armonizzazione verso l'alto delle condizioni di lavoro tra Paesi membri importatori e Paesi membri esportatori di manodopera. In questa direzione rilevante sarà il ruolo della Corte di Giustizia che fin d'ora ha manifestato una notevole attenzione nel bilanciare esigenze economiche e sociali: e che sovente, seppure dietro il formale paravento di garantire le libertà economiche, ha in sostanza assicurato pregnante tutela anche a valori sociali⁴⁵³.

La nuova proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, come si desume dal *Considerando 41 bis* (e dal successivo art. 17), esclude dall'applicazione dei propri principi "le condizioni di lavoro e di occupazione che, in conformità della direttiva n. 96/71/CE, si applicano ai lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro". Inoltre, l'art. 3, comma 1, della medesima stabilisce espressamente che, in caso di conflitto tra le disposizioni della nuova proposta con quelle della direttiva n. 96/71/CE, sono quest'ultime a prevalere. Perciò, grazie a tali statuizioni e all'abrogazione di altri enunciati, la nuova proposta di direttiva sembra avere fugato i dubbi suscitati dall'originario progetto Bolkenstein accusato di contenere previsioni tali da rendere fatiscenti le tutele assicurate dalla direttiva n. 96/71/CE. Semmai, come s'è già visto, la debolezza è già nella stessa direttiva n. 96/71/CE che abbisognerebbe di un'adeguata manutenzione proprio per rimuovere tutti gli ostacoli e le incertezze relativi alle condizioni di lavoro

⁴⁵⁰ Cfr. M. Pallini, *La proposta di direttiva*, cit., 44 ss.

⁴⁵¹ Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 124 s.; P. Davies, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems*, in *Common Market Law Review*, 1997, 571 ss.; Id., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 298 ss.; R. Giesen, *Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 2003, 143 ss.

⁴⁵² Corte di Giustizia 23 novembre 1990, cause C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punto 51; più ampiamente cfr. M. Pallini, *La proposta di direttiva*, cit., 33 ss.

⁴⁵³ Cfr. P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 180 ss.; M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, 25 ss.; S. Simitis, *Fine o rinascita*, cit., 527 ss.; G.F. Mancini, *La Corte di Giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità europea*, in *Il Mulino*, 1993, 595 ss.

applicabili ai lavoratori distaccati ancora esistenti e avallati dalla sua formulazione alquanto elastica.

Per giunta, la nuova proposta, all'art. 1, comma 7, sancisce che "la presente direttiva non reca pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incluso il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere un'azione sindacale". Tale disposizione fornisce un significativo contributo all'attribuzione di forza cogente alla Carta di Nizza e comunque costruisce un solido appiglio sulla via dell'affermazione dei diritti sociali fondamentali quali barriere invalicabili, nel loro nucleo essenziale, o quantomeno come parametri imprescindibili di bilanciamento, in rapporto alle libertà economiche del TCE. La pregnanza della suddetta disposizione non è da sottovalutare, tenendo conto che al momento si discute se le libertà economiche del TCE possano porre limiti all'esercizio dei diritti di sciopero e di altre forme di autotutela collettiva, per quanto essi siano pienamente garantiti all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri. La soluzione più ragionevole appare quella di ritenere la primazia dei diritti di autotutela collettiva e di lasciare immune la sovranità nazionale in materia di fronte alle pressioni esercitate dalle libertà economiche fondamentali del TCE. Vari argomenti depongono in tal senso: uno di questi, come si desume dall'art. 137 del TCE, è l'attuale assenza di competenza regolativa, dell'Unione al riguardo e perciò ogni forma d'interferenza con tali diritti di autotutela assumerebbe la portata di una vera e propria invasione delle prerogative dei legislatori nazionali⁴⁵⁴.

Quanto resti importante il livello di regolazione comunitario è infine dimostrato dalla vicenda della direttiva n. 95/46/CE del 24 ottobre 1995, "relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati". La direttiva è fondata sulla base giuridica costituita dal vecchio art. 100 A del TCE. Infatti, l'esigenza di proteggere le persone rispetto ai pericoli sorgenti dal trattamento dei loro dati personali è rappresentata come uno strumento per eliminare gli ostacoli alla libera circolazione degli stessi dati. Quindi, la protezione della persona, a prima vista, costituisce un obiettivo secondario, da raggiungere per via indiretta. In realtà, nonostante la discreta dose di ambiguità presente nella sua formulazione⁴⁵⁵, la direttiva ha rappresentato un formidabile mezzo attraverso cui diversi Stati membri (tra cui, *in primis*, l'Italia) sono stati costretti ad introdurre una disciplina della protezione dei dati personali orientata in funzione garantista e a porre fine al precedente regime di libertà assoluta tale da permettere di parlare di tali Paesi come di "paradisi dei dati" al pari dei più noti "paradisi fiscali". Sicché, la direttiva n. 95/46/CE ha creato le basi per un'efficace garanzia, in particolare, del diritto alla protezione dei dati personali che, solo in seguito, nella Carta di Nizza, ha trovato consacrazione quale diritto fondamentale dell'Unione europea. E inoltre la direttiva medesima ha indotto un processo di pregnante armonizzazione verso l'alto delle singole legislazioni nazionali in materia. Processo che assume carattere permanente, grazie ai meccanismi di controllo da essa creati sull'applicazione, a livello nazionale, delle sue disposizioni⁴⁵⁶. Il che conferma come la realizzazione del mercato unico, senza ostacoli alla libera concorrenza, possa essere per-

⁴⁵⁴ Cfr., ampiamente, G. Orlandini, *Diritto di sciopero*, 3 ss.; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 248.

⁴⁵⁵ Cfr. S. Simitis, *From the Market to Polis: the EU Directive on the Protection of Personal Data*, in *Iowa Law Review*, 1995, 445 ss.

⁴⁵⁶ Cfr. la *Relazione 2005* del Garante per la protezione dei dati personali, Roma, 2006, 139 ss.: la *Relazione 2004*, Roma, 2005, 140 ss. e la *Relazione 2003*, Roma 2004, 14 ss.

seguita con un approccio che privilegi un'armonizzazione con elevati *standards* di tutela dei cittadini.

Infine, va rimarcato che un contributo decisivo all'abbandono dell'originaria proposta Bolkenstein è stato dato dall'enorme opposizione che essa ha incontrato, a livello europeo, da parte di organizzazioni di lavoratori, ambientaliste e politiche, tutte preoccupate della deriva deregolativa che essa avrebbe potuto innescare e dell'eccesso di fiducia negli *animal spirits* del mercato di cui si faceva portatrice. Bisognerà vedere quale sarà il prodotto finale per fornire un giudizio completo. Però, fin d'ora, si può dire che questa vicenda dimostra come il passaggio dall'Europa dei mercanti all'Europa dei cittadini non possa essere lasciato alla decisione di centri di potere lontani (com'è talvolta la burocrazia tecnocratica europea) dalle esigenze dei cittadini in carne ed ossa, che vivono in prima persona gli effetti di queste scelte. E inoltre che tale passaggio può essere stimolato, in modo risolutivo, dall'azione di tutti quei soggetti collettivi, vecchi e nuovi, che assumano l'impegno primario di difendere i bisogni di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini europei⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Cfr. G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, 340 s.; S. Sciarra, *Globale e locale: prove di razionalità per il diritto del lavoro*, in *Soc. dir.*, 2004, 41 s.; S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali*, cit., 569.

Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*

Massimiliano Marinelli

1. Le clausole di rinvio al contratto collettivo nell'esperienza tedesca	105
2. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Federale del lavoro.	108
3. La questione portata all'attenzione della Corte di Giustizia.	111
4. Aspetti critici della sentenza della Corte di Giustizia.	116
5. Le possibili refluenze sull'ordinamento italiano.	118

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 48/2006

1. Le clausole di rinvio al contratto collettivo nell'esperienza tedesca

A differenza di quanto accade in Italia, nel sistema tedesco il legislatore ha da tempo risolto il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di lavoro, dettando nel *Tarifvertragsgesetz* (Tvg) del 9 aprile 1949 (attualmente vigente nella formulazione del 25 agosto 1969) una disciplina assai puntuale⁴⁵⁸. Secondo il § 3 Tvg il contratto collettivo trova applicazione soltanto ai datori di lavoro ed ai lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti, mentre il successivo § 5 detta le regole in forza delle quali il Ministero del lavoro può estenderne l'efficacia a tutti i soggetti che operano nel settore economico di riferimento⁴⁵⁹. Il datore di lavoro è dunque legalmente vincolato ad applicare il contratto sottoscritto dall'associazione cui egli aderisce (ma la regola non muta qualora egli abbia direttamente stipulato un contratto collettivo) ai soli lavoratori che a loro volta siano membri del sindacato stipulante. Nei contratti individuali sottoscritti con questi ultimi non vi sarebbe quindi alcuna necessità di indicare in modo esplicito la disciplina collettiva applicabile, in quanto questa risulta già individuata dalla legge. Il § 4, c. 1 del Tvg dispone infine che le norme contenute nel contratto collettivo prevalgono sulle eventuali disposizioni difformi del contratto individuale, e si sostituiscono ad esse, a meno che non contengano una disciplina di miglior favore per il lavoratore⁴⁶⁰.

Dall'affiliazione all'organizzazione stipulante il contratto collettivo non deriva invece l'obbligo per il datore di lavoro di applicarne il contenuto anche ai lavoratori che non siano iscritti alla controparte sindacale⁴⁶¹. Egli al contrario potrebbe concordare con essi una disciplina differenziata (di maggiore o minor favore) rispetto ai dipendenti affiliati al sindacato che ha sottoscritto il contratto collettivo applicabile. Sussiste dunque una rilevante differenza rispetto all'esperienza italiana, nella quale, in assenza di regole in merito all'applicazione del contratto collettivo ai lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti, si è ritenuto che il datore di lavoro sia comunque obbligato ad applicare anche a loro il contratto collettivo⁴⁶².

⁴⁵⁸ Cfr. per tutti W. DAEUBLER, *Das Arbeitsrecht*, 1 (15° ed.), Rowohlt, Amburgo, 1998, p. 129 ss.; M. LOEWISCH, *Arbeitsrecht*, (6° ed.), Werner Verlag, Duesseldorf, 2002, p. 67 ss.; U. ZACHERT, *La negociación colectiva en Alemania*, in A. OJEDA AVILÉS (a cura di), *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, s.d. (ma 2004), p. 29 ss.

⁴⁵⁹ Cfr. M. LOEWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., p. 79; U. ZACHERT, *La negociación colectiva*, cit., p. 45. A tale fine è previsto il parere di una commissione di tre esperti, nominati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, e che l'estensione dell'efficacia soggettiva sia richiesta da una delle due parti. Occorre inoltre che gli imprenditori i quali già siano vincolati al rispetto del contratto collettivo occupino non meno del 50% dei lavoratori del settore e che l'estensione dell'efficacia di questo risponda ad un interesse generale.

⁴⁶⁰ Cfr. W. DAEUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 149; U. ZACHERT, *La negociación colectiva*, cit., p. 44. Sulle recenti problematiche legate all'applicazione del principio della norma di miglior favore (*Guensitgkeitsprinzip*), ricavabile dal § 4, c. 3 del Tvg, cfr. U. ZACHERT, *Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht: alte Fragen – neue Probleme*, in *AuR*, 2002, p. 41 ss.

⁴⁶¹ Ciò a differenza di quanto accadeva nella Repubblica di Weimar, in cui, benché il *Tarifvertragsverordnung* (TVVO) all'epoca vigente prevedesse espressamente la limitazione degli effetti del contratto collettivo ai soli associati, secondo l'opinione prevalente i datori di lavoro era tenuti ad applicarlo a tutti i loro dipendenti, indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale. Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen. Verbandsaustritt, Verbandswechsel, Betriebsuebergang*, in *RdA*, 2002, p. 193 ss. (sul punto p. 195) e la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

⁴⁶² Cfr. per tutti G. PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti in memoria di Pietro Calamandrei*, V, Padova, Cedam, 1958, p. 133 ss.; IDEM, *Diritto del lavoro*, (6° ed.), Padova, Cedam, 1999, p. 152; G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, Franco Angeli, 1988, p. 70; F. MAZZIOTTI, *Autotutela sindacale e contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 481 ss.; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo ed autonomia sindacale*, (2° ed.), Torino, Utet, p. 65; M. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 216. In giurisprudenza cfr. per tutte Cass. 8 agosto 1978, n. 3867, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2431, con nota favorevole di G. PERA; Cass. 30 gennaio 1992, n. 976, in *Or. giur. lav.*, 1992, p. 517 ss.; Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 495 ss.

Anche in Germania tuttavia nell'esperienza concreta il datore di lavoro applica normalmente a tutti i lavoratori da lui impiegati il contratto collettivo sottoscritto con il sindacato (direttamente o per il tramite dell'associazione cui egli aderisca). Tale risultato viene ottenuto attraverso l'inserimento nel contratto individuale di lavoro di una clausola secondo la quale, per quanto non espressamente previsto dalle parti, si fa rinvio al contratto collettivo⁴⁶³. Il datore di lavoro che decide di avvalersi di tali clausole però normalmente le inserisce in tutti i contratti individuali, in quanto egli non è in grado di sapere se la sua controparte è o meno iscritta al sindacato. Si è in proposito discusso se – qualora al lavoratore trovi già applicazione il contratto richiamato, ai sensi del § 3 Tvg - la clausola abbia un mero valore dichiarativo (in quanto indica un effetto che già sussiste per legge), ovvero da essa possano discendere obblighi ulteriori per il datore di lavoro, in modo non dissimile da quanto potrebbe accadere per i dipendenti non aderenti al sindacato stipulante⁴⁶⁴.

Le clausole di rinvio al contratto collettivo, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza⁴⁶⁵, fanno parte della disciplina individuale del rapporto, ed hanno dunque un effetto meramente obbligatorio. Di conseguenza la loro violazione, determinata dall'applicazione al lavoratore di un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto nel contratto collettivo richiamato, non è sanzionata con l'applicazione del § 4 Tvg, e la conseguente sostituzione automatica della disciplina collettiva a quella individuale. L'interessato ha invece diritto soltanto al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del datore di lavoro a quanto concordato in sede di contratto individuale (sia pure mediante il rinvio ad una fonte negoziale esterna).

Secondo la ricostruzione proposta dalla dottrina maggioritaria le clausole in questione possono essere raggruppate, sulla base del loro contenuto, in clausole di "rinvio statico", di "rinvio dinamico debole" e di "rinvio dinamico forte"⁴⁶⁶. Va peraltro osservato che la limpida classificazione operata dalla dottrina non trova riscontro concreto nella pratica, essendo comune l'impiego di

⁴⁶³ Nella letteratura sull'argomento è d'uso il rinvio allo studio di U. PREIS, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, Luchterhand, Neuwied, 1993, p. 62, secondo cui la maggior parte (circa il 90%) dei contratti di lavoro individuali in Germania contiene clausole di questo tipo. Cfr. M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag*, Colonia, Verlag dr. Otto Schmidt, 2001, p. 1; S. SEITZ – M. WERNER, *Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln bei Unternehmensumstrukturierungen*, in NZA, 2000, p. 1257 ss.; T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge bei Veränderung der tariflichen Strukturen in Betrieb*, in Sonderbeilage zu NZA, 3/2000, p. 45 ss.; B. GAUL, *Einzelvertragliche Bezugnahmeklausel beim Uebergang des Arbeitsverhältnisses auf nicht tarifgebundenen Arbeitgeber*, in BB, 2000, p. 1086 ss.

⁴⁶⁴ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 201, cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁴⁶⁵ Cfr. G. ANNUSS, *Die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge*, in BB, 1998, p. 2558 ss.; P. SCHRADER, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge*, in BB, 2005, p. 714 ss.; G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 194; S. SEITZ – M. WERNER, *Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln*, cit., p. 1257; M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 10, e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁴⁶⁶ Cfr. W. HROMADKA – F. MASCHMANN – F. WALLNER, *Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei Änderung von Verbandsmitgliedschaft, Betriebszweck und Betriebsinhaber*, Monaco di Baviera, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, p. 75. Traduco con le espressioni "rinvio dinamico debole" e "rinvio dinamico forte" le dizioni *kleine dynamische Verweisung* e *grosse dynamische Verweisung* (letteralmente "piccolo" e "grande rinvio dinamico") in quanto sembrano maggiormente espressive del modo in cui la clausola opera. Utilizzano questa terminologia fra gli altri G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 195; M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 42, mentre P. HANAU, *Die Rechtsprechung des BAG zur arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge*, in NZA, 2005, p. 489 ss. preferisce invece parlare di rinvio "semidinamico" (*halbdynamische*) e "pienamente dinamico" (*voll-dynamische*).

clausole ambigue, in cui non risulta chiara la volontà espressa dalle parti, e la valenza che il rinvio al contratto collettivo assume⁴⁶⁷.

Si considera rinvio statico il riferimento ad uno specifico contratto collettivo, nella sua formulazione in un determinato momento. In questo caso la disciplina del contratto individuale viene integrata da una fonte il cui contenuto è già presente e conosciuto (o quantomeno conoscibile) al momento della sottoscrizione. Questa ipotesi non determina particolari problemi interpretativi in sede applicativa, in quanto le parti restano vincolate a quanto previsto dalla versione del contratto collettivo richiamato, ma non sono obbligate ad applicarne eventuali successive modifiche ed integrazioni. Le clausole di rinvio statico non sono però molto utilizzate in quanto, pur avendo (per i datori di lavoro che già applicano un contratto collettivo) il vantaggio di non attribuire in via immediata ai lavoratori non affiliati alle organizzazioni sindacali eventuali aumenti contrattuali, possono essere oggetto di modifica soltanto con il loro consenso⁴⁶⁸.

Qualora invece la clausola rinvii al contratto collettivo vigente in un determinato settore economico, senza alcuna ulteriore specificazione, ovvero con la precisazione che di esso troverà applicazione non soltanto la versione vigente al momento della sottoscrizione del contratto individuale, ma anche ogni successiva modifica o integrazione, il rinvio viene definito “dinamico debole”. Sono queste le clausole che pongono i maggiori problemi interpretativi, specialmente nel caso in cui il datore di lavoro successivamente receda dall’associazione stipulante (per iscriversi eventualmente ad un altro sindacato, con conseguente obbligo di applicare un diverso contratto collettivo), oppure ceda l’azienda, o il ramo di essa, cui è adibito il lavoratore interessato, ad un soggetto non obbligato all’applicazione di alcun contratto collettivo, ovvero vincolato ad un contratto collettivo diverso da quello del cedente⁴⁶⁹.

Se infine le parti non fanno riferimento al contratto collettivo vigente in un determinato settore, ma semplicemente al contratto collettivo alla cui applicazione il datore di lavoro è di volta in volta tenuto in forza del § 3 Tvg, sussiste un “rinvio dinamico forte”. In tale ipotesi si ha la massima libertà per il datore di lavoro, il quale può in qualunque momento sostituire alla disciplina collettiva fino ad allora applicata un diverso contratto collettivo, purché sia vincolato al suo rispetto da una fonte di disciplina diversa dal contratto di lavoro individuale.

Siffatte clausole peraltro non sono presenti soltanto nei contratti di assunzione in cui la parte datoriale è obbligata al rispetto di un contratto collettivo in forza della sua diretta sottoscrizione, o dell’affiliazione ad una organizzazione stipulante. Talvolta infatti anche un datore di lavoro non iscritto ad alcuna associazione sindacale inserisce nei contratti con i suoi dipendenti una clausola di rinvio ad un contratto collettivo, perché integri la disciplina del rapporto individuale⁴⁷⁰. Accade

⁴⁶⁷ Cfr. P. HANAU, *Die Rechtsprechung*, cit., p. 494; B. GAUL, *Einzelvertragliche Bezugnahmeklausel*, cit., p. 1088; T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 50.

⁴⁶⁸ Cfr. per tutti A. BRAUN, *Verbandstarifliche Normen in Firmentarifverträgen und Betriebsvereinbarungen*, in *DB*, 1986, p. 1428 ss. A conclusioni analoghe si perviene in Italia nel caso in cui le parti, mediante il rinvio nel contratto individuale di lavoro ad un contratto collettivo, non abbiano inteso richiamare un sistema contrattuale che conformi dall’esterno il contenuto della disciplina del rapporto, ma soltanto una specifica versione del contratto collettivo. Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 230; M. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 215.

⁴⁶⁹ Sulle questioni derivanti dal recesso dall’organizzazioni stipulante, dall’iscrizione ad un sindacato diverso e dalla cessione dell’azienda cfr. in generale M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., rispettivamente p. 69 ss., p. 92 ss. e p. 185 ss.; G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., rispettivamente p. 202 ss., p. 206 ss. e p. 208 ss.

⁴⁷⁰ Cfr. M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 4; P. HANAU, *Die Rechtsprechung*, cit., p. 489.

inoltre che un datore di lavoro, già vincolato all'applicazione di uno specifico contratto collettivo nei confronti di alcuni lavoratori in forza del § 3 Tvg, preveda nel contratto di assunzione degli altri dipendenti una clausola di rinvio ad un diverso contratto collettivo. Egli inoltre potrebbe concordare anche con i lavoratori nei cui confronti è già tenuto al rispetto di una specifica disciplina collettiva l'applicazione di un diverso contratto collettivo, a condizione che da questo derivi per loro un trattamento di miglior favore. Tali clausole dovrebbero essere formulate come rinvio statico o dinamico debole, ma non come rinvio dinamico forte, in quanto mancherebbe il termine di riferimento (il contratto collettivo alla cui applicazione il datore di lavoro sia di volta in volta tenuto). Se però le parti abbiano espressamente fatto riferimento al contratto collettivo di volta in volta applicabile, si ipotizza la possibile reviviscenza degli effetti della clausola nel caso in cui l'obbligo di applicare un contratto collettivo in forza del § 3 Tvg sorga in un momento successivo alla sottoscrizione del contratto individuale.

2. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Federale del lavoro.

In giurisprudenza si è a lungo ritenuto che le clausole in questione, laddove fossero inserite nel contratto individuale con un datore di lavoro già tenuto a rispettare il contratto collettivo richiamato, avrebbero dovuto essere interpretate come "clausole di parificazione del trattamento dei lavoratori"⁴⁷¹. Mediante esse il datore di lavoro si sarebbe proposto esclusivamente di assicurare un trattamento eguale a tutti i suoi dipendenti, indipendentemente dalla loro appartenenza al sindacato stipulante il contratto collettivo da lui applicato. Ciò anche qualora la clausola non contenesse esplicitamente l'indicazione del già esistente vincolo del datore di lavoro al rispetto del contratto collettivo richiamato, e non fosse stato reso esplicito nel contratto di assunzione lo scopo di equiparare i lavoratori iscritti al sindacato a quelli non iscritti⁴⁷². La cessazione dell'obbligo del datore di lavoro di applicare il contratto richiamato, e l'eventuale introduzione di una nuova disciplina collettiva, avrebbe dunque prodotto i suoi effetti anche nei confronti dei lavoratori nel cui contratto era inserita la clausola di rinvio. Diversamente l'obiettivo perseguito dal datore di lavoro non avrebbe potuto essere raggiunto.

L'eventuale inclusione della clausola in tutti i contratti di assunzione (compresi quelli sottoscritti con lavoratori affiliati al sindacato stipulante) veniva motivata dalla circostanza che il datore di lavoro non era in condizione di sapere, al momento dell'assunzione, se il lavoratore fosse affiliato ad una organizzazione sindacale, e dunque se il contratto collettivo cui egli era vincolato fosse o meno applicabile al dipendente. La natura dichiarativa della clausola veniva infine giustificata richiamando il § 2, c. 3 del *Nachweisgesetz* del 20 luglio 1995 (NachwG) - con cui è stata recepita la direttiva comunitaria 91/533 concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro - secondo il quale alcune delle informazioni da dare per iscritto al dipendente entro un mese dall'inizio del rapporto possono

⁴⁷¹ Traduco con questa espressione il termine tedesco *Gleichstellungsabrede*, impiegato generalmente dalla giurisprudenza. Cfr. P. SCHRADER, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 714; T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 45; S. SEITZ – M. WERNER, *Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln*, cit., p. 1268.

⁴⁷² Cfr. Tribunale Federale del Lavoro, 26 settembre 2001, in *BB*, 2002, 1264.

essere comunicate facendo riferimento al contratto collettivo applicabile⁴⁷³. Inserendo una clausola di rinvio nel contratto individuale il datore di lavoro si sarebbe dunque limitato ad adempiere l'obbligo di informazione contenuto nella legge.

Sarebbe stato peraltro possibile ritenere che le parti avessero voluto inserire in modo definitivo nella disciplina del rapporto individuale i successivi prodotti di una specifica fonte negoziale collettiva, ma ciò soltanto a condizione che il tenore letterale della clausola escludesse in modo certo l'intenzione di operare soltanto una parificazione di trattamento tra lavoratori iscritti e non iscritti all'organizzazione sindacale stipulante⁴⁷⁴.

Qualora invece il datore di lavoro non fosse stato già tenuto ad applicare un contratto collettivo, la clausola di rinvio non avrebbe potuto essere interpretata come espressione della volontà di assicurare un trattamento uguale a tutti i dipendenti. Benché sul punto non vi sia stata un'elaborazione in giurisprudenza altrettanto ampia, si doveva ritenere che il datore di lavoro (ed il suo eventuale successore, in forza della cessione dell'azienda o del ramo di essa in cui il lavoratore era inserito) fosse vincolato (salva la possibilità di una modifica consensuale del contenuto del contratto individuale) ad applicare il contratto collettivo oggetto del richiamo. Peraltro nel caso in esame si riteneva che la clausola assumesse normalmente il valore di un rinvio statico, essendo interesse del datore di lavoro ottenere, mediante il rinvio al contratto collettivo, una disciplina uniforme dei rapporti di lavoro con i propri dipendenti, senza però impegnarsi ad applicare anche future modifiche alla disciplina, di contenuto necessariamente incerto⁴⁷⁵. Allo stesso modo, nel caso in cui la clausola di rinvio richiamasse un contratto collettivo diverso da quello alla cui applicazione il datore di lavoro era tenuto (nei confronti dei soli lavoratori iscritti al sindacato stipulante) in forza del § 3 Tvg, non si poteva ritenere che questa avesse come fine la parificazione del trattamento dei dipendenti, essendo invece palese la volontà di applicare ai lavoratori non affiliati all'organizzazione sindacale una disciplina diversa.

La ricostruzione operata dalla giurisprudenza era stata criticata da parte della dottrina, che – sia pure con accenti diversi – riteneva che la lettura del rinvio al contratto collettivo come clausola di parificazione del trattamento dei lavoratori non trovasse alcun riscontro nella legislazione vigente, e si fondasse più su un rinvio acritico a precedenti giurisprudenziali in molti casi ambigui⁴⁷⁶, che su una reale applicazione delle disposizioni in materia di interpretazione del contratto (le sole cui si può fare riferimento per ricostruire la volontà delle parti). Attribuendo rilievo all'intenzione del datore di lavoro, anche nel caso in cui questa non fosse stata esplicitata nel contratto, la giurisprudenza avrebbe inoltre confuso il motivo soggettivo del datore di lavoro (del tutto irrilevante ai fini interpretativi) con lo scopo del negozio (che deve essere comune ad entrambe le parti)⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Cfr. G. ANNUSS, *Die einzelvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 2558.

⁴⁷⁴ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 199, i quali osservano che in questo modo veniva sostanzialmente posto a carico del lavoratore l'onere di portare elementi tali da superare una presunzione non fondata su precisi dati normativi.

⁴⁷⁵ Cfr. P. HANAU, *Die Rechtsprechung*, cit., p. 489; P. SCHRADER, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 715.

⁴⁷⁶ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 196. Dall'esame condotto sui precedenti giurisprudenziali risulta che l'idea secondo cui le clausole di rinvio al contratto collettivo mirano a garantire la parità di trattamento fra i lavoratori nasce con riferimento alla peculiare situazione dell'impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, e soltanto successivamente è estesa al settore privato (cfr. Tribunale Federale del lavoro, 20 marzo 1991, citato dagli autori sopra indicati).

⁴⁷⁷ Cfr. T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 45; G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 196.

Veniva inoltre sottolineato che ai sensi del § 305c, c. 2 del BGB, applicabile anche al contratto di lavoro in forza del successivo § 310, c. 4⁴⁷⁸, il testo della clausola di rinvio (contenuta normalmente in contratti il cui testo è predisposto dal datore di lavoro) avrebbe dovuto essere interpretato, in caso di ambiguità, nel senso meno favorevole alla parte predisponente. Aderendo alla lettura data dalla giurisprudenza si finiva invece con l'interpretare il testo nel senso più favorevole a quest'ultima⁴⁷⁹.

Con una decisione⁴⁸⁰ nella cui motivazione emerge un consapevole dialogo con la dottrina (i cui argomenti sono richiamati ed analizzati in modo approfondito)⁴⁸¹ il Tribunale federale del lavoro ha in parte mutato la propria giurisprudenza, ritenendo che per i contratti conclusi dopo il 31 dicembre 2001 (data in cui è entrata in vigore la riforma del diritto delle obbligazioni che ha inserito nel BGB il § 305c) il rinvio al contratto collettivo non debba più essere interpretato, salvo un'espressa volontà contraria delle parti, soltanto come clausola di parificazione dei trattamenti (lasciando invece – per esigenze di certezza interpretativa – immutato il suo orientamento riguardo ai contratti conclusi prima della data citata). Ciò innanzitutto in quanto nel momento in cui inserisce la clausola all'interno del contratto di assunzione il normale datore di lavoro non può essere consapevole dei futuri mutamenti della propria affiliazione sindacale, né tantomeno del cambiamento della titolarità del rapporto derivante da un trasferimento di azienda o di un ramo di essa, per cui non può avere come obiettivo quello di favorire tali operazioni. Peraltro in questo modo si cade nello stesso errore già rilevato, in quanto si attribuisce rilievo alla soggettiva intenzione di una delle parti, che nel caso in cui non sia esplicitata nel testo negoziale non assume alcun valore interpretativo. Assai più convincente è invece il richiamo alle norme in materia di interpretazione del contratto contenute nel BGB. In particolare ad avviso del Tribunale non soltanto il principio della interpretazione *contra stipulatorem* di cui al § 305c, c. 2 BGB⁴⁸², ma anche le disposizioni di cui ai §§ 307, c. 1 e 306 BGB si oppongono alla lettura data in passato dalla giurisprudenza alle clausole in esame. Dalla prima delle norme in questione si ricava il principio secondo cui le condizioni generali di contratto non possono svantaggiare la controparte in modo contrario ai principi di correttezza e buona fede (circostanza questa che, secondo quanto dispone il § 307 BGB, si può verificare anche qualora il testo non sia stato formulato in modo chiaro), mentre per la seconda disposizione l'invalidità di una delle condizioni generali non inficia la validità del contratto. Da tali regole il Tribunale ricava il principio generale secondo cui chi predispose una clausola non può trarne giovamento nel caso in cui il suo contenuto sia ambiguo, per cui non

⁴⁷⁸ Si tratta di disposizioni in materia di condizioni generali di contratto, già contenute in una legge speciale ed inserite nel BGB dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001. Cfr. U. FALK, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: una valutazione critica*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2005, p. 501 ss. (sul punto p. 504, n. 6).

⁴⁷⁹ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 196. Non mancavano autori (cfr. T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 50; M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 252), che proponevano possibili formulazioni delle varie tipologie di clausole, volte ad evitare il ripetersi di ambiguità ed incertezze interpretative.

⁴⁸⁰ Cfr. Tribunale Federale del lavoro, 14 dicembre 2005, 4 AZR 536/04, in www.juris.bundesarbeitsgericht.de. La questione riguardava una fisioterapista, il cui contratto di lavoro conteneva il rinvio ad un contratto collettivo del 1961 (abbondantemente scaduto all'epoca dell'assunzione) e ai contratti collettivi che lo avessero completato, modificato o integrato. La lavoratrice aveva agito in giudizio per ottenere il riconoscimento del diritto agli incrementi retributivi successivi alla cessione dell'azienda in cui era impiegata ad un soggetto non obbligato all'applicazione di alcun contratto collettivo.

⁴⁸¹ Cfr. i punti 17 e 18 della sentenza, che richiama tra gli altri gli scritti di REICHEL, HANAU, THUESING, LAMBRICH ed ANNUSS citati nelle note precedenti.

⁴⁸² Già richiamato peraltro per risolvere il caso portato alla sua attenzione da Tribunale Federale del lavoro, 9 novembre 2005, - 5 AZR 128/05, in *NZA*, 2006, p. 202.

è possibile dare alla clausola *a priori* una lettura comunque favorevole al predisponente. Se può dunque accadere che nel contratto individuale le parti prevedano per il dipendente non affiliato al sindacato stipulante il contratto collettivo un trattamento eguale ai lavoratori cui invece questo trova applicazione in forza del § 3 Tvg, ciò non costituisce l'unico possibile significato della clausola di rinvio. È invece possibile che, indipendentemente dalla sussistenza dell'obbligo per il datore di lavoro di applicare un contratto collettivo, le parti vogliano inserire come clausola del contratto individuale – ed in quanto tale non modificabile unilateralmente – il rinvio ad un singolo contratto collettivo, ovvero ad un sistema contrattuale, come fonte di integrazione della disciplina del loro rapporto, disponendo che questa possa essere mutata soltanto con il consenso del lavoratore. L'opzione per l'una o per l'altra lettura è interamente rimessa ad una corretta applicazione delle norme in materia di interpretazione del contratto.

Tali conclusioni peraltro rischiano di essere rimesse in discussione da un intervento della Corte di Giustizia di poco successivo, che ha dettato principi in parte contrastanti, sia pure nel solo caso (limitato dal punto di vista dogmatico, ma assai comune nella pratica) in cui si discuta dell'applicazione della clausola in presenza di un successivo trasferimento di azienda (o di parte di essa)⁴⁸³.

3. La questione portata all'attenzione della Corte di Giustizia.

Conformemente alla direttiva comunitaria 2001/23, relativa alla tutela dei lavoratori in caso di cessione di una impresa, di uno stabilimento, o di una loro parte⁴⁸⁴, il § 613a BGB, dopo avere previsto che in caso di cessione dell'azienda o di un ramo di essa il cessionario subentra nel contratto di lavoro concluso con il cedente (salvo l'esercizio del diritto di resistenza da parte del lavoratore, che può così mantenere il rapporto con la sua controparte originaria)⁴⁸⁵, detta una tutela differenziata in merito ai trattamenti di fonte individuale e di fonte collettiva⁴⁸⁶. In particolare, secondo la prima parte del c. 1 della disposizione citata, qualora un'azienda o un ramo di essa vengano trasferiti ad un altro titolare, questi subentra nei diritti e negli obblighi afferenti ai rapporti di lavoro in corso al momento del trasferimento. Per la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia sono ammesse in questo caso modifiche unilaterali delle condizioni del rapporto

⁴⁸³ Cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, in *EuZW*, 2006, 276. Il testo in lingua italiana può essere consultato nel sito www.europa.eu.int.

⁴⁸⁴ Cfr. per tutti R. FOGLIA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento di azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, 2004, p. 189 ss.; F. VALDES DAL RÉ, *Transfers of undertakings: an experience of clashes and harmonies between Community law and national legal system*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour law in the courts*, Oxford – Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, p. 179 ss.; S. LAULOM, *Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise*, in *Dr. soc.*, 1999, p. 821 ss.

⁴⁸⁵ Si tratta del cosiddetto "diritto di resistenza" (*Widerspruchrecht*), espressamente introdotto nel § 613a BGB dalla l. 23 marzo 2002, di recepimento della direttiva 2001/23, che peraltro non indica le conseguenze del rifiuto del passaggio. Per opinione praticamente unanime però in questo caso il lavoratore non passa alle dipendenze del cessionario, ma resta alle dipendenze del cedente. Cfr. per tutti M. LOEWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., p. 382 e la giurisprudenza ivi citata; U. RUNGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 523 ss.

⁴⁸⁶ Sulla disciplina del trasferimento di azienda nel diritto tedesco cfr. M. FUCHS, *La disciplina del trasferimento d'azienda nel diritto tedesco*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, 2004, p. 221 ss.; E. KOCHER – U. ZACHERT, *Betriebsuebergang. Die deutsche Erfahrung*, in A. OJEDA AVILÉS – J. GORELLI HERNÁNDEZ – MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS, *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, Cacucci, 1999, p. 81 ss.; M. KOERNER, *Corte di giustizia europea, corti nazionali, trasferimento di azienda. L'esperienza tedesca*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 117 ss.

soltanto nel caso in cui l'ordinamento nazionale le avrebbe consentite anche al cedente⁴⁸⁷. In forza della seconda parte del c. 1 invece i diritti e gli obblighi contenuti in un contratto collettivo (anche aziendale) entrano a far parte della disciplina individuale del rapporto di lavoro tra il nuovo titolare e il lavoratore, e non possono essere modificati in suo danno prima che sia trascorso un anno dal trasferimento⁴⁸⁸, a meno che al cessionario non si applichi già una diversa disciplina collettiva. Nel rapporto individuale vengono inserite le regole del contratto collettivo vigenti al momento della cessione, per cui il lavoratore non ha alcun diritto ai trattamenti previsti da successive modifiche⁴⁸⁹. Qualora il nuovo datore di lavoro sia vincolato al rispetto dello stesso contratto collettivo applicato dal cedente non sussiste alcun problema, in quanto continuerà a trovare applicazione il vecchio contratto collettivo, nei confronti dei lavoratori sindacalizzati ai sensi del § 3 Tvg, e per gli altri dipendenti in forza della clausola di rinvio. Qualora invece il cessionario applichi un diverso contratto collettivo (anche aziendale), questo si andrà a sostituire immediatamente alle norme entrate provvisoriamente a fare parte della disciplina individuale del rapporto.

La questione però si complica nel caso in cui il contratto individuale contenga (come normalmente accade) una clausola di rinvio ad un contratto collettivo, ed il nuovo datore di lavoro non sia vincolato alla sua applicazione dal § 3 Tvg. Secondo una prima opinione, dato che la clausola di rinvio pone un obbligo sul piano del rapporto individuale, cui è estranea la disciplina del Tvg, si dovrebbe applicare la prima parte del c. 1 del § 613a BGB. Di conseguenza il cessionario, benché vincolato all'applicazione di un contratto collettivo diverso da quello richiamato, sarebbe comunque tenuto – in forza della clausola di rinvio – al rispetto della disciplina collettiva cui si era obbligato il cedente, e non potrebbe sostituire il proprio contratto collettivo a quello richiamato, a meno che la stessa clausola (elaborata dunque nella forma del rinvio dinamico forte) non lo consenta⁴⁹⁰. Se invece il cessionario non fosse vincolato al rispetto di alcun contratto collettivo, il rinvio dinamico forte sarebbe privo del suo oggetto (mancando la disciplina di volta in volta applicabile cui la clausola fa riferimento), e dunque non avrebbe comunque più efficacia⁴⁹¹. Nel caso invece di un rinvio dinamico statico, o dinamico debole, il lavoratore avrebbe comunque diritto al rispetto di quanto previsto dalla versione del contratto collettivo richiamata (rinvio statico)⁴⁹² ovvero all'applicazione di tutte le successive versioni del contratto collettivo di lavoro, anche successive alla cessione dell'azienda (rinvio dinamico debole)⁴⁹³.

⁴⁸⁷ Cfr. Corte giust., 10 febbraio 1988, *Tellerup*, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 294 ss.; Corte giust., 12 novembre 1992, *Watson Rask*, in *Not. giur. lav.*, 1992, p. 863 ss.; Corte giust., 14 settembre 2000, *Collino*, in *LPA*, 2000, p. 1113 con nota di G. BOLEGO, "Privatizzazioni" e ambito di applicazione della direttiva comunitaria sul trasferimento d'impresa.

⁴⁸⁸ Su tale "metamorfosi" della disciplina collettiva cfr. E. KOCHER – U. ZACHERT, *Betriebsuebergang*, cit., p. 85.

⁴⁸⁹ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 209.

⁴⁹⁰ Cfr. da ultimo Tribunale Federale del lavoro, 15 marzo 2006, 4 AZR 75/05, in www.juris.bundesarbeitsgericht.de.

⁴⁹¹ Cfr. B. GAUL, *Einzelvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 1086. In giurisprudenza Tribunale Federale del lavoro, 4 agosto 1999, in *NZA*, 2000, p. 154. *Contra* G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 212, i quali (in modo non condivisibile) ritengono che in questo caso la clausola andrebbe interpretata nel senso di contenere un rinvio al contratto collettivo tenuto presente dalle parti al momento della sottoscrizione.

⁴⁹² Cfr. G. ANNUSS, *Die einzelvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 2561. In giurisprudenza Tribunale Federale del Lavoro 25 ottobre 2000, in *DB*, 2001, p. 1891.

⁴⁹³ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 211. In senso dubitativo invece T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 49.

Secondo un'altra opinione invece, dato che la clausola in questione avrebbe il solo fine di parificare il trattamento dei dipendenti non affiliati al sindacato stipulante a quello dei soggetti affiliati, la clausola di rinvio di tipo dinamico al contratto collettivo andrebbe sempre intesa nella sua variante forte, per cui il cessionario potrebbe sempre e comunque sostituire la disciplina derivante dal contratto collettivo applicato dal cedente, e richiamato dalla clausola, con la propria disciplina collettiva⁴⁹⁴.

Il Tribunale superiore del lavoro di Duesseldorf si era trovato ad esaminare il caso di un lavoratore non affiliato ad alcun sindacato, il cui contratto di lavoro conteneva una clausola di rinvio al contratto collettivo vigente in un determinato settore produttivo, che il suo datore di lavoro doveva rispettare in quanto iscritto all'organizzazione stipulante. Il ramo di azienda cui il lavoratore era addetto era stato trasferito ad una diversa impresa, non facente parte di alcun sindacato, la quale aveva sottoscritto una transazione individuale con il nuovo dipendente, corrispondendo una *una tantum* in cambio della rinuncia agli eventuali aumenti maturati (ma non a quelli futuri). Dopo la conclusione della transazione il contratto collettivo cui la clausola del contratto individuale faceva rinvio era stato modificato, ed aveva previsto un incremento della retribuzione, per il cui riconoscimento il lavoratore aveva agito in giudizio.

Il Giudice aveva sollevato davanti alla Corte di Giustizia una questione interpretativa dell'art. 3, c. 1 della direttiva 2001/23, chiedendo se fosse compatibile con tale disposizione "il fatto che, in caso di trasferimento di azienda, il cessionario non vincolato a contratti collettivi sia tenuto a rispettare un accordo concluso tra il cedente – vincolato invece alla contrattazione collettiva – ed il lavoratore, in base al quale sia stata convenuta l'applicabilità degli accordi salariali collettivi di volta in volta vincolanti per il detto cedente, qualora il menzionato obbligo di rispetto dell'accordo pregresso comporti l'applicabilità dell'accordo salariale collettivo in vigore al momento del trasferimento dell'azienda, ma non quella di analoghi accordi salariali entrati in vigore in un momento successivo", e in caso di esito negativo di tale questione, se fosse compatibile con la citata disposizione comunitaria "il fatto che il cessionario non vincolato alla contrattazione collettiva sia tenuto a rispettare gli accordi salariali collettivi entrati in vigore successivamente alla data di trasferimento dell'azienda solo fintanto che siffatta efficacia vincolante sussiste per il cedente".

Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale, sulla base della necessità di contemperare le esigenze contrapposte dei datori di lavoro e dei lavoratori, tra le quali il diritto comunitario è chiamato a mediare, aveva sostenuto un'interpretazione della direttiva secondo cui il cessionario sarebbe vincolato al rispetto degli accordi collettivi richiamati da clausole contenute nei contratti individuali sottoscritti dal cedente con i lavoratori, soltanto entro gli "stessi limiti temporali delle condizioni di lavoro pattuite mediante accordo collettivo". Infatti il rinvio operato dal contratto individuale alla contrattazione collettiva non potrebbe permanere senza alcun limite temporale (o meglio, con il solo limite temporale della cessazione del rapporto di lavoro con il dipendente), in quanto "la cristallizzazione delle condizioni di lavoro limita il potere di direzione dell'imprenditore e condanna al fallimento qualunque tentativo di omogeneizzazione". Oltre a tale generica motivazione, l'Avvocato Generale indicava una ragione più specifica, sostenendo che "quando le clau-

⁴⁹⁴ Per un completo riepilogo delle posizioni a sostegno di tale tesi cfr. per tutti M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 185 ss.

sole del contratto individuale rinviano alla disciplina della retribuzione dei successivi accordi collettivi, senza alcun limite temporale, sorge un inconveniente grave, dal momento che il nuovo titolare, qualora desiderasse intervenire sugli accordi con i sindacati, dovrebbe iscriversi all'associazione dei datori di lavoro che partecipa alle negoziazioni, il che pregiudicherebbe indubbiamente la sua libertà di associazione". Tale diritto, ad avviso dell'Avvocato Generale, "deve prevalere su qualunque altro diritto di rango inferiore, come quello del lavoratore ai vantaggi economici derivanti dall'evoluzione degli accordi collettivi sottoscritti dal cedente". Un ulteriore elemento a sostegno di tale lettura deriverebbe dal fatto che "se gli accordi collettivi futuri incidessero in modo permanente sulla posizione di un datore di lavoro estraneo alla loro contrattazione, si determinerebbero conseguenze analoghe a quelle dei contratti che pongono oneri a carico di terzi, in violazione del principio generale *pacta tertiis nec nocent*. Potrebbe accadere che il datore di lavoro che non ha firmato un accordo venga assoggettato ad obblighi ulteriori rispetto a quelli da lui sottoscritti, venendosi così a trovare in una situazione di incertezza, esposto all'*alea* di eventuali accordi stipulati a sua insaputa". Egli proponeva dunque di rigettare l'ipotesi di una interpretazione dinamica della clausola di rinvio, e di limitare l'efficacia nel tempo del contratto collettivo cui la clausola individuale fa riferimento entro gli stessi limiti in cui viene conservata la disciplina collettiva.

Secondo la Corte di Giustizia "l'art. 3, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che, qualora il contratto di lavoro rinvii ad un contratto collettivo che vincola il cedente, il cessionario che non è parte del contratto collettivo non sia vincolato da contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dell'azienda"⁴⁹⁵. Un esame della motivazione nel suo complesso indica che secondo il giudice comunitario un'interpretazione dinamica delle clausole di rinvio si porrebbe in contrasto con la disciplina comunitaria. La sentenza parte dalla considerazione secondo la quale il datore di lavoro che non è vincolato ad un contratto collettivo (per legge o in applicazione della disciplina generale sui contratti) non è normalmente tenuto a rispettarne il contenuto. Applicando tale principio in modo incondizionato al trasferimento di cui alla direttiva 2001/23 il lavoratore perderebbe però immediatamente larga parte dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro, in quanto la disciplina di questo normalmente è soltanto in parte contenuta nel contratto individuale, che rimette per numerosi profili al contratto collettivo. Al fine di tutelare i lavoratori coinvolti in un trasferimento di impresa il legislatore comunitario ha dunque innanzitutto assicurato la conservazione dei diritti dei lavoratori, permettendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente⁴⁹⁶. La successione del cessionario nel rapporto di lavoro costituisce, secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, una norma imperativa, per cui né alle parti del contratto di cessione, né alle organizzazioni sindacali, è permesso derogarvi.⁴⁹⁷ Ad avviso della Corte è corretta la ricostruzione, da tempo operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche, secondo cui la clausola di rinvio al contratto collettivo costituisce una clausola che entra a fare parte del

⁴⁹⁵ Cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, cit., punto 37.

⁴⁹⁶ Cfr. fra molte Corte giust., 10 febbraio 1988, *Tellerup*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1988, p. 709 ss., con nota di P. RODIERE; Corte giust., 25 luglio 1991, *D'Urso*, in *Giust. civ.* 1992, I, p. 1121 ss., con nota di G. CONTALDI, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese oggetto di amministrazione straordinaria*; Corte giust., 12 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 154 ss.; Corte giust., 12 novembre 1998, *Europièces*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 506 ss., con nota redazionale *Trasferimento di azienda: consenso del dipendente alla prosecuzione del rapporto di lavoro con l'azienda cessionaria*.

⁴⁹⁷ Cfr. Corte giust., 25 luglio 1991, *D'Urso*, cit., punto 20; Corte giust., 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, cit., punto 18.

contratto individuale di lavoro. Questa rientra dunque nell'art. 3, n. 1 della direttiva 2001/23, per cui i diritti e gli obblighi derivanti dalla fonte collettiva continuano a vincolare il cessionario, ancorché questi non aderisca all'organizzazione stipulante il contratto collettivo, o non abbia manifestato altrimenti la volontà di applicarlo. Tuttavia, mentre le altre clausole del contratto individuale continuano a produrre i loro effetti entro il solo limite temporale della cessazione del rapporto (a meno che le parti non abbiano espressamente previsto diversamente), ad avviso della Corte la clausola di rinvio ad un contratto collettivo non potrebbe avere una portata più ampia del contratto al quale rinvia. Sarebbe dunque necessario fare riferimento, al fine di determinare la durata dell'efficacia di tale clausola, all'art. 3, n. 2 della direttiva 2001/23, che pone un preciso limite all'applicabilità da parte del cessionario del contratto collettivo al cui rispetto il cedente era obbligato. Questo infatti produce i suoi effetti soltanto "fino alla data della sua risoluzione o della sua scadenza, ovvero fino all'entrata in vigore o all'applicazione di un altro contratto collettivo", peraltro con la possibilità, anche in assenza di una delle ipotesi appena richiamate, di limitare l'applicazione del contratto collettivo ad un periodo ancora più breve, che non può essere inferiore ad un anno⁴⁹⁸. Dalla disposizione in esame risulterebbe dunque che il legislatore comunitario non avrebbe inteso vincolare il cessionario a contratti collettivi diversi da quello in vigore al momento del trasferimento e, di conseguenza, non gli avrebbe imposto di modificare ulteriormente le condizioni di lavoro con l'applicazione di un nuovo contratto collettivo stipulato dopo il trasferimento (in merito al quale i lavoratori non potrebbero vantare diritti, ma mere aspettative giuridicamente non rilevanti).

A sostegno della lettura riduttiva dell'efficacia temporale delle clausole di rinvio la Corte richiama la necessità di tutelare i diritti del cessionario (il quale "dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività"), che, sebbene non espressamente richiamati o presi in considerazione dalla direttiva 2001/23, assumerebbero comunque rilievo. Viene inoltre richiamato il principio, costantemente osservato dalla giurisprudenza della Corte, in forza del quale, nel rispetto del principio dell'unità dell'ordinamento giuridico comunitario, le direttive vanno interpretate in conformità ai principi generali di questo, tra cui il rispetto dei diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, come disposto dall'art. 6, n. 2 del Trattato⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ In senso contrario alla tesi sostenuta nel testo cfr. U. CARABELLI – B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in A. OJEDA AVILÉS – J. GORELLI HERNÁNDEZ – MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS, *La transmisión de empresas en Europa*, cit., p. 103 ss. (sul punto p. 142 – 143) e la dottrina citata alla n. 85, secondo i quali nessuna modifica potrebbe comunque essere prevista prima di un anno. A sostegno di quanto qui affermato cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, cit., punto 30, secondo cui "gli Stati membri possono limitare il periodo di salvaguardia delle condizioni di lavoro derivanti dal contratto collettivo, a condizione che tale periodo non sia inferiore a un anno. Quest'ultima limitazione, in un certo senso, è sussidiaria in quanto applicabile nel caso in cui non si verifichi entro il termine di un anno a partire dal trasferimento nessuna delle situazioni sopra menzionate, vale a dire la risoluzione o la scadenza del contratto collettivo esistente, l'entrata in vigore ovvero l'applicazione di un nuovo contratto collettivo".

⁴⁹⁹ Cfr. B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3803 ss. In giurisprudenza da ultimo Corte giust., 1 aprile 2004, *Borgmann*, in *Racc.* 2004, I, p. 3219 s., punto 30.

Tra questi rientra anche la libertà di associazione⁵⁰⁰, sancita dall'art. 11 della Convenzione citata (e, si potrebbe aggiungere, riconosciuta dall'art. 11 della Carta Comunitaria dei diritti sociali e fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, e dall'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000), la quale comprende altresì il diritto di non fare parte di alcun sindacato⁵⁰¹. Nel caso in cui la clausola di rinvio rendesse applicabili al cessionario i contratti collettivi futuri, dei quali egli non è parte, si metterebbe in discussione il suo diritto fondamentale di non associarsi, in quanto per intervenire sul loro contenuto egli sarebbe costretto ad aderire ad una delle associazioni stipulanti. Un'interpretazione della clausola "statica", tale da rendere obbligatoria l'applicazione del contratto collettivo soltanto per un periodo limitato, e non superiore a quello già previsto per la conservazione dei trattamenti di fonte collettiva, eviterebbe invece che il cessionario sia vincolato a future evoluzioni del contratto collettivo sulle quali egli non possa influire, e delle quali non abbia tenuto conto al momento dell'acquisto per valutarne la convenienza economica, tutelando in questo modo pienamente la sua libertà di associazione.

4. Aspetti critici della sentenza della Corte di Giustizia.

La Corte di giustizia ha dunque fortemente limitato gli effetti che le clausole di rinvio al contratto collettivo possono avere nei confronti del cessionario. Infatti, quale che ne sia la formulazione, esse potranno disporre soltanto un rinvio statico al contratto collettivo preesistente al trasferimento. Questo continuerà a produrre i suoi effetti dopo la cessione, ma a differenza delle altre clausole contenute nel contratto di lavoro individuale soltanto fino a quando il contratto collettivo si risolve o scada, ovvero il cessionario applichi una diversa disciplina collettiva. Non sarebbe invece conforme al diritto comunitario un'interpretazione dinamica delle clausole di rinvio, che consentisse al lavoratore di conservare il diritto all'applicazione del trattamento collettivo previgente anche dopo il passaggio alle dipendenze del cessionario. In sostanza dunque la clausola inserita nel contratto individuale non accresce in alcun modo la tutela dei diritti di fonte collettiva. Nella ricostruzione della Corte invero l'art. 3, n. 2 della direttiva 2001/23 non ha soltanto lo scopo di tutelare i lavoratori, che conservano per un periodo di tempo limitato il diritto al godimento dei trattamenti collettivi previgenti, ma soprattutto protegge l'interesse del cessionario a sostituire la propria disciplina collettiva a quella già applicata dal cedente, anche contro una espressa previsione contraria contenuta nel contratto di lavoro individuale. Soltanto nel caso in cui egli non sia vincolato all'applicazione di alcun contratto collettivo sarà tenuto al rispetto della disciplina collettiva del cedente, soltanto però fino alla sua scadenza (a meno che il legislatore nazionale non preveda addirittura un termine più breve, a condizione che questo non sia inferiore ad un

⁵⁰⁰ Cfr. in proposito Corte giust., 15 dicembre 1995, *Bosman* (punto 79), in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 601 ss., con nota di M. ORLANDI, *Ostacoli alla libera circolazione dei calciatori e numero massimo di "stranieri comunitari" in una squadra: osservazioni in margine alla sentenza Bosman*; Corte giust., 6 marzo 2001, *Connolly*, in *Racc.*, 2001, I, p. 1611 ss.

⁵⁰¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 agosto 1981, *Young*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 133 ss., con nota di E. TRIGGIANI, *Libertà sindacale "negativa" e convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Sulla nozione di libertà sindacale resta essenziale il rinvio a M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO – G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, Cedam, 1980, p. 1 ss.; G. PERA, *Libertà sindacale: diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, s.d. (ma 1974), p. 501 ss.

anno). Inoltre, qualora la disciplina richiamata non abbia un termine di scadenza, ed il diritto nazionale consenta di recedere dal contratto collettivo (come accade in Italia)⁵⁰², si deve ritenere che il cessionario, facendo uso di una facoltà già attribuita astrattamente al cedente, possa liberarsi dell'obbligo in questione, purché ciò avvenga decorso un anno dal trasferimento.

Nonostante la questione non sia stata espressamente affrontata dal giudice comunitario, si può però osservare che nulla impedisce al datore di lavoro di assumere, mediante l'inserimento delle clausole in esame, l'obbligo di applicare un determinato contratto collettivo nei confronti dei propri lavoratori, anche indipendentemente dalla sussistenza di un preciso dovere in merito previsto *aliunde*. Tuttavia tale atto limitativo della propria libertà contrattuale (ancora prima che della libertà di associazione) non potrà produrre i suoi effetti nei confronti del terzo cui egli, in un momento successivo, ceda l'azienda.

Benché le finalità che la Corte ha inteso perseguire siano condivisibili, il fondamento giuridico delle conclusioni cui è pervenuta potrebbe essere oggetto di discussione. Invero l'affermazione secondo cui la clausola inserita nel contratto individuale non potrebbe avere un contenuto maggiore rispetto al contratto cui rinvia (e dunque non potrebbe prolungare i suoi effetti oltre la scadenza di questo) non tiene conto della circostanza che le parti potrebbero invece avere voluto richiamare espressamente non un contratto specifico, ma un intero sistema contrattuale, come fonte di disciplina del rapporto di lavoro. La clausola del contratto individuale non potrebbe mutare il suo significato per il solo fatto che sia cambiata la titolarità del rapporto di lavoro, in quanto il cessionario subentra interamente al cedente in tutti gli obblighi ed i diritti da questo assunti. Qualora dunque le parti avessero inteso fare riferimento ad un determinato sistema contrattuale, indipendentemente dalla concreta affiliazione sindacale del datore di lavoro, il trattamento richiamato – se si considera la clausola in oggetto come parte della disciplina individuale del rapporto – andrebbe conservato anche dopo il trasferimento.

Anche gli argomenti a sostegno dell'affermazione secondo cui in questo modo si violerebbe la libertà sindacale del cessionario potrebbero in realtà non essere decisivi. Invero - a parte la considerazione per cui spesso il datore di lavoro, specie nel caso di contratti sottoscritti da grandi organizzazioni, non ha in concreto alcuna possibilità di influire sul contenuto di questi, ma soltanto di recedere dall'associazione qualora non sia d'accordo con la sua politica - va rilevato che nel caso in esame il riferimento al contratto collettivo non riguarda l'intera disciplina, ma soltanto la parte in cui si determina il trattamento spettante al lavoratore. Non fanno invece parte del richiamo le clausole del contratto collettivo che individuano diritti e obblighi del datore di lavoro rispetto alle organizzazioni sindacali, e che non attribuiscono immediatamente diritti e obblighi nei confronti dei lavoratori. Non vi sarebbe dunque alcuna imposizione nei confronti del cessionario di obblighi diversi da quelli derivanti dall'acquisizione della titolarità di un contratto di lavoro individuale, alla cui redazione egli (evidentemente) non può avere partecipato. L'unica differenza consisterebbe nel fatto che la disciplina del rapporto individuale non avrebbe un contenuto co-

⁵⁰² Cfr. per tutti A. TURSI, *Contratto collettivo a tempo indeterminato e recesso ad nutum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 449 ss. In giurisprudenza fra molte Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, in *Or. giur. lav.*, 1994, I, p. 5 ss., con nota di M. TIRABOSCHI, *Contratto collettivo di lavoro a tempo indeterminato e libertà di recesso: considerazioni a proposito di un recente mutamento di indirizzo della nostra giurisprudenza di cassazione*; Cass. 7 marzo 2002, n. 3296, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 302 ss., con nota di G. GRAMICIA, *Recesso del datore di lavoro dal patto collettivo in tema di previdenza complementare*.

noscibile *a priori*, in quanto potrebbe essere variata da successivi mutamenti del contratto collettivo cui le parti hanno fatto rinvio. Tuttavia effetti non dissimili si avrebbero nel caso in cui il contratto individuale disponesse una determinazione della retribuzione (o di alcune voci soltanto di essa) di miglior favore per il lavoratore non in modo immediato, ma attraverso il rinvio ad una fonte (non contrattuale collettiva) esterna, suscettibile di integrarne e modificarne il contenuto in modo non immediatamente prevedibile. Si pensi al riferimento ad una percentuale della retribuzione prevista per altri dipendenti dell'impresa, ovvero ad una clausola che preveda l'adeguamento della retribuzione legandola al mutamento di valori non controllabili dalle parti. Anche in questo caso infatti il cessionario dovrebbe subire le conseguenze di un accordo tra le parti, il cui contenuto ed il cui onere economico non sarebbe stato possibile determinare con precisione al momento del trasferimento.

5. Le possibili refluenze sull'ordinamento italiano.

Nell'esperienza italiana le clausole di rinvio al contratto collettivo (ancorché utilizzate con molta frequenza) hanno raramente dato luogo a questioni analoghe a quelle affrontate in Germania. Invero assai rare sono le sentenze che hanno esaminato la sorte del rinvio nel caso del successivo recesso del datore di lavoro dal sistema contrattuale collettivo, mentre la dottrina sul punto raramente ha effettuato analisi approfondite⁵⁰³. Va qui osservato che, data l'esistenza, secondo l'opinione unanime, di un obbligo di applicazione del contratto collettivo a tutti i dipendenti, indipendentemente dalla loro iscrizione al sindacato, il rinvio non assume la natura di clausola di parificazione del trattamento dei lavoratori. Nei precedenti giurisprudenziali editi emerge che nel caso in cui il datore di lavoro sia già iscritto all'organizzazione sindacale stipulante il contratto collettivo richiamato nella clausola di rinvio, questa va intesa non come espressione di una volontà negoziale che individui nuovi e diversi obblighi tra le parti, ma soltanto come dichiarazione di un obbligo che già deriva dall'iscrizione al sindacato stesso⁵⁰⁴. Parte della dottrina aderisce a tale ricostruzione, affermando che nel caso in cui il datore di lavoro sia già iscritto al sindacato che ha firmato il contratto collettivo richiamato non sussisterebbe alcuna ulteriore volontà negoziale, e che comunque la clausola sarebbe priva di causa, in quanto l'effetto voluto dalle parti (il riferimento al contratto collettivo) sarebbe già realizzato altrimenti⁵⁰⁵. A sostegno di tale tesi si potrebbe anche citare l'art. 1, c. 4 del D. lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (il quale, come l'omologa disciplina contenuta nel NachwG tedesco, ha recepito la direttiva comunitaria 91/533), secondo il quale talune informazioni possono essere fornite mediante il rinvio al contratto collettivo applicato, per cui il richiamo a questo potrebbe avere, per espressa previsione legislativa, soltanto un valore dichiarativo.

⁵⁰³ Cfr. però S. P. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo tra iscrizione al sindacato ed adesione individuale*, in *ADL*, 2000, p. 725 ss.

⁵⁰⁴ In tale senso cfr. sul punto specifico Trib. Trento, 11 febbraio 2000, in *ADL*, 2000, p. 815 ss. Sul principio secondo cui l'adesione, espressa o tacita, ad un contratto collettivo avrebbe un'efficacia soltanto suppletiva e residuale rispetto all'iscrizione alle organizzazioni stipulanti cfr. Cass. 14 aprile 1980, n. 2430, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, p. 129 ss.; Cass. 6 novembre 1990, n. 10654; Cass. 16 gennaio 1996, n. 319.

⁵⁰⁵ Cfr. S. P. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, cit., p. 740.

Tale conclusione è certamente da condividere per le clausole di rinvio contenute nella maggioranza dei contratti individuali, in cui ci si limita ad affermare che al rapporto di lavoro trova applicazione un determinato contratto collettivo, ovvero che per quanto non espressamente previsto si fa rinvio ad un determinato contratto collettivo, senza alcun impegno ad una conservazione di tali effetti anche nel caso di mutamento dell'affiliazione sindacale o della titolarità del rapporto di lavoro. Si potrebbe però dare il caso in cui le parti hanno espressamente voluto inserire nel contratto individuale uno specifico contratto collettivo, nella sua formulazione attuale, ma non nelle successive modifiche (con ciò costituendo, secondo l'opinione prevalente, una clausola individuale non modificabile unilateralmente)⁵⁰⁶, ovvero hanno inteso integrare in via permanente il contratto individuale di lavoro con un rinvio dinamico ad una determinata fonte contrattuale. In sostanza in questo modo il datore di lavoro si impegnerebbe a conservare un determinato trattamento per tutta la durata del rapporto di lavoro (o almeno fino a quando questo costituisca una disciplina di miglior favore per il lavoratore)⁵⁰⁷, rinunciando alla possibilità di cessare di applicare un contratto collettivo, mediante il recesso dallo stesso, ovvero dall'associazione sindacale stipulante⁵⁰⁸. Una simile interpretazione sarebbe più facilmente prospettabile per le clausole inserite nei contratti di assunzione conclusi da datori di lavoro non affiliati ad alcuna organizzazione sindacale (e per i quali ovviamente non vi può essere alcuna interferenza tra le finalità perseguite con l'iscrizione al sindacato e gli obiettivi cui si mira con la clausola di rinvio) mentre per i datori di lavoro iscritti al sindacato che ha sottoscritto il contratto richiamato l'accertamento della volontà contrattuale dovrebbe essere condotto in modo assai prudente, e tenere conto del fatto che normalmente il rinvio al contratto collettivo ha in queste ipotesi un mero effetto dichiarativo di un obbligo già esistente.

Riguardo alla questione esaminata dalla Corte, va rammentato che nell'ordinamento italiano la tutela prevista per i lavoratori in caso di trasferimento di azienda dall'art. 2112 c.c. è abbastanza simile a quella prevista in Germania. Conformemente alla direttiva comunitaria si dispone infatti la successione del cessionario nel contratto di lavoro concluso dal cedente (salve alcune ipotesi particolari in cui l'effetto successorio è escluso da un accordo sindacale)⁵⁰⁹, e che il lavoratore conservi nei confronti del cessionario tutti i diritti derivanti dal contratto. Tale principio va però letto in correlazione all'art. 2112, c. 3, che prevede il mantenimento del trattamento economico e normativo derivante da contratti collettivi di qualunque livello fino alla loro scadenza, a meno che non vengano sostituiti da contratti di pari livello applicati dal cessionario⁵¹⁰. L'effetto sostitutivo si produce anche nei confronti di quegli accordi conclusi tacitamente mediante la reiterazione

⁵⁰⁶ Cfr. V. SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, Padova, Cedam, 1980, p. 132 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285, in *Impresa*, 1990, p. 1392 ss.

⁵⁰⁷ In tale senso nell'esperienza tedesca cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 211.

⁵⁰⁸ Cfr. A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 381 ss. (sul punto p. 400); F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, Utet, 2006, p. 159.

⁵⁰⁹ Cfr. U. CARABELLI – B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 143 ss.; G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 593 ss.

⁵¹⁰ Sull'evoluzione di tale disciplina sia consentito il rinvio a M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 118 ss.

di un comportamento concludente da parte del datore di lavoro (c.d. usi aziendali)⁵¹¹. Considerando la clausola di rinvio come parte del contratto individuale, e come fonte di integrazione degli obblighi del datore di lavoro (e non come mera dichiarazione di obblighi già derivanti *aliunde*) questa dovrebbe conservare i suoi effetti anche dopo la cessione di azienda, in modo non dissimile da quanto era stato ritenuto in Germania. Tuttavia alla luce della sentenza della Corte di Giustizia, ed in ossequio al principio della interpretazione del diritto nazionale conformemente al diritto comunitario⁵¹², si dovrà ritenere che il rinvio al contratto collettivo ad opera delle parti del contratto individuale non potrebbe comunque impedire al cessionario di sostituire ai contratti collettivi applicati dal cedente la propria disciplina collettiva, indipendentemente dalla fonte in forza dei quali gli stessi integrino il contratto di lavoro individuale. Anche dunque quando le parti abbiano manifestato chiaramente la volontà di individuare come fonte di disciplina del rapporto le future modifiche ed integrazioni del contratto collettivo, nel caso di un successivo trasferimento di azienda tale clausola cesserà di produrre i suoi effetti.

Comunque, anche qualora si ritenesse, aderendo alla critica formulata nel paragrafo precedente, che le conclusioni cui è pervenuta la Corte non siano corrette, il datore di lavoro avrebbe comunque varie possibilità per neutralizzare gli effetti negativi derivanti dalla conservazione del contratto collettivo.

In primo luogo egli potrebbe concordare con il singolo lavoratore una modifica al contratto individuale, prevedendo la soppressione della clausola di rinvio, per la quale peraltro non valgono i limiti previsti dall'art. 2113 c.c. Va poi rammentato che normalmente i contratti collettivi di lavoro contengono una clausola di inscindibilità della disciplina, per cui il lavoratore non potrebbe pretendere l'applicazione del contratto collettivo richiamato dal contratto individuale soltanto nella parte in cui dispone incrementi retributivi (è questo il problema che nell'esperienza tedesca normalmente si pone) ed accettare invece la disciplina collettiva del cessionario sotto tutti gli altri aspetti. È stato in proposito sottolineato dalla dottrina come, qualora dalla fonte collettiva richiamata discendessero conseguenze pregiudizievoli per l'organizzazione del datore di lavoro (ad esempio l'impossibilità di fare svolgere al dipendente alcuni turni di lavoro), ciò potrebbe costituire un giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁵¹³. Se dunque il contratto collettivo richiamato dal contratto individuale determinasse problemi di carattere organizzativo (la necessità di evitare i quali ha avuto un peso rilevante nella decisione della Corte di Giustizia) ciò potrebbe giustificare la cessazione del rapporto di lavoro. Il lavoratore sarebbe quindi per questa ragione propenso ad accettare la soppressione della clausola di rinvio, anche mediante comportamenti concludenti consistenti nell'obbedienza alle richieste del datore di lavoro fondate sul nuovo contratto collettivo (e dunque con l'implicito riconoscimento della validità della disciplina collettiva

⁵¹¹ Cfr. su tali forme di disciplina del rapporto Cass. 27 novembre 1999, n. 13294 e Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 584 ss., con nota di S. LIEBMAN, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro*.

⁵¹² Cfr. Corte giust., 10 aprile 1984, *Von Colson*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 59 ss., con nota di M. DE LUCA, *Discriminazioni fondate sul sesso in materia di lavoro e sistema sanzionatorio: linee di tendenza e prospettive della giurisprudenza comunitaria*; Corte giust., 13 gennaio 1990, *Marleasing*, *ivi*, 1992, IV, c. 173 ss., con nota di L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*.

⁵¹³ Cfr. A. VALLEBONA, *Un'alternativa al "nuovo" erga omnes: il licenziamento dei dissenzienti*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 457 ss.

da questo applicata)⁵¹⁴.

Soltanto se il contratto collettivo fosse richiamato limitatamente alla parte in cui dispone in materia di retribuzione, escludendo tutti gli altri aspetti, il lavoratore non correrebbe i rischi sopra indicati. In questo caso infatti il potere organizzativo del datore di lavoro non sarebbe intaccato, incidendo invece tale strumento di adeguamento della retribuzione soltanto sul costo dello svolgimento dell'attività economica. Peraltro, specialmente nel caso in cui tali clausole siano inserite in tutti i contratti di lavoro individuali, la loro presenza costituirebbe un costo futuro del quale (ancorché non immediatamente quantificabile) il cessionario potrebbe tenere conto al momento di valutare la convenienza economica dell'acquisto, o di contrattare il prezzo di questo⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Cfr. sulla questione per tutti G. FERRARO, *Acquiescenza (acquiescenza del lavoratore)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

⁵¹⁵ In tale senso, con riferimento al diritto tedesco, G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, *cit.*, p. 212.

Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*

Umberto Carabelli

1. – La Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. Qualche considerazione generale.	123
2. – Alcuni problemi interpretativi relativi al suo ambito di applicazione.	127
3. - La tutela del lavoro nell'ordinamento comunitario: una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e della normativa del Trattato CE (alla luce dei principi generali del diritto).	136
4. – Il lungo e complesso processo di approvazione della Direttiva n. 96/71: le difformità tra la proposta della Commissione e il testo definitivo.	152
5. - La protezione dei lavoratori distaccati: obblighi e facoltà previsti nei confronti dello Stato membro ospitante in relazione all'estensione ad essi delle tutele del lavoro interne.	153
6. – Segue: i problemi interpretativi posti dal dettato dell'art. 3, par. 10 (e 9), della Direttiva.	158
7. – Alcune annotazione conclusive sulla Direttiva n. 96/71.	165
8. – Le difficili e pericolose implicazioni del caso <i>Laval</i> : alla ricerca di una soluzione nel confronto tra diritto di sciopero, Trattato CE e Direttiva n. 96/71.	169
9. – La nuova Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno: la salvaguardia del diritto del lavoro del paese ospitante ed il rinvio alla Direttiva n. 96/71.	181
10. Bibliografia	184

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 49/2006

1. – La Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. Qualche considerazione generale.

Consultando i repertori di dottrina e giurisprudenza del lavoro degli ultimi anni, ci si può facilmente accorgere dell'assai scarsa attenzione che gli studiosi della disciplina giuslavoristica hanno dedicato, a far data dalla sua emanazione, alla Direttiva CE n. 96/71 del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale⁵¹⁶.

Questo disinteresse appare, in verità, difficilmente spiegabile ove si consideri l'ampio ed intenso dibattito sviluppatosi negli anni più recenti in sede politica, sindacale e scientifica sul progetto di direttiva sulla liberalizzazione della prestazione di servizi nell'ambito della Comunità europea (c. d. progetto di direttiva Bolkestein), in particolare sui rischi di *dumping* sociale derivanti da tale progetto, dovuti alla spinta al ribasso che i più evoluti sistemi nazionali di protezione sociale avrebbero subito per effetto della concorrenza esercitata nel mercato comune da imprese aventi sede in Stati membri con livelli assai inferiori di tutela sociale⁵¹⁷. Infatti, come si vedrà in una più avanzata fase della trattazione, a quest'ultima tematica è strettamente collegato (ed anzi ne costituisce uno degli aspetti più significativi) il problema della determinazione della disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti da operatori economici stabiliti in uno degli Stati membri che, senza creare una (ulteriore) sede giuridica ed operativa in altro Paese comunitario, forniscono, in concorrenza con gli operatori economici in quest'ultimo insediati, servizi con proprio personale colà inviato *in via meramente transitoria*; problema la cui soluzione è oggi affidata, appunto, alla Direttiva n. 96/71.

Tanto meno giustificato appare, d'altro canto, siffatto disinteresse ove si consideri l'ormai sempre più frequente fenomeno della fornitura, da parte di imprese di somministrazione con sede in uno Stato membro, di lavoratori interinali ad imprese insediate in altri Paesi comunitari; nonché, ancora, l'altro fenomeno, di particolare interesse giuridico ed invero da lungo tempo ben noto, del distacco, da parte di un'impresa di un Paese membro, di propri lavoratori presso imprese appartenenti al proprio stesso gruppo insediate in altri Paesi membri. Entrambi tali fenomeni sono parimenti oggetto di considerazione da parte della predetta Direttiva, la quale li accomuna all'altro, quali fattispecie meritevoli di attenzione per le delicate implicazioni che esse producono sul rapporto tra sistemi nazionali di tutela del lavoro e la libertà di prestazione dei servizi.

In effetti la Direttiva n. 96/71 ha come obiettivo la definizione di un quadro di regole alle quali gli Stati membri devono attenersi nella definizione delle 'condizioni di lavoro e di occupazione' che le imprese stabilite di altro Stato membro devono assicurare ai propri dipendenti temporaneamente 'distaccati' sul loro territorio nelle tre ipotesi individuate nell'art. 1, par. 3, lett. *a*, *b* e *c*, della Direttiva stessa. Più precisamente, le imprese destinatarie della normativa comunitaria sono quelle stabilite in uno Stato membro, le quali, «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori, a norma del par. 3, nel territorio di uno Stato membro» (art. 1,

⁵¹⁶ In senso analogo PALLINI, 2006b, 274.

⁵¹⁷ Sulla Bolkestein, si v. *infra* part. 9. Sui temi del mercato dei servizi esterno v. LYON-CAEN, 2005, 503 ss., nonché l'interessante saggio di LO FARO, 2005, 437 ss.

par. 1). Laddove le tre ipotesi rilevanti ai fini dell'applicazione della Direttiva sono rispettivamente: quella dell'impresa distacchi «per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (art. 1, par. 3, lett. a)⁵¹⁸; quella di un'impresa che distacchi «un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (lett. b); quella, infine, dell'impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori – nella versione inglese: «*a temporary employment undertaking or placement agency*» – la quale distacchi «un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente» (lett. c)⁵¹⁹. In tutti e tre i casi, dunque è espressamente richiesto che il lavoratore distaccato conservi *per tutta la durata del distacco* il suo rapporto giuridico diretto con l'impresa di appartenenza.

La base giuridica della Direttiva è costituita dagli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2) e 66 (oggi 55) relativi alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi⁵²⁰: si è dunque in presenza di una Direttiva non di armonizzazione delle normative di tutela del lavoro, bensì di determinazione delle discipline del lavoro applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi⁵²¹: la normativa comunitaria, insomma, mira soprattutto a fornire un quadro 'bilanciato' di riferimento normativo per la circolazione dei prestatori di servizi negli Stati membri della Comunità, in relazione ai lavoratori dipendenti da essi occupati.

Da questo punto di vista aveva perfettamente ragione chi, ancor prima della approvazione definitiva della Direttiva, nella ricerca di una definizione che esprimesse siffatta duplice anima, aveva

⁵¹⁸ Sulla necessità della presenza di un contratto si v. il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

⁵¹⁹ Nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto c), si rileva che formalmente nella previsione della direttiva non rientrerebbe il caso di un'impresa di somministrazione che distacchi un lavoratore presso un'impresa di altro Stato membro, la quale a sua volta distacchi poi questo lavoratore in un altro Stato membro. E tuttavia, il gruppo stesso ha ritenuto che «*compte tenu des objectifs et du but de la directive, ce type de situation était couvert par la directive*».

⁵²⁰ Sottolineano giustamente l'importanza di questo aspetto DAVIES, 1997, 572-3, ORLANDINI, 1999, 467 e FOGLIA, 2001, 812. DAVIES (*ivi*) segnala l'ambigua situazione dei lavoratori distaccati, i quali mentre, da un lato, possono ambire ai migliori trattamenti in vigore nel paese d'accoglienza, dall'altro sono consapevoli che proprio tali trattamenti possono inficiare la concorrenzialità dell'impresa da cui dipendono.

È inoltre da segnalare la giusta osservazione dell'autore (599-602) circa l'importanza non assoluta, ma relativa, che i sistemi di tutela del lavoro hanno ai fini della determinazione del costo del lavoro, stante la necessità di fare in realtà riferimento all'unico parametro rilevante: la produttività del lavoro, rispetto alla quale i costi diretti ed indiretti del lavoro costituiscono solo una componente (in questo senso v. anche AHLBERG – BRUUM – MALMBERG, 2006, 157-8; v. inoltre BELLAVISTA, 2006, 4-5, dove gli ulteriori rife.). Su questi aspetti cfr. anche BANO, 2001, 11.

⁵²¹ Cfr. BIAGI, 1996, 6; e poi ancora FOGLIA, 2001, 806, TOSI-LUNARDON, 2005, 180e BELLAVISTA, 2006, 28.

ROCCELLA-TREU, 2002, 123 e ORLANDINI, 2006, 28 affermano in tal senso che si è in presenza di uno strumento di diritto internazionale privato (ovviamente riferito all'ordinamento comunitario).

affermato che «*la Directive est plus, dan son esprit et dans son fondement, une directive économique qu'une directive sociale, même si l'un des ses objectifs est de protéger les travailleurs détachés, en les faisant bénéficier, à l'occasion de leur mobilité pour le compte de leur employeur, des dispositions essentielles du droit de travail du pays d'exécution de la prestation de services, lorsqu'elles lui sont favorables*»⁵²². Per contro, non pare da condividersi, quanto meno nella sua assolutezza, l'opinione secondo la quale la Direttiva ha la funzione di fondare un generale principio di parità tra lavoratori locali e lavoratori distaccati⁵²³: ciò che si prefigge la normativa comunitaria è piuttosto – come chiaramente espresso in più parti di essa – assicurare una tendenziale parità di trattamento tra le imprese che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e quelle del paese ospitante (quanto meno con riferimento alle due ipotesi previste dall'art. 1, par. 3, lett. *a* e *c*: quella di cui alla lett. *b* è, come si vedrà, dotata di una propria peculiarità)⁵²⁴; per quanto riguarda, invece, la parità tra lavoratori distaccati e lavoratori 'autoctoni', essa è formalmente strumentale alla prima e, soprattutto, è solo eventuale, sia perché l'estensione ai primi delle tutele del lavoro dei secondi – oltre a non interessare i distacchi di breve durata o per lavori di 'scarsa entità'⁵²⁵ – riguarda solo un limitato numero di materie (per le altre è, come si dirà tra un attimo, meramente opzionale, e soprattutto condizionata), sia perché ai lavoratori distaccati è comunque garantita la conservazione dei trattamenti di miglior favore⁵²⁶.

Quanto alla disciplina dettata dalla Direttiva, va detto anzitutto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, co. 1, gli Stati membri *devono* provvedere affinché le imprese rientranti nel suo campo di applicazione garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, *qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro*⁵²⁷, «le condizioni di lavoro e di occupazione» fissate «da disposizioni di legge, regolamentari o amministrative», ovvero, nel solo settore delle costruzioni (e in particolare in relazione ad una serie di attività di tale settore indicate in un allegato della Direttiva stessa),

⁵²² MOREAU, 1996, 890. Anche se poi la stessa autrice rileva che «*il est paradoxal de vouloir concilier la protection des travailleurs et la liberté économique*» (sul punto in senso del tutto adesivo ORLANDINI, 1999, 467-8). A tale obiezione pare congrua la risposta di CHIECO, 2004, 63, il quale ha osservato che «il paradosso è solo apparente, in quanto l'imposizione di tali vincoli è la risposta comune e uniforme agli spazi che la Corte di Giustizia aveva aperto con la nota pronuncia *Rush Portuguesa*, riconoscendo che "il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro". Ecco perché la Direttiva, pur essendo dichiaratamente espressione e strumento di promozione e tutela della concorrenza, di fatto introduce un sistema di regolamentazione delle condizioni d'impiego dei *posted workers* (⁵²²), fornendo così un esempio di come nell'economia della globalizzazione l'integrazione regionale dei mercati possa essere effettuata senza trascurarne le ricadute di carattere sociale».

Sul diretto e strettissimo rapporto tra le previsioni della Direttiva e la sentenza *Rush Portuguesa* si tornerà più ampiamente nel seguito (*infra* par. 6, lett. b).

⁵²³ BALANDI, 1998, 118 e 124; ma v. anche CHIECO, 2004, 63-4; MARETTI, 2000b, 1148-9; FOGLIA, 2001, 806; TOSI-LUNARDON, 2005, 180; CREMERS, 2006, 172.

⁵²⁴ Cfr. Art. 1, par. 4 e art. 3, par. 8, co. 3 e 4.

Altro discorso è se i meccanismi di tutela dei lavoratori distaccati imposti dalla Direttiva possano deprimere la libera circolazione dei servizi (cfr. MAGNANI, 1998 89), o comunque legittimino le scelte protezionistiche degli Stati membri (GIESEN, 2003, 144): indubbiamente queste critiche sono realistiche, ma d'altro canto è pur vero la scelta politica che è alla base della Direttiva è quella non assecondare una concorrenza fondata sul *dumping sociale*. Scelta sulla cui efficacia, peraltro, taluno ha nutrito dubbi: OJEDA-AVILÉS, 1997, 128-9 ed alla cui effettiva (limitata) portata, dal punto di vista squisitamente giuridico, è dedicato, in buona sostanza questo scritto.

⁵²⁵ Cfr. artt. 3, parr. 2, 3, 4 e 5.

⁵²⁶ Come rilevano d'altronde anche BALANDI, 1998, 127 e FOGLIA, 2001, 809-810.

⁵²⁷ Comunque definita sulla base della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (su cui v. *infra*, par. 5).

«da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del par. 8»⁵²⁸, con riferimento ad una lunga serie di materie, tra cui le tariffe minime salariali, i periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali etc. (quest'insieme di materie viene definito dal *Considerandum* n. 13 della stessa Direttiva come un «nucleo di norme vincolanti»).

In forza, inoltre, dell'art. 3, par. 10, gli Stati membri *possono*, nel rispetto del Trattato, imporre «alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al par. 1, co. 1, del presente articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;
- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato».

Invece, in forza dell'art. 3, par. 9, nello specifico caso di somministrazione transnazionale di lavoratori lo Stato membro di accoglienza può prevedere che siano ad essi applicabili le stesse condizioni applicate ai lavoratori temporanei interni.

Ed infine, mentre ai sensi dell'art. 1, par. 4, «le imprese stabilite in uno Stato Membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato Membro», reciprocamente, in base all'art. 3, par. 7, *l'obbligo* di estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione da parte dello stato ospitante la prestazione di servizi non osta all'applicazione di condizioni «che siano più favorevoli ai lavoratori»⁵²⁹ (cfr. anche *Considerandum* n. 17) (evidentemente, quelle dello Stato membro di provenienza⁵³⁰)⁵³¹.

⁵²⁸ Ai sensi del par. 8, «per contratti collettivi o arbitrati di applicazione generale si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate»; in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi o arbitrati, gli Stati membri possono avvalersi, alternativamente, di contratti collettivi (o arbitrati) che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nello stesso territorio e nella categoria interessata, ovvero di contratti collettivi stipulati dalla organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che sia assicurata la parità di trattamento con le altre imprese che si trovano in posizione analoga.

⁵²⁹ È da segnalare che il richiamo da parte del par. 7 dei parr. 1-6 parrebbe ridurre la previsione alle sole materie per le quali è prevista l'estensione obbligatoria. Ma data l'irrazionalità di questa soluzione interpretativa (non si capisce perché il lavoratore distaccato dovrebbe soffrire di un trattamento peggiorativo nel caso di estensione della disciplina relativa a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro' di cui all'art. 3, par. 1) sembra doversi da ritenere che il principio abbia portata generale.

⁵³⁰ Si v. sul punto FOGLIA, 2001, 809; CARABELLI-LECCESE, 2005, 565; GARCÍA NINET – VICENTE PALACIO, 2000, 25.

In realtà la formulazione dell'art. 3, par. 7, è talmente generica che parrebbe consentire un'interpretazione riguardante anche normative del paese di accoglienza più favorevoli: ma, a parte l'irragionevolezza (perché il paese ospitante dovrebbe prevedere normative di miglior favore per il lavoratori distaccati?), e in fin dei conti la contrarietà al Trattato (ci sarebbe una discriminazione nei confronti delle imprese distaccanti, e quindi una violazione della loro libertà di servizi) di questa interpretazione, induce ad optare per una portata limitata della disposizione – e dunque per la soluzione di cui in testo – anche la formulazione (solo) un po' meno ambigua del *Considerandum* n. 17.

⁵³¹ È da sottolineare che, nel caso vi siano alcuni trattamenti di miglior favore assicurati nel paese di insediamento dell'impresa che effettua la prestazione di servizi transnazionale tramite il distacco, quest'ultima si troverà, sul piano delle tutele del lavoro, in una situazione svantaggiata rispetto alle imprese che operano nell'altro Stato membro, dato che si verificherebbe un effetto cumulativo a loro danno: così con chiarezza DAVIES, 1997, 585.

È poi da segnalare che il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale nei termini appena indicati non solleva problemi di sovrapposizione con la libertà di circolazione dei lavoratori come ancora di recente precisato nella recente Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni su "L'applicazione della direttive 96/71/CE negli Stati membri", 25 luglio 2003, COM (2003) 458 definitivo: «a tale proposito la Corte ha sottolineato che, a differenza dei lavoratori migranti, i lavoratori distaccati nel contesto della prestazione di servizi tornano nel paese

2. – Alcuni problemi interpretativi relativi al suo ambito di applicazione.

In via preliminare conviene sgombrare il campo da alcuni dubbi sollevati dalla normativa comunitaria nella parte relativa alla delimitazione del suo stesso campo di applicazione, con riferimento in particolare alla definizione delle fattispecie rilevanti.

a) Tra questi dubbi, quello che balza subito in evidenza già ad una prima lettura è che il requisito della *temporaneità* è riferito al distacco del lavoratore e non alla prestazione di servizi nel cui 'quadro' avviene il distacco⁵³². Infatti, l'art. 2, par. 1, stabilisce che «ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, *per un periodo limitato*, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente» (cfr. anche i *Consideranda* nn. 3, 4, 8, 12, 13, 14); laddove né all'art. 1, par. 1, sopra citato, né al par. 3, lett. *a*, *b*, e *c* dello stesso articolo (dove si definiscono puntualmente le tre ipotesi di distacco rilevanti ai fini della direttiva) si fa alcun riferimento alla natura temporanea o meno della prestazione di servizi, ma solo, appunto, alla temporaneità del distacco. Tanto meno nei *Consideranda* introduttivi si rinviene alcun riferimento alla natura temporanea della prestazione di servizi.

D'altro canto, questo connotato non deriva neppure in via, per così dire, diretta ed automatica, dalla *natura* della prestazione medesima, quale risultante dalle tre ipotesi legali. Ed infatti nell'ipotesi definita dalla predetta lett. *a* nulla si dice in ordine alla durata del vincolo giuridico (di effettuare la prestazione di servizi) derivante dal contratto (evidentemente di tipo commerciale) intercorrente tra il prestatore ed il destinatario dei servizi⁵³³. Ed analoga considerazione vale per l'ipotesi di cui alla lett. *c*, con riferimento al contratto che lega l'impresa all'utilizzatore, sulla cui base avviene poi il distacco transnazionale del lavoratore. Nell'un caso e nell'altro, insomma, a prima vista, non sembrerebbe da escludere l'eventualità che il contratto di prestazione di servizi, ovvero, in particolare, quello di fornitura di lavoro, possano essere di durata indeterminata, mentre sicuramente carattere *temporaneo* – e dunque a termine – dovrebbe avere il distacco del lavoratore che avvenga nell'ambito di tali contratti.

Invece, per l'ipotesi *sub b* il problema sembrerebbe non porsi nemmeno, in quanto parrebbe addirittura dubbia l'esistenza di un contratto tra le due imprese come base giuridica del distacco; in relazione a tale ipotesi in altre parole, ciò che rileva in via diretta è proprio e soltanto la temporaneità del distacco del lavoratore presso l'altra impresa del gruppo.

In realtà, è nel Trattato CE che si trova una precisa risposta all'interrogativo da cui siamo partiti. Dopo aver sancito, all'art. 49, la libertà di prestazione dei servizi, il Trattato stesso, all'art. 50, ai co. 1 e 2, passa a definire cosa debba intendersi per 'servizi' in ambito comunitario, per poi sancire, al co. 3 che, «senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione delle sua prestazione, esercitare, *a titolo temporaneo*, la sua

di origine dopo aver svolto le loro funzioni, senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante»: v. al riguardo *Rush Portuguesa* C-113/89 del 27.3.1990 (punto 15), *Vander Elst* C-43/93 del 9.8.1994 (punto 21), *Finalarte* Cause riunite C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98 (punto 22), *Commissione c/Granducato di Lussemburgo* C-445/03 del 21.10.2004. In dottrina PALLINI, 2006a, 274 e Id., 2006b, 244.

⁵³² Ha rilevato subito questo aspetto MOREAU, 1996, 893.

⁵³³ Sulla necessità della presenza di un contratto si v. anche il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini». La prestazione di servizi (transnazionale) per la quale il Trattato garantisce la piena libertà di circolazione, insomma, è quella esercitata «a titolo temporaneo», quale connotato determinante al fine di evitare sovrapposizioni con la libertà *di stabilimento*, parimenti sancita dal Trattato, ma agli art. 43 ss. La presenza di un vincolo giuridico di durata indeterminata, e dunque non temporaneo, ad effettuare una prestazione di servizi in altro Stato membro, in altre parole, sembrerebbe imporre – secondo il diritto comunitario – il trasferimento della concreta fattispecie nell'ambito di una diversa libertà economica, soggetta, evidentemente a differenti regole e garanzie⁵³⁴.

Di questo si può d'altronde trovare conferma in una recente decisione della Corte di giustizia, nella quale, con uno sforzo argomentativo apprezzabile, la Corte stessa ha offerto un'importante chiarificazione per la distinzione tra le due dimensioni giuridiche rilevanti ai fini dell'esercizio di attività economiche in ambito comunitario (libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi), pur sollevando nel contempo preoccupazioni di non poco momento⁵³⁵.

In effetti, nella sentenza relativa al caso *Schnitzer* (C-215/01, dell'11 dicembre 2003), la Corte, investita, sia pure in via mediata, della questione relativa al criterio sulla base del quale stabilire il limite temporale massimo entro il quale l'esercizio di un'attività di prestazione di servizi transnazionale può considerarsi effettuato «a titolo temporaneo», ha affermato (riprendendo, precisando e sviluppando quanto già affermato in altre due precedenti sentenze⁵³⁶) che «nella nozione di 'servizio' ai sensi del Trattato possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio» ovvero per «le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione» (punto 30). D'altronde, argomenta la Corte, «il carattere temporaneo dell'attività del prestatore nello Stato membro ospitante dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa», e «non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi» (punto 28). In questo la situazione differirebbe «da quella di un cittadino di uno Stato membro che esercita in maniera stabile e continuativa un'attività professionale in un

⁵³⁴ Per un cenno in questa prospettiva, si v. FOGLIA, 2001, 806.

⁵³⁵ In via preliminare, è bene ricordare che, sotto il diverso ma in qualche misura connesso profilo della residenza e della sede, già da lungo tempo la Corte ha affermato che per effetto della libertà di prestazione dei servizi garantita dal Trattato «uno Stato non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in altro stato membro» (*Van Binsbergen* C-33/74, del 3 dicembre 1974, punto n. 17); una posizione successivamente confermata e perfezionata in una serie di sentenze, in cui si è sottolineato che prescrivere ad un'impresa l'obbligo di avere una sede nello stato membro in cui presta il servizio «costituisce di fatto la negazione stessa della libera prestazione di servizi», onde si tratta «di un requisito che va ben oltre quanto necessario per giustificare l'obiettivo di tutela dei lavoratori» (su quest'ultima affermazione come parte del c.d. *test* di proporzionalità v. *infra*, par. 3, lett. a) (*Commissione c/ Repubblica italiana* C-279/00, del 7.2.2002, dove i richiami di tutti i precedenti).

⁵³⁶ *Gebhard* C-55/94, 30 novembre 1995, punti 27 e 28; *Commissione c/ Italia* C-131/01, 13 febbraio 2003, punto 22. V. anche la Comunicazione della Commissione (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*), del 4.4.2006, COM (2006) 159, par. 2.1, lett. a.

In dottrina v. GIESEN, 2003, 154-5 e PALLINI, 2006b, 240. *Adde* MARETTI, 2000a, 223.

altro Stato membro da un domicilio professionale in cui offre i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'ultimo Stato membro», la quale rientra invece «nelle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non in quello relativo ai servizi» (punto 29). Né, per altro verso, conclude la Corte, è possibile rinvenire in nessuna disposizione del trattato del Trattato un criterio «per determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato» (punto 31); di modo che «il solo fatto che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisca servizi identici o simili in modo più o meno frequente o regolare in un altro Stato membro senza che disponga ivi di un'infrastruttura che gli consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività professionale e di offrire a partire dalla detta infrastruttura i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'altro Stato membro, non è sufficiente a considerarlo stabilito in tale Stato membro» (punto 32)⁵³⁷.

Riflettendo su queste organiche argomentazioni, se, da un lato, si può trovare evidente conferma di quanto sopra sostenuto, circa la natura necessariamente temporanea dell'attività di prestazione di servizi transnazionale rilevante ai fini dell'esercizio della libertà comunitaria di prestazione dei servizi⁵³⁸, dall'altro lato si ricava una forte sensazione di insicurezza derivante dall'assenza di un criterio preciso sulla base del quale definire la predetta temporaneità⁵³⁹. Il che, assume, nell'ambito della riflessione qui in corso, un rilievo del tutto peculiare, dato che, tale requisito, oltre ad essere essenziale ai fini della ricorrenza di una situazione riconducibile alla libertà di prestazione di cui all'art. 49 del Trattato, costituisce, in realtà, anche il presupposto per l'applicazione della Direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori, dovendo quest'ultimo avvenire, come detto, «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale»⁵⁴⁰. La questione dell'incertezza del confine della temporaneità, insomma, non è di poco momento, in quanto il confine tra temporaneità e stabilità dell'esercizio di un'attività in altro stato membro è determinante, come ha lasciato intendere la Corte di giustizia, ai fini della trasmigrazione di una determinata fattispecie dall'area della libertà di prestazione dei servizi, di cui agli artt. 49 e ss. del Trattato – nel cui ambito, poi, è destinata ad operare, entro il proprio campo di applicazione (v. *infra*), la normativa della Direttiva n. 96/71, in relazione alle tutele del lavoro – all'area della libertà di stabilimento, di cui agli artt. 43 ss. del Trattato – rispetto al quale vige per converso la regola generale fissata da questo stesso articolo, al suo co. 2°, secondo il quale la «libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio ... alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini», ivi comprese, dunque, (tutte) quelle relative alle condizioni di lavoro ed occupazione⁵⁴¹.

⁵³⁷ Sulla definizione (per così dire, reciproca) della nozione di stabilimento, si v. *infra* par. 6.

È da segnalare che le posizioni espresse dalla Corte in questa sentenza sono state riprese integralmente dal *Considerandum* n. 77 del progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006, su cui v. *infra*, par. 9).

⁵³⁸ Anche con gli opportuni riff. al Trattato, ha segnalato questo aspetto, già all'epoca della sentenza *Gebhart*, BANO, 2001, 10-11.

⁵³⁹ Sottolinea questo aspetto PALLINI, 2006c, par. 4.

⁵⁴⁰ Si potrebbe, insomma, dire che la temporaneità della prestazione di servizi transnazionali deriva da una precisa ragione di diritto comunitario 'esterna' alla medesima Direttiva, in quanto direttamente risalente al Trattato CE.

⁵⁴¹ In questo senso si v. anche il *Rapport des Services de la Commission sur la mise en oeuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 3.1 e 4.4.

Ciò detto, è da ribadire ancora una volta che la temporaneità della prestazione di servizi va comunque tenuta distinta dalla *temporaneità* del distacco, la quale, tra l'altro, potrebbe coincidere o meno con la prima: basti pensare che a fronte di un contratto commerciale per la prestazione di servizi o per la fornitura di lavoratori avente durata determinata, vi potrebbero essere distacchi di lavoratori di durata coincidente con quella, ma anche più breve (ovviamente non superiore)⁵⁴².

b) Le considerazioni appena sviluppate consentono di individuare un ulteriore punto di sofferenza della normativa comunitaria, dato che da esse traspare con evidenza come le tre ipotesi di distacco di lavoratori non abbiano affatto caratteristiche omologhe.

Mentre, infatti, nell'ipotesi di cui alla lett. *a* la prestazione di servizi presa in considerazione è l'attività produttiva svolta direttamente all'estero dal soggetto distaccante (cioè dal datore di lavoro del lavoratore distaccato all'estero) nell'esecuzione di un contratto per la prestazione di servizi transnazionale, nelle altre due ipotesi la prestazione di servizi transnazionale è in realtà costituita dal distacco del lavoratore in sé considerato.

Ciò, peraltro, a prima vista, parrebbe essere in contraddizione con la norma dell'art. 1, co. 1°, la quale, come si è detto, si riferisce ad un distacco che avvenga «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale». Questa espressione sembrerebbe, infatti, intendere il distacco come un elemento per così dire 'esterno' alla prestazione di servizi in sé considerata⁵⁴³, nel senso che la prestazione di servizi rilevante per il legislatore comunitario risulterebbe essere l'attività economica effettuata dal concreto utilizzatore dei lavoratori distaccati (anche) per il tramite degli stessi; di modo che, mentre l'ipotesi della lett. *a* sarebbe automaticamente aderente a questa definizione, non altrettanto potrebbe dirsi per le altre due: esse, infatti, potrebbero ritenersi assoggettate alla normativa della Direttiva *solo* se l'utilizzatore dei lavoratori distaccati fosse a sua volta impegnato in una prestazione di servizi transnazionale. Ci sembra, tuttavia, che la predetta espressione possa essere interpretata in senso lato, attribuendo ad essa il più generico significato di 'svolgendo' o 'attuando' una prestazione di servizi transnazionale: in tal modo, sia pure con una certa dose di buona volontà, è possibile ritenere come prestazione di servizi transnazionale il distacco dei lavoratori in sé considerato, diventando così irrilevante l'impiego che di essi viene effettuato dal concreto utilizzatore. E d'altronde nel senso dell'interpretazione indicata pare in effetti esprimersi il *Considerandum* n. 4 della Direttiva⁵⁴⁴.

Soffermandoci, inoltre, proprio sulle due ipotesi di distacco previste dalle lett. *c* e *b*, va segnalato che, mentre nel primo caso tra l'impresa di lavoro interinale, o che effettua la cessione temporanea di lavoratori, e l'utilizzatore sussiste necessariamente un rapporto contrattuale di tipo commerciale sulla cui base avviene la somministrazione o cessione temporanea del lavoratore, nel

⁵⁴² Nel caso, invece, di distacco temporaneo presso uno stabilimento dell'impresa o presso altra impresa del gruppo aventi sede in altro Stato membro, la temporaneità del distacco resta del tutto indeterminata, onde la sua ricorrenza resta affidata alla valutazione discrezionale dei giudici (cfr. LHERNOULD, 2005, 1195).

⁵⁴³ Si tratta di una interpretazione dalla quale le istituzioni comunitarie non sono rimaste immuni: dire del passaggio in cui sembra in questo senso la Commissione; ma poi precisazioni successive.

⁵⁴⁴ Si v. anche sul punto MOREAU, 1996, 894.

secondo pare assente un rapporto contrattuale, quanto meno *di questo tipo*⁵⁴⁵. Per contro entrambe queste ipotesi sono caratterizzate dal fatto che il lavoratore risulta 'distaccato' non solo nel senso che il luogo della prestazione di lavoro è diverso da quello in cui ha la propria sede giuridica il prestatore di servizi/datore di lavoro, ma anche nel senso che quest'ultimo non è colui che gode in via diretta dell'attività del lavoratore distaccato (come nell'ipotesi della lett. *a*): tale è, invece, nel primo caso l'utilizzatore del lavoratore somministrato (o temporaneamente ceduto) e, nel secondo caso, lo stabilimento o l'impresa del gruppo insediata nello Stato membro di destinazione, presso la quale viene temporaneamente distaccato il lavoratore.

Ancora ragionando sulla fattispecie di cui alla lett. *b*, non si può infine tacere un certo 'imbarazzo' che deriva dall'inclusione, tra le ipotesi assoggettate alla disciplina della Direttiva, di quella del distacco temporaneo di lavoratori presso uno stabilimento della stessa impresa distaccante insediato in altro Stato membro, ovvero presso altre imprese del gruppo, il quale, in verità, solo con molta buona volontà appare riconducibile ad una 'prestazione di servizi': qui non c'è, infatti, un prestatore di servizi che, come invece avviene nel caso dell'impresa interinale o che esercita la cessione di lavoratori, svolge *professionalmente* una siffatta attività, bensì un operatore economico che esercita abitualmente un'attività produttiva qualsivoglia, ma che, per ragioni che la direttiva ritiene indifferenti (anche su questo aspetto si tornerà tra breve) – e che, come accennato, non pare debbano necessariamente consistere in obbligazioni derivanti da un contratto commerciale – effettua il distacco temporaneo di uno o più dei suoi dipendenti in un diverso Stato membro, presso altro stabilimento della propria impresa ovvero in altra un'impresa del gruppo cui egli stesso appartiene. E questo distacco, anche se del tutto occasionale rispetto all'attività produttiva svolta normalmente dall'operatore medesimo, viene tuttavia considerato come prestazione di servizi ai fini della inclusione della fattispecie nell'ambito del campo di applicazione della Direttiva stessa.

Anche in questo caso, a prima vista, parrebbe esservi un contrasto con l'art. 50 del Trattato CE, il quale stabilisce al par. 1 che «ai sensi del presente Trattato sono considerate come servizi le prestazioni fornite *normalmente* dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone», precisando al par. 2 che «i servizi comprendono *in particolare* a) attività di carattere industriale, b) attività di carattere commerciale, c) attività artigiane, d) attività delle libere professioni». In realtà – a meno di voler sostenere, con una forzatura del dettato della Direttiva, che la lett. *b* rappresenta una sorta di eccezione alla nozione generale di prestazione di servizi⁵⁴⁶ – si può ritenere le parole «normalmente» e «in particolare» consentono un'interpretazione estensiva che includa nell'ambito del concetto comunitario di 'prestazione di servizi', accanto alle due ipotesi di cui alle lett. *a* e *c*, senz'altro più aderenti alla definizione dell'art. 50, anche il distacco presso altre imprese⁵⁴⁷. E

⁵⁴⁵ Il giurista italiano non deve farsi condizionare dal fatto che il nostro ordinamento interno permette, al di fuori della somministrazione, solo la forma del distacco nell'interesse dell'assuntore di cui all'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003 – su cui si tornerà tra breve – dato che, in linea di principio, in altri ordinamenti stranieri potrebbero essere ammesse forme di distacco del lavoratore presso altre imprese del gruppo sulla base di relazioni di tipo contrattuale diverse dalla somministrazione

⁵⁴⁶ Cfr. MAGNANI, 1998, 89, la quale afferma genericamente che «qui l'appartenenza al medesimo gruppo sostituisce l'esistenza di un formale contratto di prestazione di servizi».

⁵⁴⁷ Si tenga presente, peraltro, che l'altra posizione non consentirebbe di ricondurre nell'ambito della libera prestazione di servizi i distacchi di lavoratori presso imprese di altri Stati membri non facenti parte di un gruppo. Il che, invece, è reso possibile dall'interpretazione di cui in testo: sul punto v. *infra*.

d'altronde non ci si deve meravigliare troppo di questa scelta del legislatore comunitario: le esigenze di tutela del lavoratore, comunque fatte proprie dalla Direttiva, hanno chiaramente prevalso sulla sistematicità dell'impianto della Direttiva.

c) Sempre concentrandoci sulle tre ipotesi di distacco transnazionale previste dalla Direttiva, merita di essere segnalato un altro aspetto significativo dell'ipotesi prevista alla lett. *a*.

Premettiamo che l'effettuazione in via temporanea della prestazione di servizi in altro Stato membro non può essere sempre ed automaticamente inquadrata come una ipotesi di modificazione temporanea del luogo in cui è abitualmente esercitata l'attività dell'operatore economico interessato: quest'ultimo, infatti, potrebbe essere abitualmente intento a prestare servizi sui territori di una pluralità di Stati diversi da quello di insediamento (dove ad es. svolge soltanto le funzioni generali di coordinamento ed organizzazione)⁵⁴⁸.

Ma quel che più interessa in questa sede è che, esaminando il distacco dei lavoratori nella predetta ipotesi *sub a* – la cui specificità sta, in verità, nel solo fatto che la prestazione in adempimento dell'obbligazione lavorativa viene effettuata nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è insediato giuridicamente il datore di lavoro, ma pur sempre in suo favore e sotto il suo potere direttivo⁵⁴⁹ – va sottolineato che la sua temporaneità non deve indurci a ricondurlo *automaticamente* all'istituto della 'trasferta' (intesa come modificazione temporanea del luogo della prestazione del lavoratore, *tramite* esercizio del potere direttivo)⁵⁵⁰. Vi potrebbero essere, infatti, casi in cui il lavoratore sia stato assunto a tempo determinato proprio in funzione della temporaneità della prestazione di servizi che l'impresa datrice deve effettuare sul territorio dell'altro Paese membro, onde ciò che viene definito dalla Direttiva come 'distacco' è in realtà configurabile come l'invio presso il luogo 'unico' in cui il lavoratore dovrà assolvere alla sua obbligazione lavorativa per tutta la durata del rapporto a termine. A parte il fatto che un lavoratore sarebbe da considerare in trasferta anche se inviato a lavorare all'estero dal proprio datore di lavoro (nell'interesse di quest'ultimo e sotto la sua direzione), ma al di fuori di un contratto commerciale per una prestazione di servizi transnazionale, onde non si sarebbe di fronte ad un'ipotesi di distacco rilevante per la normativa comunitaria⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Pur se la previsione della Direttiva sembrerebbe in linea generale presupporre «*que l'activité s'effectue habituellement sur un territoire depuis lequel il y a détachement*» (RODIÈRE 2002, 549), non si è tuttavia in presenza di un vincolo in tal senso; e anche da questa lacuna sorge il problema delle c.d. *entreprises 'boîte aux lettres'*: v. *infra*, par. 7.

A questo riguardo merita di essere segnalato che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, «la presente direttiva non si applica alle imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante».

⁵⁴⁹ Cfr. BALANDI, 1998, 123.

⁵⁵⁰ Parla di trasferta GALANTINO, 2005, 119.

⁵⁵¹ In tal senso v. DAVIES, 1997, 576, il quale fa l'esempio dei «*commercial travellers, tour operators representatives sent to a resort to deal with the operator's clients and, presumably, truck delivering good to a customers in another Member State*». V. anche MOREAU, 1996, 894; MAGNANI, 1998, 89 e FOGLIA, 2001, 808.

Si precisa che dagli atti relativi al processo di approvazione della Direttiva, risulta che in data 20.9.1996, nell'ambito delle *Déclarations à inscrire au procès verbal du Conseil*, (100048/96 Limite SOC 264 CODEC 550), il Consiglio e la Commissione hanno dichiarato che «*les situations suivantes ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 1er, paragraphe 3, point a)*:

- *les travailleurs qui exercent normalement une activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres et qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant pour son propre compte et à titre professionnel des transports internationaux de personnes ou de marchandises par voie ferroviaire, routière aérienne ou batelière,*

Per il vero va notato che l'art. 2, par. 1, della Direttiva stabilisce che «per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora *abitualmente*» (cfr. anche il *Considerandum* n. 3); ma ad avviso di chi scrive non sembra che tale definizione possa essere interpretata in senso restrittivo, in modo da escludere quei lavoratori che, appunto, siano assunti a termine dal prestatore di servizi (ovviamente nel rispetto della normativa nazionale in materia di lavoro a tempo determinato) per essere inviati a lavorare sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di assunzione. Ciò sembra confermato dal fatto che nel caso del lavoro interinale (o della cessione temporanea), il lavoratore è normalmente assunto a termine proprio per l'effettuazione della missione (nel caso di specie in territorio straniero). D'altro canto, il prezzo di una interpretazione letterale dell'(infelice) espressione adottata dal legislatore comunitario sarebbe, paradossalmente, non certo l'impossibilità di inviare all'estero tali lavoratori, ma la loro sottrazione al sistema di tutele fissate dalla Direttiva stessa⁵⁵².

d) Un'ulteriore incertezza interpretativa di carattere generale riguarda, infine, più specificamente, il rapporto tra la nozione comunitaria di distacco del lavoratore, quale emergente dall'art. 1, par. 3 della Direttiva, e quella fatta propria dal diritto interno italiano, oggi contenuta nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003, di riforma del mercato del lavoro, in base al quale «l'ipotesi di distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa»⁵⁵³.

Orbene, non ci vuol molto a notare come le due nozioni non siano affatto coincidenti, e come un'eventuale sovrapposizione potrebbe aversi solo in relazione all'ipotesi definita dalla lett. *b* della disposizione comunitaria. È bene, tuttavia segnalare subito che, sia pure entro questi limiti, la sovrapposizione è comunque solo parziale, poiché mentre la norma comunitaria fa riferimento al distacco presso un stabilimento dell'impresa distaccante o presso un'impresa appartenente al gruppo, quella dell'ordinamento italiano non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento (laddove, per contro, in via amministrativa è stato chiarito che il requisito del 'proprio interesse' deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra imprese di uno stesso gruppo, nel senso che la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di

- *le travailleur qui fait partie du personnel mobile d'une entreprise de presse, de radiotélévision ou de spectacle, effectuant pour son propre compte et à titre temporaire des activités qui lui sont propres sur le territoire d'un autre État membre*».

Queste affermazioni sono state inoltre riprese letteralmente nel *Rapport du groupe d'expert nationaux etc.*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

A parte il personale navigante delle imprese della marina mercantile, di cui si è detto anche *supra* a nota n. 32, per le ulteriori esplicite esclusioni previste dagli artt. 3, parr. 2, 3, 4 e 5, si v. inoltre DAVIES, 1997, 583-4.

⁵⁵² Per completezza va ancora notato come, anche in presenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato del lavoratore distaccato, potrebbe non essere stato predeterminato un luogo unico (abituale) in cui egli deve effettuare la sua prestazione di lavoro, dovendo quest'ultimo essere individuato volta a volta, a seconda dell'attività produttiva che il prestatore di servizi deve svolgere. Anche in tal caso, dunque, non si sarebbe in presenza di una 'trasferta' (nel senso di cui in testo), ma ancora una volta del semplice adempimento dell'obbligazione lavorativa nel luogo concretamente individuato dal datore di lavoro nell'esercizio del potere derivantegli dalla specifica clausola contrattuale.

⁵⁵³ Per quanto riguarda la riflessione della dottrina italiana su questa disposizione, si rinvia alla bibliografia generale riportata in GHERA, 2006, 500.

soddisfare – ovvero ‘assorbire’ – quel requisito⁵⁵⁴). Si tratta di una differenza particolarmente interessante, dato che, in verità, nel progetto originario della Direttiva sul distacco, quale risultante dalla proposta della Commissione del 15.6.1993, non vi era alcun riferimento al fatto il distacco dovesse avvenire presso un proprio stabilimento ovvero in un’impresa del gruppo insediata in altro Stato membro, il quale è stato introdotto dal Consiglio nella fase di discussione finale; per effetto di questa modifica il distacco di lavoratori dipendenti da un’impresa di uno Stato membro presso un’altra impresa insediata in altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno ‘di gruppo’, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva⁵⁵⁵. Sul punto si tornerà ancora più avanti (v. par. 7), ma è opportuno segnalare sin d’ora come si sia in presenza di un’esclusione potenzialmente assai pericolosa rispetto al problema della tutela di quei lavoratori: basti pensare che nell’*Explanatory Memorandum* predisposto dalla Commissione per la presentazione della originaria proposta di Direttiva del 1° agosto 1991⁵⁵⁶, con riferimento all’ipotesi delle «*undertakings which place a worker with one of their establishments or with another undertaking whether an associated undertaking or not, established in another Member State to carry out temporary work*», si sottolineava l’importanza fondamentale della medesima, dato che la sua mancanza avrebbe potuto «*make the whole Directive meaningless*» (punto 20).

Vi è peraltro un altro elemento differenziale che emerge dal confronto tra le due nozioni: la Direttiva non richiede formalmente che l’impresa distaccante soddisfi, tramite il distacco, ‘un proprio interesse’; né la necessaria presenza di un siffatto elemento caratterizzante della fattispecie può essere ricavata in via interpretativa dalla normativa comunitaria⁵⁵⁷. Il problema che si pone con riferimento ai casi di potenziale sovrapposizione delle due nozioni (quelli di distacco tra due imprese del gruppo) è dunque duplice: un’impresa insediata in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso un’impresa del gruppo insediata in altro stato membro deve necessariamente rispettare la condizione posta dall’art. 30 del D. Lgs. n. 276, o ne è esonerata dalla presenza della generica previsione della Direttiva, nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applicherà comunque la normativa di tutela dello Stato membro ospitante? Il legislatore italiano può richiedere all’impresa di altro paese membro che intenda distaccare un proprio lavoratore presso altra impresa del gruppo *insediata* in Italia la condizione di avere un ‘proprio interesse’ al distacco?

Preliminarmente va notato che il problema – il quale va collocato direttamente sul piano del rapporto con la libertà di prestazione dei servizi sancita dall’art. 49 del Trattato – si pone in realtà, nei medesimi termini anche nei casi di distacco che avvenga presso un’impresa insediata in altro

⁵⁵⁴ Cfr. le Circolari Ministeriali nn. 3/2004 del 15 gennaio 2004 e 28/2005 del 24 giugno 2005.

⁵⁵⁵ V. sul punto ESPOSITO, 2002, 67 e CARABELLI-LECCESE, 2005, 565-6.

Nel *Rapport du groupe d’expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all’art. 1, par. 3, lett. b), si precisa che «*le group a convenu que l’article premier, paragraphe 3, point b), devait être interprété au sens large et couvrait deux situations: a) détachement dans un établissement situé dans un autre État membre et b) détachement dans une entreprise appartenant à un groupe d’entreprises*».

⁵⁵⁶ COM (91) 230 final – SYN 346

⁵⁵⁷ FOGLIA, 2001, 808, deriva la presenza dell’interesse proprio del distaccante dal fatto che la Direttiva richiede in tutte e tre le ipotesi di cui all’art. 1, co. 3, che per tutta la durata del distacco il rapporto di lavoro continui a rimanere in piedi. Il fatto è che la sufficienza di questo elemento al fine di rinvenire l’interesse proprio del distaccante, se è ovviamente implicito nelle ipotesi *sub a* e *c*, non lo è affatto nell’ipotesi *sub b*, cioè proprio quella di cui si discute in testo e che può avere contatti con la nozione italiana di distacco: altrimenti non si sarebbe mai avuta la giurisprudenza italiana in materia di distacco...

Stato membro non appartenente al gruppo, fattispecie che, come appena visto, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva (e quindi è sottratta alla sua specifica disciplina), ma che certo non è impedita dalla sua presenza. La Direttiva, infatti, nel definire l'ipotesi di distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. *b*, non ha inteso individuare l'unica fattispecie di distacco transnazionale consentita in ambito comunitario⁵⁵⁸, ma soltanto fissare il proprio campo di applicazione, vincolando gli Stati membri, nei quali sono insediate le imprese utilizzatrici del lavoratore distaccato (ove appartenenti al medesimo gruppo di quella distaccante) a regolare la fattispecie nei termini sopra descritti (obbligo di estendere le tutele del lavoro riguardanti una serie di materie, possibilità di estenderne altre, ma condizionata all'esistenza del requisito dell'ordine pubblico). La Direttiva, in altre parole, si è posta l'obiettivo (soprattutto, ma non solo: esistono nella Direttiva anche disposizioni con funzione direttamente regolativa, quali quelle contenute negli artt. 4 e 5) di dettare agli Stati membri le regole sulla cui base selezionare la normativa applicabile alle tre fattispecie di distacco contemplate⁵⁵⁹.

Ciò detto, passando ad esaminare il primo dei due interrogativi sopra posti, va segnalato che la Corte, nella sentenza relativa al caso *Peralta* (1994), ha dato risposta negativa ad analogo problema giuridico (benché attinente a tutt'altra situazione), ritenendo che non contrasta con il Trattato il divieto di svolgimento di una determinata prestazione di servizi quale lo scarico di sostanze chimiche nocive, da parte di un'impresa insediata in uno Stato membro, tanto in zone marine di quest'ultimo, quanto in zone marine di altro Stato membro, dato che tale divieto «non deriva dalla normativa di uno Stato membro sul cui territorio viene eseguita una prestazione di trasporto, ma dalla normativa dello Stato membro in cui l'impresa ha fatto immatricolare la nave comandata dall'interessato e in cui essa è stabilita» e poiché esso «si applica obiettivamente a tutte le navi senza distinzione, sia che esse effettuino trasporti interni all'Italia sia che effettuino trasporti a destinazione degli altri Stati membri»⁵⁶⁰.

Ma soprattutto, tenuto conto del fatto che la norma che fissa il limite di cui si discute (la necessaria presenza di un interesse proprio dell'impresa distaccante) può essere piuttosto considerata come una disposizione posta a tutela dei lavoratori, va sottolineato che, al momento, non risulta che la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia mai dato spazio alcuno alle proteste di operatori interni i quali lamentavano che i vincoli imposti dalla normativa di tutela del lavoro prevista dallo Stato membro in cui erano insediati, nonostante fossero applicabili senza alcuna discriminazione, violavano la loro libertà di prestazione dei servizi in altri Stati membri⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Cfr. in senso analogo LHERNOULD, 2005, 1195, il quale giustamente precisa che le altre situazioni non previste dalla direttiva «relèvent tout naturellement des dispositions du traité sur la libre prestation des services».

⁵⁵⁹ V. *supra*, testo e nota n. 6.

⁵⁶⁰ *Peralta* C-379/92 del 14.7.1994, punti nn. 49-54. Diverso il caso *Alpine* C-384/1993 del 10 maggio 1995, in cui la Corte, adita da un operatore interno di uno Stato membro, ha ritenuto in violazione dell'art. 59 (oggi art. 49) del Trattato una normativa di quello Stato che vietava «ai prestatori di servizi stabiliti sul suo territorio di rivolgere chiamate telefoniche non richieste a potenziali clienti stabiliti in altri Stati membri allo scopo di offrire i propri servizi», dove evidentemente il divieto non operava per le telefonate interne del medesimo tipo.

⁵⁶¹ Sia consentito sul punto un rinvio a CARABELLI –LECCESE, 2005, 568-573 e 581-2, dove i riff. alle sentenze della Corte di giustizia emesse nei casi *Oebel* C-155/80 del 14.7.1981 e *Borsana* C-2/97 del 17.12.1998.

Alla luce di queste considerazioni, sembra dunque doversi propendere per la legittimità del predetto limite, proprio nella misura in cui esso abbia carattere generale e si applichi a qualsivoglia distacco temporaneo di lavoratori da parte di imprese insediate in uno Stato membro presso altre imprese, tanto se insediate nel territorio di quest'ultimo Stato, quanto se insediate in quello di altro Stato membro (nel qual caso, qualora l'impresa ricevente appartenga al medesimo gruppo si rientrerà nel campo di applicazione della Direttiva). In conclusione, la risposta al primo interrogativo sembra dover essere positiva: anche nel caso in cui un'impresa insediata in Italia distacchi temporaneamente un lavoratore presso un'impresa del gruppo insediata in altro Stato membro deve sussistere la ricorrenza di un 'proprio interesse' al distacco, ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003⁵⁶².

In relazione alla seconda questione, invece, il discorso è direttamente connesso alla interpretazione dell'art. 3, par. 10 della Direttiva, impegno al quale ci si dedicherà tra breve (par. 4 ss).

3.- La tutela del lavoro nell'ordinamento comunitario: una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e della normativa del Trattato CE (alla luce dei principi generali del diritto).

Una volta individuate, e in qualche modo risolte, le incertezze sollevate dalle norme della Direttiva n. 96/71 destinate a definirne il campo di applicazione, si può passare a considerare i problemi interpretativi derivanti dalla disciplina dettata da quest'ultima in merito all'estensione ai lavoratori distaccati dei trattamenti interni di tutela che gli Stati membri debbono, o possono, stabilire. A tal fine, è peraltro opportuno, ma in realtà, come si vedrà, necessario, partire da una sintetica ricostruzione del generale quadro ordinamentale entro cui tale disciplina si pone, e precisamente da un lato l'evoluzione e l'attuale punto di arrivo della pluriennale giurisprudenza della Corte di giustizia nella definizione del rapporto intercorrente tra tutele del lavoro e libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato stesso, tra cui, in particolare, la libertà di prestazione dei servizi, e dall'altro lato la collocazione che le politiche sociali e le tutele del lavoro hanno assunto nell'ordinamento giuridico della Comunità europea grazie alle modifiche che il Trattato istitutivo ha conosciuto a partire dal 1957 fino ad oggi.

a) Quanto al primo profilo, in una recente ricerca si è cercato di dimostrare come l'analisi della sua evoluzione, soprattutto nel corso degli ultimi 15 anni, attesti la crescente attenzione riposta dai giudici comunitari sull'importanza fondamentale delle tutele del lavoro nell'ambito dell'ordinamento comunitario⁵⁶³. In particolare, attraverso lo studio di questa giurisprudenza, si è rilevato come, di fronte all'accusa, più volte sollevata dagli operatori economici dei vari Stati membri, secondo la quale le normative nazionali di tutela del lavoro degli altri Stati membri – pur se applicate indistintamente a tutti i soggetti economici operanti sul territorio di questi ultimi – costituirebbero ostacoli (indiretti) frapposti alle libertà economiche sancite dal Trattato (specificamente la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali), la Corte ha finito per riconoscere esplicitamente che gli interessi oggetto delle tutele sono espressione di fondamentali interessi sociali degli Stati membri con cui quelle libertà devono fare i conti.

Tale risultato ha rappresentato, in realtà, il precipitato di un lungo, ma lineare processo evolutivo,

⁵⁶² FOGLIA, 2001, 808.

⁵⁶³ CARABELLI-LECCESE, 2005.

iniziato negli anni '70 e poi proseguito negli anni '80, con una serie di sentenze riguardanti la legittimità delle limitazioni che i vari Stati membri, con le loro discipline interne poste a tutela di vari interessi, apponevano alla libertà di circolazione dei beni, e dunque la loro *compatibilità* con il Trattato.

a1) Senza voler qui riproporre argomentazioni già ampiamente svolte in altre indagini⁵⁶⁴, può dirsi semplicemente che la Corte, partendo dalle storiche sentenze emesse nei casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*⁵⁶⁵, e poi passando per quelle relative a tanti altri casi – tra cui vale la pena ricordare almeno quelle emesse nei casi *Torfaen*⁵⁶⁶, *Stoke-on-Trend*⁵⁶⁷, *Keck e Mithouard*⁵⁶⁸ e *Semeraro Casa Uno*⁵⁶⁹ – è giunta a riconoscere che, al di là delle cause giustificative esplicitamente riconosciute dal Trattato (cfr. artt. 30, 39 par. 3, 46, par. 1, e 58, par. 1, lett. b, norme in cui si richiamano, con riferimento alle varie libertà economiche, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica), vi sono *ulteriori*⁵⁷⁰ ragioni imperative che possono giustificare interventi nazionali che pure creino ostacolo alla libera circolazione delle merci, nella misura in cui tali interventi corrispondano ad un criterio di *ragionevolezza* (che, nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, è stato poi configurato come un vero e proprio *test di proporzionalità*). Pur senza arrivare alla

⁵⁶⁴ ROCCELLA, 1997, 25 ss. e 85 ss.; BARBERA, 2000, 48 ss.; ORLANDINI, 2003, 245 ss.; GIUBBONI, 2003, 165 ss.; CARABELLI-LECCESE, 2005, 551 ss.; LHERNOULD, 2005, 1200 ss.; PALLINI, 2006c, parr. 1 e 5-7.

⁵⁶⁵ Rispettivamente C-8/74 dell'11.7.1974 e C-120/78 del 20.2.1979.

⁵⁶⁶ C-145/88 del 23.11.1989.

⁵⁶⁷ C-169/91 del 16.12.1992.

⁵⁶⁸ Cause riunite C-267/91 e 268/91 del 24.11.1993.

⁵⁶⁹ Cause riunite C-418/93 e varie altre del 20.6.1996.

⁵⁷⁰ Sul carattere ulteriore di queste esigenze rispetto a quelle previste dall'art. 30, in materia di libera circolazione delle merci, si v. con chiarezza la sentenza del caso *Schmidberger* C-112/00 del 12.6.2003, dove al punto n. 78 si precisa che «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 [ora art. 30] del Trattato stesso *oppure* per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta 'Cassis de Dijon'» (corsivo mio).

Sul punto, particolarmente rilevante ai fini della posizione sostenuta in questo articolo, si tornerà nel seguito. Vale, peraltro, sin d'ora la pena di segnalare che anche nel progetto di Direttiva sulla libera circolazione dei servizi (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006, su cui v. *infra*, par. 9), al *Considerandum* n. 40, si afferma che «la nozione di 'motivi imperativi di interesse generale' cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, copre *almeno* i seguenti motivi: *l'ordine pubblico*, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, *gli obiettivi di politica sociale*, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, *la tutela dei lavoratori*, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei *valori sociali*, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria». Dopo di che, all'art. 4, n. 8 dello stesso progetto si stabilisce che, «ai fini della presente direttiva si intende per ... 'motivi imperativi d'interesse generale' ... motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, *tra i quali: l'ordine pubblico*, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, *la tutela dei consumatori*, dei destinatari di servizi e *dei lavoratori*, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, *gli obiettivi di politica sociale* e di politica culturale».

enunciazione di un elenco tassativo di tali esigenze imperative, la Corte, dopo aver fatto originariamente riferimento ad esigenze di carattere fiscale, o riguardanti la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori⁵⁷¹, e poi ancora a varie altre⁵⁷², è giunta alla fine ad includere, in particolare, le «scelte politico-economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri»⁵⁷³. Una formula, quest'ultima, poi ripresa letteralmente per giustificare la compatibilità con il Trattato (sempre a condizione del superamento del *test* di proporzionalità), di alcune normative nazionali di tutela del lavoro, in due note sentenze, emesse nei casi *Conforama* e *Marchandise*⁵⁷⁴, relativi al divieto di lavoro domenicale in alcune attività fissato dalle normative nazionali.

Queste posizioni erano destinate, verso la metà degli anni '90, a diventare altresì 'l'approdo' della giurisprudenza sviluppata sulle libertà comunitarie di *circolazione dei lavoratori* e di *prestazione dei servizi*⁵⁷⁵: ed a questo riguardo si deve sottolineare che, in una serie di pronunce di quel periodo – cfr. in particolare quelle dei casi *Gebhard e Bosman*⁵⁷⁶ – la Corte utilizzando i concetti elaborati in merito alla libertà di circolazione dei beni, è giunta a riunificare, all'interno di un unico quadro di riferimento, principi da valere per la valutazione della compatibilità con il Trattato delle legislazioni nazionali che, nel perseguire finalità di interesse nazionale, apponessero limiti di vario tipo ad una delle libertà economiche⁵⁷⁷. In tale operazione essa ha anzitutto affinato il lessico del suo argomentare, in un apprezzabile sforzo finalizzato ad offrire agli operatori ed interpreti gli strumenti per districarsi in una valutazione così delicata: l'insieme delle ragioni giustificative dei limiti posti alle libertà economiche è stato ricondotto alla definizione unitaria di «motivi imperiosi di interesse pubblico». Inoltre, la Corte ha sviluppato anche la propria riflessione in merito al giudizio di ragionevolezza, progressivamente trasformandolo – come si è detto – in un vero e proprio *test di proporzionalità*, da attuare secondo un percorso logico ben cadenzato: una volta accertato che il provvedimento assunto dallo stato nazionale, limitativo di una delle libertà economiche, persegue uno scopo legittimo in quanto giustificato da motivi imperiosi di interesse generale, occorre verificare che l'applicazione del provvedimento nazionale sia effettivamente atta a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo.

In tale prospettiva, il punto apicale di questa evoluzione può essere probabilmente individuato nella nota sentenza emessa nel 1995 nel caso *Gebhard*, nella quale la Corte ha teorizzato la pro-

⁵⁷¹ Tutte queste esigenze sono richiamate in *Cassis de Dijon*, punto 8, secondo periodo

⁵⁷² Sul punto si v. in particolare CARABELLI-LECCESE, 2005, 555, ed ivi anche riff. spec. nota 35.

⁵⁷³ Il riferimento è preso dalla sentenza relativa al caso *Torfaen*, punto 14, riguardante il noto problema della chiusura domenicale degli esercizi commerciali.

⁵⁷⁴ Rispettivamente C-312/89, punto 11, e C-332/89, punto 12, entrambe del 28.2.1991.

⁵⁷⁵ Si v. per tutte la sentenza del caso *Kraus* C-19/92, del 31.3.1993, in cui erano in gioco la libertà di circolazione delle persone e quella di stabilimento.

⁵⁷⁶ Rispettivamente *Gebhard* C-5/94 del 30.11.1995 (sulla libera circolazione dei servizi, su cui v. anche in epoca coeva *Alpine* C-384-93 del 10.5.1995) e C-415/93 del 15.12.1995.

⁵⁷⁷ Sul punto CARABELLI-LECCESE, 2005, 552 ss.; ORLANDINI, 2006, 7 (ed ivi anche rif. in nota n. 9)

pria posizione proprio in questi termini: «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l' esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»⁵⁷⁸. Un' affermazione, questa, poi ripresa e confermata più volte nel corso degli ultimi anni, in relazione a vicende in cui erano interessate le diverse libertà economiche del Trattato⁵⁷⁹.

a2) Per quanto qui più interessa, sul fronte della *libertà di prestazione dei servizi*, con riferimento a *normative interne non lavoristiche*, la posizione elaborata dalla Corte nel caso *Gebhard* è stata quasi letteralmente ripresa nella sentenza, di epoca quasi coeva (1996), relativa al caso *Reisebüro Brode*⁵⁸⁰ – poi seguita da altre pronunce sostanzialmente uniformi⁵⁸¹ – la quale, a sua volta, richiamava e consolidava quanto dalla Corte progressivamente elaborato in una serie di sentenze precedenti⁵⁸². È peraltro da segnalare che in questa sentenza, come nelle altre pronunce anteriori e successive ad essa, si rinviene una precisazione della Corte specificamente riguardante le limitazioni derivanti da normative interne alla libertà di prestazione dei servizi prevista dall' originario art. 49 (oggi 59) del Trattato: «la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall' interesse generale, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»⁵⁸³.

Orbene, questa struttura argomentativa è stata sviluppata dalla Corte anche con riferimento alle *normative nazionali di tutela del lavoro*, accusate di limitare illegittimamente la libertà di prestazione dei servizi, rispetto alle quali, peraltro, è possibile rinvenire alcune peculiarità che meritano di essere evidenziate, a partire dalle prime pronunce in materia.

Le prime due sentenze in cui la Corte ha dovuto affrontare il problema della legittimità di normative interne di tutela del lavoro limitative della libera prestazione di servizi in ambito comunitario sono state quelle del 1981 e del 1982 relative ai casi *Webb* e *Seco*⁵⁸⁴, nelle quali la Corte si muove in piena sintonia con la propria giurisprudenza che si andava consolidando soprattutto in relazione alla libertà di prestazione dei beni. E si tenga presente che i due casi in questione riguardavano casi concreti che astrattamente sarebbero stati riconducibili alle ipotesi *c* e *a*, dell' art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71.

Così, nel caso *Webb* la Corte – facendo già emergere con chiarezza l' aspetto della presenza, nello

⁵⁷⁸ C-55/94, del 30.11.1995, qui punto n. 37.

⁵⁷⁹ Si v. in particolare le sentenze relative ai seguenti casi: *Bosman* C-415/93 del 15.12.1995 (punto n. 104); *Centros* C-212/97 del 9.3.1999 (punto n. 34); *Haim* C-424/97 del 4.7.2000 (punto n. 57); *Mac Queen* C-108/96 del 1.2.2001 (punto n. 26); *Payroll Data Services* C-79/01 del 17.10.2002 (punto n. 28).

⁵⁸⁰ C-3/95 del 12.12.96 (punto n. 28).

⁵⁸¹ Si v. in particolare le sentenze relative ai casi *Parodi* C-222/95 del 9.7.1997 (punto n. 21); *Corsten* C-58/98 del 3.10.2000 (punto n. 39); *Analir* C-205/99 del 20.2.2001 (punti nn. 21 e 25); *Commissione c/ Repubblica italiana* C-439/99 del 15.1.2002 (punto n. 23); *Commissione c/ Repubblica italiana* C-131/01 del 13.2.2003 (punti nn. 26 e 28).

⁵⁸² Si v. in particolare alle origini *Van Wesemael* C-110 e 111/78 del 18.1.1979 (punto n. 39) e *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* C-205/84 del 4.12.1986 (punto n. 27); successivamente, in modo più articolato, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* C-288/89 del 25.7.1991 (punti 12, 13 e 15); *Saeger* C-76/90 del 25 luglio 1991 (punti nn. 12, 13 e 15); *Commissione c/ Repubblica francese* C-154/89 (punti nn. 12, 14 e 15), *Commissione c/ Repubblica italiana* C-180/89 (punti nn. 15, 17 e 18), *Commissione c/ Repubblica ellenica* C-198/89 (punti nn. 16, 18 e 19), tutte del 26.2.1991; si v. anche *Schindler* C-275/1992 del 24.3.1994.

⁵⁸³ *Reisebüro Brode*, punto n. 28.

⁵⁸⁴ Rispettivamente C-279/80 del 17.12.1981 e C-62 e 63/81 del 3.2.1982.

Stato membro di insediamento dell'operatore economico, di normative di tutela corrispondenti a quelle imposte dallo Stato in cui quest'ultimo svolge temporaneamente la propria prestazione di servizi – afferma che «l'art. 60, 3° comma, ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato. Esso non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente ad un'attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri» (punto n. 16). La stessa Corte passa poi a precisare che, «tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, non si possono considerare incompatibili col trattato talune condizioni specifiche, eventualmente imposte al prestatore di servizi, che siano giustificate dall'applicazione di norme relative a questo tipo di attività. Tuttavia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (punto 17).

Dette posizioni venivano ulteriormente scandagliate ed approfondite nel successivo caso *Seco*, nella cui sentenza la Corte giungeva ad affermare che «il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi tra lavoratori e datori di lavoro, per quanto concerne le retribuzioni minime, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche di carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro; del pari il diritto comunitario non vieta agli stati membri di imporre il rispetto di queste norme con mezzi adeguati. Non si può tuttavia definire mezzo adeguato una normativa o una prassi che impongano in modo generale un onere previdenziale o paraprevidenziale, restrittivo della libera prestazione dei servizi, a tutti i prestatori stabiliti in un altro stato membro e che occupano lavoratori cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno rispettato la normativa in materia di retribuzione sociale minima dello stato membro in cui la prestazione viene effettuata, giacché un siffatto provvedimento generale non è, per natura, idoneo a far rispettare questa normativa né ad arrecare vantaggio, in un modo qualunque, alla mano d'opera di cui si tratta» (punto 14). Queste ultime affermazioni introducevano, come può ben notarsi, alcuni importanti elementi di approfondimento: da un lato una significativa considerazione delle normative di tutela del lavoro legali e contrattuali come portatrici di legittime limitazioni della libertà di prestazione dei servizi; in secondo luogo la sottolineatura di come occorresse tuttavia verificare se gli operatori esterni destinatari di tali normative vincolative non fossero già soggetti ad analoghi vincoli nel loro paese di origine, e se i lavoratori destinatari della tutela ne godessero di effettivi vantaggi. Una precisazione, quest'ultima, di particolare rilievo, dato che con essa la Corte poneva un preciso limite circa la funzione che doveva essere concretamente assolta dall'estensione di una normativa lavoristica agli operatori esterni che esercitavano in uno Stato membro la loro libertà di prestazione dei servizi: le normative interne lavoristiche dovevano produrre vantaggi ai lavoratori e non avere una generica funzione di resistenza contro rischi di *dumping sociale*⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ Funzione, peraltro, che può, di fatto, eventualmente anche aggiungersi alla prima, ma non sostituirsi a quella...

Tuttavia, a queste due sentenze veniva ad affiancarsi, alcuni anni dopo (1990), quella relativa al noto caso *Rush Portuguesa* (riconducibile anch'esso – *ante litteram* – all'ipotesi *sub c* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71), nella quale (pur riprendendo in breve alcuni passaggi della precedente sentenza emessa nel caso *Seco*) la Corte⁵⁸⁶, in modo alquanto sbrigativo e soprattutto in termini assai ampi e generici⁵⁸⁷, giungeva a sancire senza mezzi termini che «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l' applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati»⁵⁸⁸.

Ben presto (1994), tuttavia, la Corte ritornava sul tema con la sentenza pronunciata nel caso *Vander Elst* (riconducibile all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71), nella quale – sviluppando il processo di 'armonizzazione' formale con i principi espressi nelle *coeve* sentenze sulla libertà di prestazione dei servizi, ma relative a limiti posti da normative interne di tipo non lavoristico (come risulta dalle citazioni di precedenti ivi contenute) – essa tornava a ribadire che «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l' applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali in materia di salari minimi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati»⁵⁸⁹. Ma tale affermazione – che, merita di essere sottolineato, nella sentenza veniva formalmente riferita soltanto ai salari minimi⁵⁹⁰ – tornava ad essere inquadrata all'interno dei 'tradizionali' principi generali: «l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»; inoltre, «la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale e valevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale

⁵⁸⁶ Dopo aver sottolineato che nel caso di prestazione di servizi transnazionale, data la temporaneità dell'impegno, non si pone un problema di libera prestazione dei lavoratori dipendenti dal prestatore di servizi, dato che «tali lavoratori tornano infatti nel loro paese d'origine dopo aver svolto il loro compito, senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante». Un principio, questo, poi ripreso in altre sentenze: cfr. *Vander Elst* C-43/93 del 9.8.1994 (punto n. 21).

⁵⁸⁷ Le espressioni utilizzate dalla Corte per affermare la piena legittimità della compressione operata sulla libertà di circolazione dei servizi dalle normative interne di tutela del lavoro, risultavano infatti prive del riferimento esplicito alla necessità di attuare un bilanciamento tra la specifica esigenza di tutela del lavoro e quella libertà, e di utilizzare a tal fine il principio di proporzionalità. Si spiega pertanto perché DAVIES, 2002, 306, ha descritto queste affermazioni come assertrici di una '*blanket permission*' (p. 301 e 309); considerazione poi ripresa ORLANDINI, 1999, 478 che aveva parlato di 'potere assoluto' degli Stati di estendere le tutele del lavoro (ma v. anche pg. 469 dove afferma che la sentenza «aveva aperto la prospettiva di un caos normativo»)

⁵⁸⁸ C-138/89 del 27.3.1990 (punti nn. 15 e 18).

⁵⁸⁹ *Vander Elst* C-43/93 del 9.8.1994 (punto n. 23).

⁵⁹⁰ Sottolinea questo aspetto DAVIES, 1997, 590, n. 56

interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»⁵⁹¹.

Infine, successivamente all'approvazione della Direttiva n. 96/71, alcune ulteriori messe a punto venivano effettuate dalla Corte nelle sentenze relative ai notissimi casi *Arblade*, *Mazzoleni*, *Finalarte*, *Portugaia Construções*⁵⁹² (in cui si discuteva di situazioni riconducibili all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva), nelle quali, in particolare, la Corte giungeva definitivamente ad estendere il ragionamento *all'insieme* delle tutele del lavoro (e non soltanto alla materia retributiva)⁵⁹³. In tali sentenze la Corte stessa non ha potuto tener conto della nuova normativa comunitaria, ed ha continuato a giudicare alla luce della sola normativa del Trattato⁵⁹⁴.

La cadenza temporale di tutte queste pronunce non è priva di significato, perché esse si incrociano con la predisposizione delle due proposte di direttiva sul distacco dei lavoratori del 1991 e del 1993; ma di questo si dirà più avanti. Quel che più conta per il momento sottolineare è che, a partire dalla sentenza del caso *Vander Elst* fino ad arrivare alle più recenti⁵⁹⁵, la Corte, riprendendo quanto già in nuce nelle 'originarie' sentenze dei casi *Webb* e *Seco* (e dunque, in buona sostanza, ridimensionando l'ampia portata delle affermazioni contenute nella pronuncia relativa al caso *Rush Portuguesa*), ha progressivamente precisato in modo definitivo e con molta chiarezza l'insieme di principi e limiti che, nella loro sistematicità, avrebbero costituito nel futuro il quadro di riferimento per i giudizi nei quali si controverte della legittimità delle limitazioni poste alla libertà di prestazione dei servizi da normative interne di tutela del lavoro⁵⁹⁶.

A voler rappresentare in modo sintetico il predetto quadro di riferimento – i cui passaggi compositivi, in fin dei conti, non costituiscono altro che il distillato della lunga elaborazione che si è brevemente descritta, ivi compresa l'importante impostazione generale derivante dal caso *Gebhard* – si potrebbe dire⁵⁹⁷:

- che l'art. 59 (oggi art. 49) del Trattato «prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare,

⁵⁹¹ Punti nn. 14 e 16. Espressioni praticamente uguali la Corte avrebbe utilizzato di lì a poco (1996) nella pronuncia relativa al caso *Guiot* (C-272/94 del 28.3.1996, punti nn. 10, 11 e 12), anch'esso riconducibile all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71.

⁵⁹² Rispettivamente C-369/96 del 23.11.1999; C-165/98 del 15.3.2001; C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 del 25.10.2001; C-164/99 del 24.1.2002.

⁵⁹³ Cfr. in particolare *Mazzoleni*, punti nn. 28 e 29 e *Portugaia Construções*, punti 20-21.

⁵⁹⁴ Ciò in quanto nei primi quattro casi la Direttiva non risultava ancora applicabile, essendo i fatti di causa anteriori alla sua entrata in vigore; mentre nell'ultimo caso la controversia era attinente al distacco di lavoratori dipendenti cittadini di uno Stato terzo nell'ambito di una prestazione di servizi oltrefrontiera (per la cui regolazione era pendente la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione il 12 febbraio 1999)(cfr. punto n. 25 della sentenza del caso C-445/03).

⁵⁹⁵ Su cui si v. in generale le riflessioni di MARETTI, 2000a, 227 ss., DAVIES, 2002, 298 ss. e GIESEN, 2003, 147 ss.

⁵⁹⁶ Principi e limiti che, come si dirà più avanti, risultano tuttora rilevanti, anche dopo l'entrata in vigore della Direttiva n. 96/71, non soltanto per i casi di distacco che non rientrano nel campo di applicazione della Direttiva, ma anche per i casi che rientrano nel suo campo di applicazione.

⁵⁹⁷ La presente scansione è ripresa in parte, con qualche variante, da CARABELLI LECCESE, 2005, 562 ss.

ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»⁵⁹⁸;

- che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante», le quali, a loro volta, «possono altresì giustificare le misure di controllo necessarie per garantirne l'osservanza»⁵⁹⁹, e che tra tali ragioni rientra certamente «la tutela dei lavoratori» (considerata in quanto tale e *nella sua interezza* scopo legittimo compatibile con il Trattato)⁶⁰⁰;

- che quanto detto non esclude che la predetta tutela sia suscettibile di limitare (pur sempre senza alcun intento discriminatorio) una libertà fondamentale garantita dal Trattato, onde occorre sottoporre tale normativa ad una valutazione di compatibilità, sulla base di un *test di proporzionalità* (ovviamente correlato alla specificità dei casi ad essa sottoposti);

- che a tal fine bisogna verificare se «l'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri [sia] idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento»⁶⁰¹;

- che, con specifico riferimento alla normativa di tutela del lavoro, ciò significa che occorre verificare se la normativa lavoristica «sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati»⁶⁰²; il che significa, più precisamente, verificare se l'interesse protetto dalla normativa di tutela non sia già «tutelato dalle norme cui il prestatore [di servizi] è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»⁶⁰³ (nel senso che i lavoratori «godano della stessa tutela, o di una tutela sostanzialmente analoga, in forza degli obblighi cui il datore di lavoro già è soggetto nel suo Stato membro di stabilimento»⁶⁰⁴) e – evidentemente in caso negativo⁶⁰⁵ – se «la detta normativa comporti, per i lavoratori interessati, un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa alla loro tutela sociale»⁶⁰⁶, e quindi ancora se «lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante

⁵⁹⁸ V. punti nn. 33 di *Arblade*; 22 di *Mazzoleni*; 28 di *Finalarte*; 16 di *Portugaia Construções*; 20 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

⁵⁹⁹ Punti nn. 34 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

⁶⁰⁰ Punti nn. 36 e 38 di *Arblade*; 27 di *Mazzoleni*; 33 di *Finalarte*; 20 di *Portugaia Construções*; 29 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

⁶⁰¹ Punti nn. 35 di *Arblade*; 26 di *Mazzoleni*; 32 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

⁶⁰² L'efficace e sintetica espressione è ripresa da *Mazzoleni*, punti nn. 30, 34, 40 e 41.

⁶⁰³ Punti nn. 39 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

⁶⁰⁴ Questa espressione in *Arblade*, punto n. 51. Si v. anche *Finalarte*, punto n. 45, dove si ritrova l'espressione: «se questi godono della stessa tutela o di una tutela sostanzialmente paragonabile»; ma già nella sentenza relativa al caso *Guiot* (sopra citato), al punto n. 17, la Corte aveva utilizzato un'espressione non molto dissimile: «ciò non si verificherebbe nel caso in cui i lavoratori di cui trattasi usufruissero della stessa tutela o di una tutela essenzialmente comparabile». Su questo aspetto si sofferma in particolare DAVIES, 2002, 303-4.

⁶⁰⁵ Segnala questo profilo DAVIES, 2002, 305.

⁶⁰⁶ *Finalarte*, punti nn. 42 e 45. Ma v. anche *Arblade*, punto n. 52.

regole meno restrittive»⁶⁰⁷.

Concludendo, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dimostra come i giudici comunitari, a partire soprattutto dalla prima metà degli anni '90, abbiano inteso riconoscere senza incertezze agli interessi sociali nazionali protetti dalle norme interne di tutela del lavoro la qualità di motivi, o meglio ragioni, o se si preferisce esigenze, «imperative d'interesse generale», in grado di comprimere legittimamente, quantunque con i significativi temperamenti imposti dal *test* di proporzionalità, la libera circolazione dei servizi.

A questo proposito, sia consentito di sottolineare come i criteri individuati dalla Corte per il predetto *test* di proporzionalità – in particolare la verifica del godimento di una tutela analoga nello Stato di appartenenza, ovvero dell'acquisizione di un vantaggio effettivo da parte dei lavoratori grazie all'estensione della normativa di tutela dello Stato ospitante la prestazione di servizi transnazionale – siano in larga misura in grado di fugare i timori che l'applicazione della normativa di tutela del lavoro sia strumentale a fini *esclusivamente* protezionistici⁶⁰⁸, e come essi si rivelino, a ben vedere, idonei a legittimare un intervento degli Stati mirato a rendere uniformi (tutte) le tutele del lavoro per (tutti) gli operatori economici che svolgono la loro attività di servizi sul territorio nazionale, onde evitare indesiderati fenomeni *dumping* sociale.

Sarà interessante riflettere su quanto, in che modo ed entro quali limiti la Direttiva n. 96/71 abbia inciso su questo assetto.

b) Passando al secondo profilo della nostra analisi, va osservato che, negli ultimi anni, autorevoli studiosi del diritto sociale comunitario hanno sottolineato con forza come, a partire dall'Atto Unico del 1986, passando per il Trattato di Maastricht del 1992 e per il Trattato di Amsterdam del 1997, fino ad arrivare al Trattato di Nizza del 2001, il Trattato istitutivo della Comunità europea abbia conosciuto mutamenti essenziali nei suoi obiettivi costitutivi, giungendo ad attribuire un rilievo primario alla dimensione sociale⁶⁰⁹.

In effetti, accanto agli – e perciò sullo stesso piano degli – obiettivi economici che sin dall'origine hanno connotato l'esperienza comunitaria – in cui trovano fondamento le specifiche libertà economiche comunitarie – l'art. 2 del Trattato CE (dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam) colloca oggi senza incertezze ed ambiguità – come ha formalmente riconosciuto la stessa Corte di giustizia⁶¹⁰ – anche quello di un «elevato livello occupazione e di protezione sociale» (laddove, a tal fine, l'art. 3, lett. j, prevede la messa in opera di una «politica nel settore

È da segnalare che questo profilo, insieme alla garanzia del godimento di tutela analoga nello Stato di appartenenza, hanno particolare rilevanza rispetto ai timori che la pretesa di applicare la normativa di tutela del lavoro di uno Stato membro ai prestatori di servizi di altro Stato membro per i lavoratori distaccati temporaneamente nel primo si riveli strumentale a fini protezionistici:

⁶⁰⁷ Punti nn. 39 di *Arblade*; 51 di *Finalarte*; 29 e 30 di *Portugaia Construções*. Su questo preciso profilo, v. Commissione c/ Repubblica italiana C-279/00 del 7.2.2002, punto n. 20.

⁶⁰⁸ Sul punto, con precisione, GIESEN, 2003, 152 e 157-8, il quale sottolinea, riflettendo sulle sentenze dei casi *Finalarte* e *Portugaia Construções*, come la Corte abbia sottolineato che l'apporto di effettivi vantaggi per i lavoratori va valutato in modo *obiettivo*, sulla base dei contenuti della normativa, senza tener conto delle eventuali finalità soggettive (i.e. *protezionistiche*) che possono aver ispirato il legislatore. V. anche su questo profilo LO FARO, 2005, 465-6, PALLINI, 2006b, 245 (nonché *Id.*, 2006c, par. 7), nonché BELLAVISTA, 2006, 29, il quale ritiene che «pur imponendo al giudice nazionale di rinvio un compito di valutazione non sempre facile, di fatto contribuiscono comunque ad evitare il *dumping* sociale e a sollecitare un'armonizzazione verso l'alto delle condizioni di lavoro tra Paesi membri importatori e Paesi membri esportatori di manodopera».

⁶⁰⁹ Si v. soprattutto HEPPLER, 2005, spec. 193 ss., ma sul punto sia consentito un rinvio alla *Bibliografia* riportata in GHERA, 2006, 416.

⁶¹⁰ Cfr. la sentenza pronunciata nel caso *Albany* C-67/96 del 21.9.1999 (punti nn. 54 ss.); su cui v. in particolare BARNARD-DEAKIN, 2000, 335-7.

sociale comprendente un Fondo sociale europeo»).

In modo più specifico, poi, il Trattato, dopo aver ribadito (art. 136, co. 1), ancora una volta senza incertezze ed ambiguità, che la Comunità e gli Stati membri hanno come obiettivi tanto «la promozione dell'occupazione» quanto «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», nonché «una protezione sociale adeguata», individua gli strumenti specifici per il loro perseguimento. Peraltro, se sul piano dell'occupazione l'azione comunitaria «passa genericamente (non attraverso normative di tipo precettivo, bensì) attraverso le 'deboli' politiche di coordinamento di cui al Titolo VIII del Trattato stesso (c.d. *soft law*)», per quanto riguarda invece la tutela sociale, agli artt. 136 e 137, dislocati nel Titolo XI, Capo I, dedicato alla politica sociale, il Trattato – pur aprendo la strada ad azioni di cooperazione (art. 137, par. 2, lett. a, quale risultante dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza) – prevede soprattutto che essa si fondi su provvedimenti di tipo *positivo*. Mentre, infatti, da un lato, prospetta l'intervento di armonizzazione della Comunità (art. 137, par. 2, lett. b), dall'altro, esso riconosce come *essenziali* gli stessi interventi di tutela operati direttamente dagli Stati membri: l'art. 137, par. 1, stabilisce, infatti, che «la Comunità *sostiene e completa* l'azione degli Stati membri» nei vastissimi settori di propria competenza (ed infatti, come premessa di tale impegno, l'art. 136, co. 1, nell'*incipit*, si rivolge alla «Comunità e [agli] Stati membri ...») ⁶¹¹.

Per dirlo con altre parole, si potrebbe affermare che il fondamentale obiettivo comunitario di un elevato livello di protezione sociale è perseguito dalla Comunità – negli ambiti di propria competenza – non solo con gli interventi comunitari di armonizzazione nel progresso, ma anche, ed anzi in primo luogo, con gli interventi regolativi dei singoli Stati membri. E ciò comporta che qualsivoglia intervento di tutela del lavoro del singolo Stato in materia non è soltanto *coerente* con un fondamentale obiettivo della Comunità, ma *costituisce* esso stesso strumento per la sua realizzazione; il che – è bene sottolinearlo – vale (in forza del generico dettato dell'articolo, nonché della sua stessa *ratio*) per ogni intervento in sé considerato, indipendentemente dalla sua eventuale specifica funzione di recezione di una normativa comunitaria (a sua volta attuativa del Trattato: c.d. *diritto derivato*) ⁶¹².

Questa ricostruzione del dato normativo comunitario consente anzitutto di evidenziare come, avendo il Trattato ormai formalmente riconosciuto 'pari dignità' agli obiettivi sociali ed economici, non sia più ammissibile la pretesa – come detto ancora affiorante in molte trattazioni di diritto comunitario – di stilare una graduatoria sulla cui base sacrificare sempre ed in ogni caso i primi ai secondi. Se, infatti, una siffatta pretesa poteva trovare giustificazione nel dato normativo fino alla metà degli anni '90, essa, a partire dalle modifiche apportate al Trattato istitutivo dal Trattato di

⁶¹¹ CARABELLI-LECCESE, 2005, 570 ss., nonché IDD., 2006, 98-9.

⁶¹² Ciò, rapportato alla problematica presa in considerazione in questo studio, quella della Direttiva n. 96/71, spiega perché, nonostante la sua base giuridica sia costituita dagli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2) e 66 (oggi 55), le normative di tutela del lavoro nazionali che gli Stati membri hanno l'obbligo, ovvero la facoltà di estendere ai lavoratori distaccati, non perdano certo il loro collegamento con gli artt. 2, 3 lett. g, 136 e 137 del Trattato. E comunque si è già osservato come (al di là del 'paradosso' che alcuni hanno riscontrato nel fatto che la Direttiva persegue la finalità di protezione della libera circolazione dei servizi attraverso strumenti di tutela del lavoro: v. *supra* nota n. 7, in realtà la Direttiva medesima non detta norme sostanziali di tutele del lavoro, ma, come detto più volte, individua (solo) i criteri per la selezione della normativa nazionale applicabile ai lavoratori distaccati.

Amsterdam – il quale, come si è detto, ha introdotto l'«elevato livello di occupazione e di protezione sociale» tra gli obiettivi fondamentali della Comunità – appare del tutto infondata, dato che gli obiettivi della tutela sociale e quelli dello sviluppo economico (quest'ultimo fondato essenzialmente sulla eliminazione degli ostacoli alla circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché alla concorrenza: cfr. art. 3, par. 1, lett. c e g) sono ormai da considerare come collocati sul medesimo piano⁶¹³.

Ove poi si sposti lo sguardo dagli obiettivi agli strumenti giuridici posti in essere dal Trattato per il loro perseguimento⁶¹⁴ (cfr. art. 3), si può altresì riconoscere che la predetta equiparazione degli obiettivi sociali ed economici (o, si potrebbe anche dire, dei valori della tutela sociale e dello sviluppo economico, che di quegli obiettivi costituiscono il presupposto stesso) non è rimasta priva di rilevanti conseguenze, contrariamente a quanto normalmente sostenuto nella riflessione dottrinale in materia. A questo riguardo, rileggendo criticamente le posizioni (ancora) dominanti in materia, potrebbe dirsi che al fondo di esse vi è il convincimento secondo cui, mentre gli obiettivi economici si sono tradotti nel Trattato in un generale principio giuridico di libertà di iniziativa economica, immanente nelle specifiche regole del Trattato che sanciscono le quattro libertà di circolazione (merci, lavoratori, servizi e capitali), nonché la libertà di stabilimento e la libertà di concorrenza, ciò non varrebbe per l'obiettivo dell'«elevato livello di protezione sociale», rispetto al quale la Comunità, con la norma 'meramente' programmatica dell'art. 137, par. 1 (letto in connessione con l'art. 136), non avrebbe assunto se non un mero *impegno politico* a migliorare i livelli di protezione sociale dei lavoratori, privo di una diretta cogenza giuridica in quanto destinato soltanto ad orientare genericamente le politiche comunitarie in materia sociale.

Ed invece, ad avviso di chi scrive, il nuovo assetto assunto dalla Comunità in relazione agli obiettivi (e valori) definiti nell'art. 2 (nonché confermati e specificati nell'art. 136, co. 1, per quanto riguarda la materia sociale) deve indurre l'interprete a leggere in una prospettiva profondamente diversa il sistema delle norme contenute nel Titolo XI, Capo I, del Trattato, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cui si è dato conto nella precedente lett. a di questo paragrafo. Sembra, infatti, possibile sostenere che dal combinato operare dell'art. 137, par. 1 («la comunità *sostiene e completa...*») e degli enunciati della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di protezione sociale – la quale ha, di fatto, dato concreto contenuto a quella previsione, riconoscendo le esigenze di tutela del lavoro espresse dalle normative interne degli Stati membri come «esigenze imperative d'interesse generale» in grado di opporsi legittimamente (sia pure sulla base del *test* di proporzionalità) alle libertà economiche fondamentali del Trattato – possa ormai dedursi l'affermazione, da parte dell'ordinamento comunitario, di «un vero e proprio generale *principio comunitario di tutela del lavoro*», ovvero di un principio di *riconoscimento e garanzia* dei diritti dei lavoratori.

⁶¹³ In senso conforme sul punto si v. BLANKE, 2006, 261 (ed *ivi* il suo rif. bibliografico).

⁶¹⁴ Quanto detto in testo si muove nel senso indicato da BIN, 1998, 46-7: «i tentativi di alcune correnti filosofiche di introdurre nella teoria costituzionale i valori sono del tutto improduttivi. Nel diritto essi entrano come principi, cioè come norme dal contenuto molto generale e non circostanziato... I modi e le circostanze con cui i principi operano e vengono applicati sono definiti nelle regole». Sul rapporto tra regole e principi si v. anche ZAGREBELSKY, 1992, 147 ss., ma soprattutto CRISAFULLI, 1952, 14-5: «principio è ... ogni norma giuridica, in quanto considerata determinante di una o più altre, subordinate, che la presuppongono, sviluppandone e specificandone il precetto in direzioni più particolari. E si dicono per antonomasia principi generali quelli comuni ad una serie di norme particolari (meno generali), delle quali determinano, e pertanto riassumono, potenzialmente il contenuto»; si sottolinea inoltre che queste considerazioni dell'illustre A. vengono sviluppate *in relazione a norme costituzionali programmatiche* (v. anche pg. 30 e pg. 37, dove le norme programmatiche sono definite specificamente *norme-principio*): al riguardo si v., appunto, *infra* in testo.

Tale principio, nel conferire giuridica positività agli obiettivi (e valori) di protezione sociale enunciati nell'art. 2 e nell'art. 136, co. 1, del Trattato, impone alle istituzioni della Comunità un *vincolo programmatico* non politico, ma rigorosamente giuridico, da un lato di conformare la propria azione al loro perseguimento, e dall'altro di assicurare (sempre a quel fine) l'effettività dei sistemi di tutela del lavoro posti in essere dai singoli Stati membri. Richiamando quanto detto in altra sede, si può, insomma, affermare che, proprio grazie all'art. 137, par. 1 (e alla sua lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia), questo principio-programma di tutela del lavoro trova «specifica attuazione in ogni intervento, tanto comunitario, quanto degli Stati membri, destinato ad introdurre normative di protezione dei lavoratori». Ed è proprio l'esistenza di questo principio – il quale, in virtù dell'attuale 'pari dignità' degli obiettivi e dei valori sociali ed economici nel Trattato, si colloca sullo stesso livello del principio giuridico della libertà di iniziativa economica – che consente alle suddette normative comunitarie di armonizzazione in materia sociale, ma soprattutto a quelle nazionali di tutela del lavoro, di confrontarsi in termini paritari con le regole del Trattato che garantiscono le fondamentali libertà economiche comunitarie⁶¹⁵.

Questa lettura, di certo non familiare nel dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'evoluzione normativa del Trattato CE, trova la sua ispirazione, è opportuno segnalarlo, nelle consolidate posizioni della dottrina italiana di diritto costituzionale relative alla distinzione tra norme (immediatamente) precettive e norme programmatiche (le quali, cioè, presuppongono un intervento attuativo del legislatore)⁶¹⁶; posizioni riprese in epoca recente – sia pure in termini differenziali – nell'ambito della riflessione intorno alla natura delle norme costituzionali che sanciscono i diritti sociali (in particolare quelli c.d. *condizionati*)⁶¹⁷.

Com'è ormai unanimemente ritenuto da questa dottrina, si deve riconoscere che anche le c.d. norme programmatiche della Costituzione – oltre ad essere, espressione di valori di rilievo costituzionale (e si tratta normalmente proprio dei valori sociali⁶¹⁸) – hanno una propria, specifica, 'autorevolezza' o 'forza' giuridica, in quanto portatrici di veri e propri principi giuridici⁶¹⁹. Più specificamente, la loro giuridicità si manifesta non soltanto sul piano del(l'invero debole) vincolo di attuazione del loro principio-programma da parte il legislatore ordinario⁶²⁰, ma anche sotto ulteriori profili. Ed infatti, da un lato gli interpreti (e dunque la dottrina, i giudici, nonché i pubblici poteri) sono comunque vincolati ad ispirarsi, per quanto possibile, nell'azione e nell'attività interpretativa che ad essi compete, ai valori sottesi a tali norme ed ai principi che in esse sono immanenti⁶²¹; dall'altro lato il contrasto con dette norme può essere comunque causa un giudizio di illegittimità costituzionale di norme di legge ordinaria inconciliabili con esse⁶²².

Ma soprattutto, tenuto conto anche di questi presupposti, non si può certo dubitare – ed è l'aspetto che qui più interessa rilevare – che una volta che una norma costituzionale programmatica abbia avuto attuazione tramite l'intervento del legislatore ordinario, se, da un lato, non può

⁶¹⁵ CARABELLI-LECCESE, 2005, 571-2.

⁶¹⁶ D'obbligo il rinvio a CRISAFULLI, 1952. *Adde* BARTOLE, 1989, 311 ss.

⁶¹⁷ Cfr. BALDASSARRE, 1989, 13 ss. (spec. 20, in tema di diritto all'assistenza e alla previdenza) e 28 ss. (spec. 30-1).

⁶¹⁸ Sul punto v. CRISAFULLI, 1952, 32 ss.

⁶¹⁹ CRISAFULLI, 1952, 27 ss. *Adde* PALADIN, 1996, 134 ss. e GUASTINI, 1998, 355-6.

⁶²⁰ V. CRISAFULLI, 1952, 48 ss., 52 e 61; SORRENTINO, 1984, 128.

⁶²¹ V. CRISAFULLI, 1952, 46 e 72, SORRENTINO, 1984, 128 e PALADIN, 1996, 136-7.

⁶²² V. CRISAFULLI, 1952, 43-5, nonché PALADIN, 1996, 135-6 e GUASTINI, 1998, 356, con riferimento anche a C. Cost. 14.6.1956, n. 1.

certo attribuirsi alla norma di legge attuativa formale natura costituzionale, dall'altro si deve pur sempre riconoscere la sua 'radice' costituzionale, e per ciò stesso una forza 'resistente' anche nei confronti di norme costituzionali immediatamente precettive. Ciò significa che (l'interprete, ed *in primis*) la Corte costituzionale, chiamata a giudicare sul contrasto di una norma di legge ordinaria attuativa di una norma costituzionale di tipo programmatico con altra norma costituzionale immediatamente precettiva, non può automaticamente accedere ad una valutazione di illegittimità sulla base della mera considerazione che tali norme hanno differente natura e grado nell'ambito del sistema gerarchico delle fonti, ma dovrà procedere al confronto tenendo conto che anche la prima risulta in realtà (per la sua stessa funzione attuativa di – altra – norma costituzionale) attuativa di un valore di rango costituzionale⁶²³. Ed in tale prospettiva, si deve sottolineare come la dottrina costituzionalista, su di un piano generale, sostenga che la Corte, nel valutare la legittimità costituzionale della norma di legge ordinaria sottoposta al suo giudizio, mira a garantire un *bilanciamento* tra i valori (costituzionali) coinvolti⁶²⁴, adottando di conseguenza la pronuncia che, di volta in volta, essa ritiene in grado di assicurare al meglio tale obiettivo (si pensi ai vari tipi di sentenza, da quelle di puro accoglimento e rigetto, a quelle interpretative, manipolative etc.); dove un siffatto bilanciamento presuppone l'adozione di criteri, o di un *test*, per la valutazione degli interessi in gioco (l'analogia con il processo interpretativo della Corte di giustizia è davvero significativo)⁶²⁵.

Orbene, è convincimento degli studiosi di diritto comunitario – ma oramai anche esplicito riconoscimento della Corte di Giustizia, che è giunta a prospettare una valenza 'costituzionale'⁶²⁶ – che pure l'ordinamento comunitario sia strutturato sul modello piramidale degli ordinamenti nazionali, per cui il Trattato si colloca gerarchicamente al di sopra degli atti normativi comunitari di esso attuativi (c.d. *diritto derivato*)⁶²⁷ (un aspetto, questo, la cui sottolineatura è utile per il discorso che si svilupperà in seguito); così come è opinione ormai largamente accolta – e sviluppata nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché di numerose Corti costituzionali degli Stati membri – della prevalenza del diritto comunitario rispetto ai diritti nazionali⁶²⁸. Nell'ambito

⁶²³ Tale profilo ci sembra emergere con maggiore evidenza nel caso di leggi attuative di norme programmatiche della Costituzione, che più interessa considerare in questa sede. Esso è, peraltro, immanente anche nel caso in cui una norma di legge ordinaria che costituisce integrazione, svolgimento, specificazione di una norma costituzionale di tipo precettivo configga con altra norma costituzionale (cfr. MODUGNO, 1999, 35-6 e BARTOLE, 1989, 314).

⁶²⁴ Sul bilanciamento di valori effettuato dalla Corte costituzionale v. soprattutto BIN, 1992, 56 ss. V. anche PALADIN, 1996, 146 ss., RUGGERI, 2001, 50 ss.

Per una recente riflessione sul problema del bilanciamento tra i diritti sociali ed economici sanciti dalla Costituzione, con riferimento anche alla elaborazione della dottrina giuscostituzionalista, v. ANDREONI, 2006, 92 ss., spec. 107 ss. e 128 ss.

⁶²⁵ V. ancora BIN, 1992, 72 ss.

⁶²⁶ Si v. il notissimo *Parere* della Corte di giustizia n. 1/91 del 14 dicembre 1991, nel quale si afferma che «il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi».

⁶²⁷ Così con precisione STROZZI, 2005, 181 ss., dove rif. alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. anche TESAURO, 2005, 135 ss. e, in generale, CALVANO, 2004. Tra i giuslavoristi v. per un cenno DAVIES, 2002, 301.

⁶²⁸ Tra i tanti si v. TESAURO, 2005, 160 ss.; ZANGHÌ, 2005, 397 ss.; STROZZI, 2005, 371 ss.; POCAR, 2004, 321 ss.; MENGOZZI, 2003, 112 ss.

di questo discorso, dovrebbe peraltro ancora aggiungersi un'ulteriore considerazione, *nella prospettiva sopra delineata*: le normative interne degli Stati membri che, come avviene, appunto, nel caso di leggi e provvedimenti di tutela del lavoro (art. 137, par. 1), siano attuative di obiettivi (e valori), principi e norme del Trattato, traggono direttamente dal *formale* rinvio che da quello viene ad esse effettuato il loro rilievo ordinamentale comunitario.

Ecco dunque perché, ad avviso di chi scrive, va profondamente rivista la tradizionale teorizzazione che, affermando – con una lettura (ed interpretazione) astorica, nonché aprioristicamente ideologica delle norme Trattato⁶²⁹ – la primazia assoluta degli obiettivi economici e delle fondamentali libertà economiche comunitarie, ed attribuendo rilievo subordinato agli obiettivi sociali nonché valore meramente politico al programma di interventi regolativi in materia di tutela sociale di cui all'art. 137, par. 1, del Trattato stesso, condanna le normative tanto comunitarie che nazionali di protezione sociale a soccombere sempre e comunque di fronte alle norme del Trattato che sanciscono quelle libertà economiche. Ed invece, una volta chiarito che il Trattato CE riconosce ormai la 'pari dignità' degli obiettivi (e quindi dei valori) sociali con quelli economici, e che dall'art. 137, par. 1 (e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) può trarsi un generale principio comunitario di tutela del lavoro, di cui sono espressione le normative comunitarie e nazionali in materia sociale, il quadro di riferimento sistematico assume una colorazione del tutto diversa.

Più precisamente, la programmaticità dell'art. 137, par. 1, rapportata alla (immediata) precettività delle norme del Trattato che sanciscono le libertà fondamentali, acquisisce un significato più pregnante (confortato dalle riflessioni sopra effettuate). Mentre per il perseguimento degli obiettivi attinenti alla dimensione economica sono state espressamente garantite dal Trattato, con norme immediatamente precettive – ovvero, nel linguaggio del diritto comunitario, ad efficacia diretta – posizioni soggettive in termini di libertà, rispetto all'obiettivo della protezione sociale, l'art. 137, par. 1, (letto in connessione con la giurisprudenza della Corte di giustizia), ha, invece, *proprio in quanto norma programmatica*, lasciato aperto il catalogo delle concrete tutele (e quindi delle posizioni soggettive eventualmente scaturenti da esse)⁶³⁰, sancendo che sono la Comunità, attraverso la promozione della cooperazione nonché, per quanto qui più interessa, attraverso i provvedimenti di 'armonizzazione nel progresso' (art. 137, par. 2, lett. *a* e *b*), ma in primo luogo i singoli Stati membri, attraverso le loro discipline positive di protezione del lavoro, quali evolventisi nel tempo, che hanno il compito di definirne struttura e contenuto. Ciò posto, appare consequenziale altresì sostenere che, nella misura in cui tali provvedimenti e discipline costituiscono attuazione di una norma del Trattato, a sua volta espressione di un principio giuridico di rilievo fondamentale, esse si pongono con 'forza' di resistenza di fronte alle norme del Trattato dotate di efficacia diretta che sanciscono le libertà economiche.

D'altro canto, va notato che la particolare (e diversa) soluzione adottata in materia di tutele del lavoro appare anzitutto ben giustificabile sul piano storico-evolutivo, ricordando come all'originaria formulazione del Trattato di Roma (attento essenzialmente alla dimensione dell'integrazione economica degli Stati membri, nell'ambito del mercato comune) abbia fatto riscontro una

⁶²⁹ Poiché siffatta lettura trascura, o volutamente dimentica l'evoluzione normativa sopra descritta...

⁶³⁰ Salvo che in materia di tutela paritaria uomo-donna in materia retributiva (v. art. 141).

notevole ed importante successione di modifiche normative, significativamente volte ad arricchire la portata sul piano degli obiettivi, valori e principi fondamentali, mano a mano che la crescente volontà di 'parificazione nel progresso' ampliava il rilievo della dimensione sociale rispetto a quella puramente economica. Ma essa trova la sua ragion d'essere anche nel fatto che gli strumenti di protezione sociale hanno conosciuto, nei differenti Stati membri, uno sviluppo differenziato, in ragione di una serie di variabili politiche, economiche e sociali⁶³¹, di modo che appare del tutto congrua la scelta del Trattato di lasciare, appunto, alle normative interne di ciascuno Stato membro il compito di definire le predette tutele (e posizioni soggettive) nei confronti dei propri cittadini (a parte i casi in cui la Comunità ritenga opportuno intervenire con provvedimenti positivi di armonizzazione)⁶³²: una cristallizzazione nel Trattato di tutte le concrete forme di tutela del lavoro sarebbe ovviamente impossibile.

Le considerazioni che precedono consentono, infine, di spingersi verso una riconsiderazione del senso effettivo dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia. Alle luce di esse si deve, infatti, ritenere che quello che, solitamente, nella giurisprudenza della Corte (nonché nel dibattito dottrinale) viene prospettato come un giudizio di 'compatibilità'⁶³³ (dell'intervento regolativo degli Stati membri in materia sociale rispetto alle menzionate libertà, ma il discorso può essere esteso anche agli interventi di armonizzazione della Comunità: sul punto v. *infra* par. 6), non vada più inteso come «un giudizio nel quale la norma di protezione del lavoro risulti imputata in via presuntiva di una colpa (quella, appunto, di ledere codeste libertà) rispetto alla quale – al fine di evitare il giudizio di incompatibilità – le viene richiesto di dimostrare la propria 'innocenza'», ma piuttosto come un confronto tra norme collocabili sullo stesso piano, in quanto attuative di obiettivi, valori e principi cui il Trattato riconosce di pari livello⁶³⁴.

Il compito del giurista (e quindi della stessa Corte di giustizia) che si trovi a dover affrontare il problema del conflitto tra la specifica normativa nazionale (o comunitaria) che dà attuazione al principio di tutela del lavoro e le norme del Trattato che sanciscono le libertà economiche, sarà, invece, quello di mirare ad attuare una *giusta ponderazione*, o meglio ancora un *bilanciamento* tra le stesse (e dunque tra valori e principi ad esse sottesi), previa evidentemente «un'equilibrata definizione dei criteri sulla cui base effettuare tale ponderazione» (di qui il rilievo del *test* di proporzionalità)⁶³⁵. Una continua ed incessante ricerca di equilibrio, dunque, che rappresenta, appunto, l'automatica conseguenza della soluzione adottata del legislatore comunitario nell'art. 137, par. 1, del Trattato, alla quale corrispondono, inevitabilmente, una mutevolezza storica ed una estrema variabilità di contenuto delle tutele del lavoro definite a livello di Stati membri.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia – quale ricostruita nella precedente lett.

⁶³¹ V. SCIARRA, 2004a, 162 ss. Da ultimo BELLAVISTA, 2006, 6 ss.

⁶³² Per i temi legati alla possibilità o meno per gli Stati membri di un arretramento delle tutele del lavoro in funzione concorrenziale, sia consentito un rinvio alla trattazione svolta in CARABELLI-LECCESE, 2005, in materia di clausole di *favor* e di *non regresso*.

⁶³³ Peraltro utilizzato dallo stesso Trattato nell'art. 137.5 secondo trattino, ma in una (parzialmente) diversa prospettiva: si v. ancora CARABELLI-LECCESE, 2005, 549 ss.

⁶³⁴ CARABELLI-LECCESE, 2005, 551-2.

⁶³⁵ CARABELLI-LECCESE, 2005, 549.

a) di questo paragrafo – si manifesta, a ben vedere, sostanzialmente sintonica con questa prospettiva⁶³⁶. Il permanere, nelle sentenze che trattano del rapporto tra norme del Trattato che fondano le libertà economiche e le norme nazionali che sanciscono specifiche tutele del lavoro, di una struttura argomentativa di tipo, per così dire, 'permissivo'⁶³⁷, si presenta, infatti, piuttosto come la conservazione, *in via tralatizia*, di un impianto espositivo ed argomentativo di tipo tradizionale, risalente ai tempi in cui agli obiettivi sociali ed agli interventi di tutela sociale non era ancora riconosciuta, nell'ordinamento comunitario, alcuna cittadinanza, o se si preferisce, solo una cittadinanza 'di secondo grado'. Si tratta peraltro di una sfasatura che dovrebbe ormai essere considerata come più formale che sostanziale, dato che la Corte, di fatto, ha comunque operato in termini di *bilanciamento*⁶³⁸.

Concludendo, va detto che il riconoscimento del ruolo significativo svolto dalla Corte di giustizia nell'affermazione della piena cittadinanza nell'ordinamento comunitario dei diritti dei lavoratori e della loro forza resistente nei confronti delle libertà economiche fondamentali non significa, ovviamente, che il legislatore Comunitario non debba far evolvere la propria politica sociale verso una sempre maggiore 'armonizzazione nel progresso' dei sistemi sociali degli Stati membri, *anche* mediante interventi positivi e diretti, al fine di eliminare i differenziali di protezione in atto, forieri di gravi rischi di *dumping sociale*. Il che, mentre da un lato richiama il dibattito (e soprattutto la flessione critica⁶³⁹) in corso intorno al metodo aperto di coordinamento ed all'impiego del *soft law* rapportato agli interventi tradizionali di armonizzazione mediante atti normativi positivi, dall'altro è collegato alla importante riflessione in atto circa la possibilità e necessità di riconoscere la vigenza nell'ordinamento comunitario di diritti fondamentali anche in mancanza di una Carta costituzionale europea che ne sancisca in modo esplicito l'esistenza⁶⁴⁰. Una lettura, questa, che è mossa dalla condivisibile aspirazione all'immediato riconoscimento, da parte dell'ordinamento comunitario, di una pluralità di valori fondamentali comuni e condivisi, su cui consolidare l'Unione europea, nell'attesa di una futura, invero ancora incerta, ripresa della marcia verso un futuro costituzionale.

⁶³⁶ CARABELLI-LECCESE, 2005, 572.

⁶³⁷ Nel senso: 'le libertà economiche *possono* essere incise dalle tutele del lavoro, ma occorre un giudizio di compatibilità ed un *test* di proporzionalità...'. Da questo punto di vista ha ragione BELLAVISTA, 2006, 23, quando riconduce questa argomentazione al «fragile statuto delle immunità»; ma il tentativo di questo saggio è appunto quello di individuare un percorso alternativo di interpretazione del Trattato che ponga le premesse anche di una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte. Da questo punto di vista, proprio la sentenza *Albany*, C-67/96 del 21.9.1999 (citata da Bellavista), nei punti 54 ss. traccia un percorso argomentativo senz'altro ambiguo, ma certo sviluppato più in termini di diritto (di negoziazione collettiva) che di immunità (dalle libertà economiche).

⁶³⁸ Si v. d'altronde *infra* par. 8 i passaggi della sentenza *Schmidberger* C-112/00 del 12 giugno 2003 in cui si giunge ad utilizzare espresamente la parola 'bilanciamento'.

⁶³⁹ Significativo appare che, dopo l' 'ubriacatura' da *soft law* degli anni scorsi, sia (ri)emersa la consapevolezza della necessità di interventi positivi di *hard law*, di cui un piccolo segnale è forse rintracciabile nel *Considerandum* n. 13 della futura Direttiva sulla libera circolazione dei servizi nel mercato interno (su cui v. *infra*, par. 9): «è altrettanto importante che la presente direttiva rispetti pienamente le iniziative comunitarie basate sull'articolo 137 del trattato al fine di conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 136 del trattato per quanto riguarda la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro».

Sul punto si v. comunque le riflessioni di HEPPLÉ, 2004, 220 ss., assai critiche nei confronti del «*retreat from positive harmonisation*», proclamato negli anni più recenti dalla Commissione, in favore del c.d. *metodo aperto di coordinamento*; adde SCIARRA, 2004b, 8-9 e 18 ss., e CARABELLI-LECCESE, 2005, 576 ss. Si v. anche, per una lettura fin troppo ottimistica dell'evoluzione del diritto comunitario di questa fase storica, LO FARO – ANDRONICO, 2005, 513 ss. Infine, in generale, sul punto si v. la *Bibliografia* generale riportata in GHERA, 2006, 416.

⁶⁴⁰ Da ultimo su questi aspetti BELLAVISTA, 2006, 21 ss., ed ivi si v. i numerosi riff. bibliografici.

Non è certo questa la sede per affrontare queste tematiche di grande rilievo anche politico⁶⁴¹. Va notato, peraltro, che la questione del rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche non è del tutto estranea alla tematica qui affrontata – dei trattamenti da applicare ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale – avendo incidenza diretta su una controversia attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia, il noto caso *Laval*. Di questi aspetti sarà necessario occuparci in questo saggio, anche se, ai fini di una loro migliore comprensione, appare opportuno rinviarne la trattazione ad una fase più avanzata del lavoro (v. *infra*, par. 7).

4. – Il lungo e complesso processo di approvazione della Direttiva n. 96/71: le difformità tra la proposta della Commissione e il testo definitivo.

Di fronte alla descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e del dettato del Trattato CE in materia di politiche sociali e di tutele del lavoro, si colloca l'approvazione, il 16 dicembre 1996, della Direttiva n. 96/71 del Parlamento e del Consiglio europei. Con essa il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno intervenire per disciplinare direttamente la questione dell'applicabilità, da parte di uno Stato membro, delle normative interne di tutela del lavoro ai prestatori di servizi stabiliti in altro Stato membro per i lavoratori distaccati temporaneamente nel territorio del primo, nelle tre ipotesi sulle quali ci si è soffermati in apertura di questo saggio.

Ai fini del discorso che si intende qui sviluppare, peraltro, è da sottolineare che la prima proposta di una Direttiva sulla materia è stata formulata dalla Commissione in data 1° agosto 1991⁶⁴², e dunque nella piena consapevolezza delle posizioni espresse dalla Corte nelle prime tre sentenze sopra citate (casi *Webb*, *Seco*, e soprattutto *Rush Portuguesa*), come d'altronde affiora con molta chiarezza nel punto 14 dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta.

Rispetto a tale proposta, dopo il parere del Comitato economico sociale del 16 dicembre 1991, dopo l'adozione da parte del Parlamento europeo – in data 10 febbraio 1993 – di un parere contenente la proposta di una serie di emendamenti, e dopo una discussione nell'ambito di un gruppo di lavoro sugli "Affari sociali" del Consiglio, la Commissione ha approvato una nuova proposta (modificata) di Direttiva in data 15 giugno 1993⁶⁴³. Quindi, a fronte di questa nuova proposta, seguendo la procedura dell'allora art. 189 B (ora art. 251) del Trattato, il Consiglio adottava una propria posizione comune in data 3 giugno 1996 (come tale modificativa rispetto alla nuova proposta della Commissione), cui faceva seguito una decisione conforme del Parlamento europeo del 18 settembre 1996⁶⁴⁴, a seguito della quale il Consiglio, in data 16 dicembre 1996, approvava alla fine la Direttiva nella sua veste finale.

Questa breve ricostruzione 'storica' del percorso seguito dalle istituzioni comunitarie per l'approvazione della Direttiva n. 96/71⁶⁴⁵ non ha intento puramente descrittivo, ma è finalizzata a far emergere uno dei problemi interpretativi – certo non l'unico, ma sicuramente uno dei più significativi – da cui risulta afflitta la disciplina della Direttiva in esame.

⁶⁴¹ Per questi vari profili, sia consentito un rinvio generale alla *Bibliografia* contenuta in GHERA, 2006, 415 ss., cui *adde* ancora LYON CAEN-PERULLI, 2005; LO FARO-ANDRONICO, 2005; GIUBBONI, 2006; AA.VV., 2006; BARBERA, 2006; BELLAVISTA, 2006.

⁶⁴² COM (91) 230 final – SYN 346.

⁶⁴³ COM (93) 225 final – SYN 346.

⁶⁴⁴ Documento A4-0265/96 (numero indice CELEX 51996AP0265).

⁶⁴⁵ Su cui si v. anche BALANDI, 1998, 118-120.

Se infatti si analizza la proposta del 1993 – a sua volta formulata dopo gli emendamenti del Parlamento europeo rispetto a quella del 1991 – si può rilevare come, in merito all'individuazione della normativa applicabile ai lavoratori distaccati nell'ambito delle tre ipotesi, il progetto di Direttiva già prevedesse, all'art. 3, par. 1, lett. *a*, l'obbligo degli Stati membri di estendere ad essi le normative di tutela previste «da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, accordi collettivi o arbitrati che trovano applicazione per l'intera categoria professionale e settore interessato e con effetto *erga omnes* e/o giuridicamente vincolanti nella categoria e settori interessati»; ciò in relazione ad una serie di materie, o se si preferisce istituti, del rapporto di lavoro di cui veniva formulato un elenco preciso (art. 3, par. 1, lett. *b*), già sostanzialmente corrispondente a quello contenuto nella versione finale approvata dal Consiglio e dal Parlamento.

Per altro verso, va notato come numerose siano le *differmità* tra il testo della proposta del 1993 (e già di quella del 1991) e quello definitivo approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo, di cui tre in particolare meritano segnalazione ai fini della nostra indagine.

In primo luogo, l'ipotesi del distacco di un lavoratore presso altra impresa non era limitata (invero, neppure nel progetto del 1991) al solo caso in cui quest'ultima avesse condiviso con l'impresa distaccante l'appartenenza al medesimo gruppo imprenditoriale.

Ulteriore *differmità* di grande rilievo è costituita dal fatto che nella proposta del 1993 (come già in quella del 1991) il riferimento all'estensione *obbligatoria* delle condizioni di lavoro contenute nei contratti collettivi applicabili *erga omnes* – sempre avendo riguardo al gruppo di materie elencate – aveva portata generale, e non riguardava il solo settore delle costruzioni, come poi invece è stato previsto nella formulazione definitiva della norma.

Ma soprattutto va sottolineato come non fosse rinvenibile nel progetto del 1993 (come già in quello del 1991) la previsione della possibilità per gli Stati membri, ora risultante all'art. 3, par. 10, prima parte, di estendere «condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico». Né tanto meno era contenuta una previsione corrispondente a quella di cui all'attuale art. 3, par. 9, della Direttiva, in base al quale gli Stati membri possono prevedere che l'impresa distaccante «garantisca ai lavoratori a norma dell'art. 1, par. 3, lett. *c*) il beneficio delle condizioni che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro».

5.- La protezione dei lavoratori distaccati: obblighi e facoltà previsti nei confronti dello Stato membro ospitante in relazione all'estensione ad essi delle tutele del lavoro interne.

Della *differmità* relativa al distacco dei lavoratori presso imprese appartenenti allo stesso gruppo si è trattato più sopra; saranno chiariti più avanti gli effetti di tale esclusione, risultante dalla versione definitiva della Direttiva del 1996⁶⁴⁶.

Passiamo ora, invece, ad esaminare separatamente le altre *differmità* di cui sopra, fermo restando l'esistenza di importanti connessioni tra di esse.

⁶⁴⁶ Ci si riferisce all'ipotesi del distacco presso un'impresa di altro Stato membro che non appartenga al medesimo gruppo, la quale, in base alle proposte del 1991 e del 1993, avrebbe dovuto essere assoggettata alla nuova disciplina, a seguito delle modificazioni apportate nella fase finale di approvazione della medesima, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva n. 96/71.

a) A questo riguardo occorre anzitutto chiedersi quali fossero ragioni per cui nella proposta di Direttiva del 1993, e come detto già quella del 1991, la Commissione avesse adottato la soluzione della 'estensione obbligatoria', da parte degli Stati membri, delle «condizioni di lavoro e di occupazione» riguardanti solo un certo numero di importanti istituti di tutela del lavoro, senza nulla dire in merito a tutti gli altri istituti di tutela del diritto del lavoro.

La lettura dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta del 1991 fa anzitutto emergere – all'interno di un ragionamento economico e di politica sociale, relativo alla progressiva crescita delle prestazioni di servizi transnazionali in ambito europeo, nonché all'esigenza «*to increase legal certainty, to ascertain in advance the working conditions applicable and to eradicate practices which may be both detrimental to a fair competition between undertakings and prejudicial to the interests of worker concerned*»⁶⁴⁷ – la preoccupazione di estendere ai lavoratori distaccati in via *temporanea* in altro Stato membro, nell'ambito di una prestazione di servizi, non le medesime condizioni di lavoro e di occupazione che quest'ultimo impone agli operatori economici in esso stabilmente insediati (anche se per nazionalità appartenenti ad altro Stato membro), bensì soltanto la disciplina relativa ad una serie di materie considerate determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza).

È da segnalare, a questo riguardo, che questo profilo è sottolineato più volte nel documento⁶⁴⁸. Quasi a voler prendere le distanze dalle più generiche affermazioni della Corte nel caso *Rush Portuguesa* (di cui si è parlato più sopra, e la cui sentenza era in corso di pubblicazione al momento della presentazione della proposta), la Commissione, ricordando come, secondo le sentenze dei casi *Webb* e *Seco*, la libertà di prestazione dei servizi «*may be restricted only by provisions which are justified by the general good and imposed on all persons or undertakings operating in the Member States in which the service is to be provided*», giungeva poi a sviluppare queste affermazioni sostenendo che «*Community law does not preclude Member States from applying their legislation or collective labour agreements entered into by social partners, relating to wages, working time and other matters, to any person who is employed, even temporarily within their territory, even though the employer is established in another State*».

Ciò premesso – proseguiva la Commissione – la Direttiva proposta, pur senza definire una disciplina uniforme da valere per tutti i paesi della Comunità, intendeva assicurare ai lavoratori distaccati maggiori garanzie di quelle assicurate loro dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali), le cui disposizioni si applicano, com'è noto, in generale anche alle obbligazioni relative ad un contratto di lavoro⁶⁴⁹.

Al riguardo vale la pena di ricordare che, ai sensi dell'art. 6, co. 2, della Convenzione, in mancanza di una diversa scelta delle parti, «il contratto di lavoro è regolato:

- a) dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure
- b) dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, qualora

⁶⁴⁷ *Explanatory Memorandum* della proposta del 1991, punto 3.

⁶⁴⁸ Ivi, punti 14 e 19.

⁶⁴⁹ Per una riflessione sul rapporto tra Direttiva e Convenzione di Roma, si v. ORLANDINI, 1999, 479 ss.; MARETTI, 2000a, 225 ss. e ID., 2000b, 1148-9 (dove altri riff.); MANCINO, 2000, 900-1; ROCCELLA-TREU, 2002, 121ss.

questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese, a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese».

Peraltro, ai sensi del comma 1 del medesimo articolo «la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2».

Orbene, per utilizzare le parole della Commissione, se è vero che la Convenzione «*lays down general criteria to determining the law applicable and ... enables the judge to make the contract subject to mandatory rules sometimes referred to as 'directly applicable rules' applying at the place where the work is carried out (art. 7)*», per contro essa non individua quali siano «*such immediately applicable rules*». La proposta di Direttiva mirava appunto «*to clarify this point by stipulating the body of rules covered by article 7 of the Convention, i.e. the 'public order rules' which constitute a hard core of minimum protection for workers on secondment*» (punto 17).

Quest'ultimo aspetto merita particolare evidenziazione; ed anzi è la stessa Commissione a sottolinearlo con forza in un successivo passaggio dell'*Explanatory Memorandum*: «*the proposal for a Directive, by identifying a 'hard core' of mandatory rules, makes it clear that these constitute a minimum threshold of protection only*» (punto 17). Il che lascia intendere come l'intento principale della proposta fosse *soltanto* di porre a carico degli Stati membri l'*obbligo* di prevedere l'applicazione ai lavoratori distaccati sul loro territorio da imprese insediate in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, di un 'nucleo duro' di tutele riguardanti una serie di materie specificamente individuate⁶⁵⁰.

Ma – nel silenzio del testo normativo della proposta di Direttiva – è del pari evidente che, trattandosi solo di una soglia minima di protezione, non si escludeva che gli Stati membri avessero la *facoltà* di estendere alle predette imprese ed ai lavoratori distaccati altre tutele previste dalle normative interne, fermo restando il superamento del *test* di proporzionalità individuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di prestazione dei servizi, di cui si è trattato nel precedente paragrafo. Ed in effetti, proprio sulla base del richiamo puntuale di tali limiti di origine giurisprudenziale⁶⁵¹, la Commissione escludeva che il principio di parità di trattamento di cui all'art. 60 del Trattato (ora art. 50) potesse implicare «*that all national legislation applicable to nationals of a Member State and usually applied to the permanent activities of undertakings established therein may be similarly applied in its entirety to the temporary activities of undertakings which are established in other States*».

Confrontando quanto appena detto con il testo definitivo della Direttiva n. 96/71, risulta, invece, che la scelta finale del Parlamento e del Consiglio si è mossa in direzione diversa rispetto a quella indicata dalle due proposte del 1991 e del 1993: l'art. 3, par. 10, primo trattino infatti prevede sì

⁶⁵⁰ Che tale sia ancora oggi considerata la finalità fondamentale della Direttiva lo si ricava d'altro canto dalle analoghe considerazioni rinvenibili nella Comunicazione della Commissione 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 2.1 e par. 2.3, dove si parla addirittura di valore aggiunto rispetto alla Convenzione di Roma, nonché rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, dato che la *possibilità* di applicazione della normativa interna di tutela ai lavoratori distaccati da quest'ultima sancita si sarebbe trasformato in *obbligo* di imporre il rispetto di alcune norme riguardanti materie predeterminate. Tuttavia, come si dirà tra breve, questo tipo di argomentazione trascura di considerare che l'estensione di altre discipline di tutela è stata sottoposta dall'art. 3, par. 10 della Direttiva al pesante limite dell'ordine pubblico: ma sul punto ci si soffermerà più avanti.

⁶⁵¹ Punto 14; le stesse espressioni vengono poi riprese nel punto 19.

la possibilità per gli Stati membri di vincolare le imprese che distaccano lavoratori in altri Stati membri (in pari misura rispetto a quelle nazionali) ad applicare a detti lavoratori ulteriori condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle elencate nell'art. 3, par. 1, ma solo «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico».

Sul significato e sulle conseguenze fortemente restrittive di questa espressione ci si soffermerà più avanti. Qui si deve invece sottolineare che, grazie alla formulazione estremamente ampia della disposizione della Direttiva, siffatta possibilità per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati condizioni di lavoro ed occupazione riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle elencate nell'art. 3, par. 1, co. 1, deve essere intesa come riferita a previsioni appartenenti ad una qualsiasi delle fonti indicate nello stesso art. 3, par. 1, co. 1, e cioè tanto alle leggi, quanto ai regolamenti o ad altra fonte amministrativa, quanto ancora ai contratti collettivi o arbitrati «dichiarati di applicazione generale» (ma al riguardo si v. anche art. 3, par. 8)⁶⁵². Per questi ultimi, sempre sulla base del richiamo formale dell'art. 3, par. 1, co. 1, tale possibilità, parrebbe a prima vista riguardare soltanto il settore delle costruzioni. E tuttavia all'opposta conclusione si dovrà giungere dopo aver esaminato la previsione di cui all'art. 3, par. 10, secondo trattino.

Va sottolineato al riguardo che l'opinione secondo cui il disposto dell'art. 3, par. 10, primo trattino, riguarderebbe le sole norme legali ed amministrative⁶⁵³ – la quale, come si dirà tra breve, finisce per riconoscere, per converso, una portata estremamente ampia alla norma di cui al secondo trattino del medesimo art. 3, par. 10, ritenendo che l'estensione ivi prevista non sia soggetta al limite dell'ordine pubblico – si presenta in contrasto con il dato normativo non solo per l'appena segnalata formulazione ampia e generale dell'art. 3, par. 10, primo trattino, ma anche perché, accettandola, si finirebbe per escludere il settore delle costruzioni dalla possibilità di estensione della normativa contrattuale relativa a materie ulteriori rispetto a quelle del c.d. 'nucleo duro' di cui al par. 1 dello stesso articolo: tale settore, infatti, non potrebbe essere interessato dalla estensione prevista disposizione di cui all'art. 3, par. 10, secondo trattino, la quale è esplicitamente rivolta ad «attività diverse da quelle contemplate nell'allegato».

b) Passando ad esaminare l'altra importante difformità risultante tra la proposta del 1993 e la versione finale della Direttiva n. 96/71, va notato come già nella proposta del 1991 si prevedesse che le *mandatory rules* di cui gli Stati membri dovevano assicurare l'applicazione ai lavoratori distaccati, in quanto destinate ad assicurare «*a hard core of minimum protection*», erano quelle «stabilite da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, accordi collettivi o arbitrati che trovano applicazione per l'intera categoria professionale e settore interessato e con effetto *erga omnes* e/o giuridicamente vincolanti nella categoria e settori interessati» (art. 3, par. 1, lett. a).

Nella successiva proposta del 1993, la Commissione, a seguito delle sollecitazioni del Parlamento europeo, aveva introdotto alcune modifiche e perfezionamenti, da un lato confermando che le norme relative alle materie stabilite da applicare ai lavoratori distaccati erano quelle «stabilite da leggi, regolamenti e disposizioni amministrative, accordi collettivi o arbitrati» (art. 3, par. 1, lett.

⁶⁵² Ringrazio la Dott.ssa De Koenig, Funzionario della Commissione, per avermi consentito, in occasione di una proficua discussione di lavoro, di mettere a fuoco alcuni profili dell'art. 3, par. 10, della Direttiva. Ovviamente la responsabilità scientifica di quanto detto in testo è soltanto di chi scrive.

⁶⁵³ DAVIES, 1997, 582, e ID., 2002, 299, il quale legge la disposizione come rivolta alle '*legal rules*'. Così sembrano anche MAGNANI, 1998, 93 e OJEDA-AVILÉS, 1997, 199.

a), per poi passare a precisare che, «ai sensi del par. 1, lett.a, gli accordi collettivi sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese nell'area geografica e nella professione o nell'industria in questione» e che, in loro assenza, gli Stati membri potevano far riferimento ai contratti collettivi o alle sentenze arbitrali «che sono in genere applicabili nell'area o nella professione o nell'industria in questione», a condizione che la loro applicazione alle imprese che effettuavano il distacco assicurasse la parità di trattamento con le altre «imprese su base nazionale in posizione analoga» (art. 3, par. 4).

Come si vede, la proposta del 1993 introduceva, rispetto a quella del 1991, una serie di precisazioni, in relazione ai contratti collettivi da prendere in considerazione, che sarebbero poi state riprese nella versione definitiva dell'art. 3, par. 8, della Direttiva n. 96/71. Quel che è certo, però, è che tanto nella proposta del 1991, quanto in quella del 1993, *era del tutto assente la limitazione costituita dal richiamo dei soli contratti collettivi del settore delle costruzioni*. Ed è altresì evidente come l'introduzione di tale limitazione abbia ristretto notevolmente la portata della norma di cui all'art. 3, par. 1, dato che, al di fuori del settore delle costruzioni, le tutele del lavoro che gli Stati membri sono obbligati a rendere applicabili ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, in relazione alle materie elencate da questa stessa disposizione, sono solo quelle previste dalla legge o da disposizioni regolamentari ed amministrative.

Si comprende pertanto la *ratio* della ulteriore nuova previsione introdotta nel testo finale della Direttiva (rispetto alla proposta del 1993), quella contenuta sempre nell'art. 3, par. 10, secondo trattino, in base alla quale gli Stati membri possono imporre alle imprese che distaccano lavoratori in altri Stati membri (in pari misura rispetto a quelle nazionali) «condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8, riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato»: con essa si è inteso riconoscere agli Stati membri in termini di *facoltà* ciò che nella proposta di direttiva del 1993 (e già in quella del 1991) era stato previsto come *obbligo*, e che tale è rimasto solo per il settore delle costruzioni (il quale, come è fatto notorio, è uno dei settori più interessati al fenomeno del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. a).

A questo riguardo occorre peraltro precisare come il suo dettato generico non debba trarre in inganno: la norma – a parte i problemi legati alla esistenza e comunque alla individuazione, in ciascuno Stato membro, dei contratti collettivi 'estendibili'⁶⁵⁴ – non intende consentire, nei settori diversi da quello delle costruzioni, l'applicazione *in toto* delle tutele di lavoro previste dai contratti collettivi o arbitrati (di cui al par. 8 dell'art. 3)⁶⁵⁵; essa permette agli Stati membri di stabilire che anche in altri settori possano applicarsi ai lavoratori distaccati le discipline di tutela previste dai predetti contratti collettivi o arbitrati, ma *soltanto* con riferimento alle materie elencate nell'art. 3, par. 1: l'estensione da essa prevista, insomma, riguarda solo l'ambito settoriale, ma non anche il profilo contenutistico. Questa interpretazione, che deriva da una lettura al tempo stesso analitica e sistematica della disposizione⁶⁵⁶, è quella accolta nei documenti comunitari⁶⁵⁷,

⁶⁵⁴ Cfr. in particolare OJEDA-AVILÉS, 1997, 127-8.

⁶⁵⁵ In tal senso v., invece, DAVIES, 2002, 299, AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 164-5, PALLINI, 2006a, 273 e ID., 2006b, 242; così sembrano ritenere anche MAGNANI, 1998, 93 e OJEDA-AVILÉS, 1997, 129.

⁶⁵⁶ Nel senso del testo sembra orientato QUENAUDON, 1997, testo e note 87-88, CHIECO, 2004, 64, e LHERNOULD, 2005, 1197-8.

⁶⁵⁷ Cfr. la Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 2.2, ma v. anche, con molta chiarezza il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nella parte relativa all'art. 3, par. 10, secondo trattino.

ma trova accreditamento anche nel fatto che l'altra interpretazione introdurrebbe una irragionevole differenza di trattamento con il settore delle costruzioni: dato l'esplicito riferimento dell'art. 3, par. 10, secondo trattino alle 'attività diverse da quelle contemplate nell'allegato', per questo settore sarebbe inevitabilmente operante, ai fini dell'estensione delle tutele ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro', il limite dell'ordine pubblico di cui al primo trattino.

Proprio questa considerazione, peraltro, induce a sua volta a ritenere che – come preannunciato nella precedente lettera a – all'art. 3, co. 10, primo trattino, va riconosciuta (cosa senz'altro possibile, sempre grazie alla sua ampia formulazione) una portata generale, riconoscendo che esso riguarda (oltre che le disposizioni legali ed amministrative) anche le disposizioni contrattuali *di tutti i settori*. In altre parole, e concludendo, *nei settori diversi da quello delle costruzioni*, è consentito allo Stato membro, *esercitando entrambe le facoltà* previste dall'art. 3, par. 10, secondo e primo trattino, di estendere tanto le disposizioni dei contratti collettivi relative alle materie di cui al 'nucleo duro', quanto quelle relative ad ulteriori materie, ma in questo (secondo) caso sempre nel rispetto del limite dell' 'ordine pubblico'. La soluzione interpretativa qui prospettata trova, d'altronde, anche per questo aspetto, conferma in atti degli organi ufficiali della Comunità⁶⁵⁸.

Va sottolineato che la questione appena esaminata è di particolare rilievo. Molti Stati membri (tra cui l'Italia), infatti, sembrano aver fatto propria una interpretazione estensiva dell'art. 3, par. 10, secondo trattino, attirandosi le forti critiche della Commissione⁶⁵⁹; ma di questo aspetto si tratterà più avanti.

c) Un richiamo, ancora, va fatto alla previsione, sopra ricordata, contenuta nell'art. 3, par. 9, relativa alle ipotesi di distacco effettuato da imprese dedite alla somministrazione di lavoratori interinali o alla cessione temporanea di lavoratori.

In tal caso, infatti, fermo restando l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'estensione ai lavoratori distaccati delle tutele del lavoro di cui all'art. 3, par. 1, è stata introdotta – rispetto alle proposte del 1991 e del 1993 – la possibilità per gli Stati membri di assicurare addirittura la piena uniformità di trattamento di questi lavoratori rispetto a quelli direttamente assoggettati alle discipline interne⁶⁶⁰.

Da questo punto di vista può dirsi che la disposizione dell'art. 3, par. 9 assegna all'ipotesi del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. c) un trattamento di miglior favore rispetto alle altre due, assicurando agli Stati membri la possibilità, attraverso l'estensione totale delle tutele interne senza il limite dell'ordine pubblico, di adottare una misura di effettiva portata *anti-dumping* nei confronti di imprese che svolgono un'attività così delicata come quella somministrazione o cessione di lavoratori.

6. – Segue: i problemi interpretativi posti dal dettato dell'art. 3, par. 10 (e 9), della Direttiva.

Quali sono le implicazioni delle importanti modificazioni apportate dal Consiglio e dal Parlamento

⁶⁵⁸ Si v. la Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 2.2. Si v. anche *Rapport des Services de la Commission etc.* del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 4.9.1.

⁶⁵⁹ Per quanto riguarda la normativa di attuazione italiana v., anche per ulteriori riflessioni circa i problemi posti dalla efficacia meramente privatistica dei contratti collettivi, anche se stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi, PALLINI, 2006a, 273-4.

⁶⁶⁰ Cfr. anche BALANDI, 1998, 122.

europeo in occasione dell'approvazione della Direttiva n. 96/71 rispetto alla proposta della Commissione del 1993?

a) A questo riguardo va anzitutto osservato che il risultato che emerge dalla precedente ricostruzione è in qualche misura sorprendente. Infatti, a prima vista, potrebbe sembrare che l'introduzione nel testo definitivo della Direttiva n. 96/71 dell'art. 3, par. 10, abbia comportato un accrescimento (rispetto alla proposta del 1993) del potere per gli Stati membri in materia di tutele del lavoro, soddisfacendo in qualche misura l'esigenza di estendere ai lavoratori distaccati anche le disposizioni riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle dell'art. 3, par. 1 (e ciò, anche con riferimento alle norme di tutela dei contratti collettivi relativi a settori diversi da quello delle costruzioni). In questa prospettiva, la fissazione del limite dell' 'ordine pubblico' costituisce una sorta di 'prezzo' pagato nella definizione di un compromesso tra libertà di prestazione dei servizi, tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori distaccati, tutela della libertà economica e di concorrenza delle imprese nazionali nonché tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori da queste ultime dipendenti (*dumping sociale*).

Ed invece, a ben esaminare la questione, ci si accorge che le cose stanno in modo totalmente diverso. Come si è visto in precedenza, all'atto della presentazione della proposta del 1993, la Commissione era ben consapevole della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutele del lavoro e libertà di prestazione sancita dal Trattato, formatasi nelle tre sentenze *Webb*, *Seco* e *Rush Portuguesa*, e dunque non poteva non essere altresì consapevole che *obbligare* gli Stati membri a rendere applicabile ai lavoratori distaccati sul proprio territorio la normativa relativa ad un 'nucleo duro' di materie, non escludeva certo – proprio nel silenzio della normativa proposta – la *facoltà* dei medesimi Stati di rendere applicabili a quei lavoratori, in forza di quella giurisprudenza, anche ulteriori disposizioni di tutela del lavoro (tenuto conto, tra l'altro, della formula assai ampia adottata in *Rush Portuguesa* dalla Corte di giustizia, la quale solo più tardi, a partire dalla sentenza *Vander Elst*, sarebbe tornata a formule più bilanciate).

Se ciò è vero, ne risulta che l'esplicita previsione dell'art. 3, par. 10 introdotta dal Consiglio e dal Parlamento nella versione finale della Direttiva n. 96/71, e specificamente l'assoggettamento al limite dell' 'ordine pubblico' della possibilità di estendere ai lavoratori distaccati le tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro', si traduce, in realtà, in una restrizione rispetto alla possibilità, direttamente garantita dal Trattato, di applicare ai lavoratori distaccati l'insieme delle tutele lavoristiche con i 'soli' limiti di derivazione giurisprudenziale appena ricordati: ed è da sottolineare che, paradossalmente, con la fissazione del limite dell'ordine pubblico, viene del tutto vanificato il senso dell'ulteriore affermazione, contenuta nella parte iniziale dell'art. 3, par. 10, secondo il quale l'estensione facoltativa deve avvenire «*nel rispetto del Trattato*». In assenza del riferimento all'ordine pubblico, tale espressione, infatti, avrebbe di per sé implicato il richiamo diretto dell'elaborazione della Corte di giustizia⁶⁶¹.

A questo riguardo va notato come sull'espressione «disposizioni di ordine pubblico» si siano inevitabilmente concentrate le attenzioni degli organi comunitari in una serie di recentissimi documenti ufficiali, data l'importante funzione-limite da essa assolta.

⁶⁶¹ Sul punto si v. comunque le riflessioni di DAVIES, 1997, 592 ss. spec. 593-4, effettuate in diversa prospettiva.

Per il vero, già nel momento del *rush* finale per l'approvazione della Direttiva, risulta che Consiglio e Commissione, nelle dichiarazioni da iscrivere al processo verbale del Consiglio⁶⁶², avevano precisato che «*le mots 'dispositions d'ordre public' devraient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public*»⁶⁶³.

Successivamente all'approvazione della Direttiva la questione è stata più volte ripresa, con toni non molto differenti, in altri documenti ufficiali della Commissione e dei Servizi di supporto a quest'ultima.

Così nella Comunicazione del 25.7.2003, la Commissione⁶⁶⁴ ha sostenuto che «la direttiva non permette assolutamente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro» in quanto, oltre alle disposizioni relative materie di cui all'art. 3, par. 1, «gli Stati membri possono aggiungere *unicamente* disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale»⁶⁶⁵. In altra parte del documento⁶⁶⁶, tuttavia, dopo aver, appunto, ribadito che «gli Stati membri non sono liberi di imporre tutte le disposizioni obbligatorie del loro diritto del lavoro, la Commissione giunge ad affermare che essi «sono tenuti a rispettare le disposizioni del trattato CE, segnatamente dell'ar. 49, come interpretato dalla Corte di giustizia (a tale proposito si v. in particolare le sentenze *Portugaia Construções e Mazzoleni*⁶⁶⁷)».

Dopo di che, la Commissione – ragionando in modo, per così dire, *direttamente consequenziale* rispetto a queste ultime affermazioni – torna a soffermarsi sul concetto di 'ordine pubblico' di cui all'art. 3, par. 10, primo trattino, della Direttiva, precisando ancora che esso va interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale «sebbene non contenga una definizione precisa della nozione di ordine pubblico, contenuta in particolare negli artt. 46 e 56 del Trattato CE, riconosce che la nozione può variare in base al paese e all'epoca (CGCE C-30/77 del 25.10.1977) lasciando alle autorità competenti un certo margine discrezionale entro i limiti imposti dal trattato». E tuttavia, prosegue la Commissione, detta giurisprudenza indica da un lato «che il concetto di ordine pubblico deve essere interpretato in modo restrittivo (CGCE C-260/89, del 18 giugno 1991) e che non può essere determinato unilateralmente da ciascuno Stato membro», e dall'altro che «la necessità di invocare l'ordine pubblico deve essere giustificata da gravi ragioni di interesse generale (CGCE C-484/93, del 14.11.1995), presupporre l'esistenza di una minaccia effettiva e abbastanza grave a uno degli interessi fondamentali della collettività (CGCE C-30/77, del 27.10.1977), ed essere conforme ai principi generali del diritto, in particolare ai diritti

⁶⁶² *Déclarations à insérer au procès verbal du Conseil*, 20.9.1996, 100048/96 Limite SOC 264 CODEC 550, punto 10.

⁶⁶³ La dichiarazione continuava precisando che «*Ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorité publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail*».

⁶⁶⁴ COM (2003) 458, par. 4.1.1.

⁶⁶⁵ Concorda sul punto LHERNOULD, 2005, 1198, il quale afferma che «*afin de garantir une application uniforme du droit communautaire dans les États membres et en vertu du principe de primauté de celui-ci, il apparaît que la notion d'ordre public doit être mesurée en fonction des critères dégagés au niveau communautaire*».

⁶⁶⁶ Par. 4.1.2.2.

⁶⁶⁷ Rispettivamente C-164/99 e C-165/98, sulle quali v. *supra* parag...

fondamentali e al principio generale della libertà di espressione»⁶⁶⁸. Sempre nel citato documento, infine, la Commissione, nell'intento di affinare ulteriormente il concetto in questione, lo ha messo in diretta connessione con le leggi di polizia e di sicurezza, sottolineando come occorra tenere presente anche «la differenza tra le disposizioni nazionali di ordine pubblico interne da un lato e disposizioni d'ordine pubblico come le leggi di polizia, legate al contesto internazionale»: gli Stati membri «che nella loro legge di recepimento aggiungono esplicitamente all'elenco delle norme imperative disposizioni ritenute d'ordine pubblico a *livello nazionale*, dovranno modificare la loro legge tenendo conto di quanto precede»⁶⁶⁹.

Come si vede, il preciso indirizzo della Commissione è di fondare un'interpretazione assai rigorosa e, perciò, restrittiva della nozione di 'ordine pubblico'⁶⁷⁰, rendendo in tal modo fortemente limitata la possibilità, per gli Stati membri, di utilizzare l'art. 3, par. 10 della direttiva al fine di estendere ai lavoratori distaccati anche normative interne legali, amministrative o contrattuali che stabiliscano tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle dell'elenco di cui all'art. 3, par. 1. E la posizione può essere ancor meglio compresa ove si tenga presente la particolare realtà che si è presentata alla Commissione nel momento in cui è andata ad indagare sulle opzioni effettuate dagli Stati membri in relazione all'attuazione della Direttiva: in molti Stati, tra cui l'Italia, si è optato per una estensione generale ai lavoratori distaccati dell'intera normativa protettiva del lavoro fissata da leggi, disposizioni amministrative e contratti collettivi di livello nazionale, evidentemente considerando il diritto del lavoro nazionale in sé stesso come normativa di ordine pubblico (e quindi adottando una concezione di 'ordine pubblico' sul piano nazionale e non internazionale)⁶⁷¹. Di qui il giudizio implacabile formulato nella Comunicazione in esame: «gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l'osservanza dell'intero diritto del lavoro del paese ospitante durante il periodo di distacco oltrepassano chiaramente il contesto definito dalla legislazione comunitaria»⁶⁷².

Tuttavia, come ritengo appaia ormai chiaro dalla trattazione che precede, il ragionamento della Commissione, d'altronde coerente con la scelta del legislatore comunitario, fa emergere un vero

⁶⁶⁸ Sempre nel parag. 4.1.2.2 della Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, la Commissione prosegue soffermandosi sul concetto di leggi di polizia.

⁶⁶⁹ La Commissione ricorda inoltre come nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, si «riteneva che la definizione 'disposizioni di ordine pubblico' di cui all'art. 3, par. 10, riguarda le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali stabiliti dalla legislazione dello Stato membro interessato e/o dal diritto internazionale, in particolare: libertà di associazione e diritto di contrattazione collettiva, proibizione del lavoro forzato, principio di non discriminazione, eliminazione del lavoro minorile che costituisce una forma di sfruttamento, protezione dei dati e diritto al rispetto della vita privata».

⁶⁷⁰ D'altronde nel progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006, su cui v. *infra*, par. 9), al *Considerandum* n. 41, si afferma che «il concetto di 'ordine pubblico', come interpretato dalla Corte di giustizia, comprende la protezione contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività e può includere, in particolare, questioni legate alla dignità umana, alla tutela dei minori e degli adulti vulnerabili ed al benessere degli animali».

⁶⁷¹ Si v. il *Rapporto dei Servizi della Commissione sull'attuazione della Direttiva n. 96/71, concernente il distacco di lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi*, del gennaio 2003, Cap. III (Eccezioni ed opzioni previste dalla direttiva), par. n. 3 (Altre opzioni) e il successivo *Rapport des Services de la Commission etc.* del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 4.9.1.

Val la pena di segnalare, a questo riguardo, che uno dei primi commentatori della Direttiva in Italia aveva immediatamente dato una interpretazione estremamente ampia dell'espressione, sostenendo che «l'area dell'opzione zero' può ... essere ampliata a dismisura, con un semplice riferimento alla formula dell'ordine pubblico»: BIAGI, 1996, 7 e MARETTI, 2000a, 232-3. Sul punto v. anche PALLINI, 2006b, 273 e *Id.*, 2006c, par. 6.

⁶⁷² Par. 4.1.2.2, ultimo cpv.

e proprio contrasto tra il dettato della Direttiva e quello del Trattato, quale risultante dall'interpretazione pluriennale della Corte di giustizia in materia di libertà di prestazione dei servizi. E ci si riferisce non alla disquisizione relativa al significato da attribuire all'espressione 'ordine pubblico', bensì alla identificazione stessa, da parte dell'art. 3, par. 10, dell' 'ordine pubblico' quale parametro sulla base del quale misurare la legittimità della compressione della libertà di prestazione dei servizi attuata attraverso l'estensione di tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro' di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71.

Al riguardo si deve ricordare quanto emerso dall'indagine che precede, e cioè che il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte sul rapporto tra libertà di prestazione dei servizi e tutele sociali e del lavoro è (ed era già, come visto, all'atto di approvazione della Direttiva) nel senso di considerare queste ultime, in quanto espressione di interessi nazionali sociali di particolare rilievo, come idonee *di per se stesse* a comprimere legittimamente quella libertà, con la sola condizione del superamento del *test* di proporzionalità, quale qui ricostruito nel precedente par. 3, b (e che, come detto, si attegga a vero e proprio criterio di bilanciamento tra i valori e principi in gioco). In tal senso, grazie a questa giurisprudenza, gli interessi nazionali di protezione sociale e del lavoro (e le relative normative interne di tutela) sono venuti ad affiancarsi a tutte le altre 'ragioni imperative di interesse generale' (ed alle relative norme interne di tutela) – emergenti dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte quali motivi giustificativi di limiti alla libera circolazione dei servizi – con una propria ed autonoma identità⁶⁷³, e cioè indipendentemente dall'essere eventualmente (se non eccezionalmente) riconoscibili *anche* come ragioni collegate all'ordine pubblico, o al limite alla pubblica sicurezza o alla sanità pubblica (le quali, a loro volta, costituiscono, per così dire, generali ragioni giustificative specificamente *nominate* nell'art. 46, par. 1 e 56 del Trattato)⁶⁷⁴.

Se ciò è vero, non appare ammissibile la scelta del Consiglio e del Parlamento di inserire, nell'art. 3, par. 10, primo trattino, della Direttiva n. 96/71 il vincolo dell' 'ordine pubblico'; così come, dall'altro lato, non è accettabile il (conseguente) percorso interpretativo seguito successivamente dalla Commissione. Il problema, infatti, non è quello di attribuire un'interpretazione ampia o ristretta al limite dell' 'ordine pubblico', quanto quello di prendere atto che le ragioni di tutela sottostanti alle normative di diritto del lavoro – indipendentemente dal potersi o meno identificare, in tutto o in parte, con ragioni di 'ordine pubblico' – *hanno un loro rilievo peculiare quali autonome ragioni 'giustificative' di vincoli apposti alle libertà economiche del Trattato*, e sono sottoponibili ad un autonomo giudizio di bilanciamento, ovvero di proporzionalità, che non ha nulla a che vedere con la valutazione dell'esistenza di motivi di ordine pubblico. La diversa soluzione adottata dall'art. 3, par. 10, insomma, comporta una violazione della normativa del Trattato, nella misura in cui, sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, il rapporto

⁶⁷³ Cfr. *Schmidberger* C- 112/00 del 12.6.2003, punto 78. La mancanza di questo chiarimento, effettuato solo di recente dalla Corte, ci sembra aver contribuito alla mancata percezione della differente portata dei limiti da parte della dottrina che ha riflettuto sulla Direttiva subito dopo la sua approvazione: cfr. DAVIES, 1998, 597-8 e PALLINI, 2006b, 243 ss, *sub* testo e note 15 e ss. V. inoltre *supra*, nota n. 54 il testo del *Considerandum* n. 40 e dell'art. 4, n. 8, della Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno.

⁶⁷⁴ Si rammenta che, ai sensi dell'art. 46, par. 1, «le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

tra libertà di prestazione di servizi e tutele nazionali del lavoro va fondato sul loro *bilanciamento* (o meglio, sul bilanciamento dei valori e principi ad esse sottesi) attuato tramite il noto *test* di proporzionalità⁶⁷⁵.

Delle ragioni effettive di tale scelta del legislatore comunitario chi scrive non è stato in grado trovare traccia. Se essa è stata effettuata con l'intenzione di rendere possibile – ma solo con il temperamento costituito dal limite dell'ordine pubblico – ciò che pareva impedito dalla previsione dell'art. 3, par. 1, si sarebbe trattato di un macroscopico errore di valutazione; meglio sarebbe stato, infatti, per quanto sopra osservato, conservare il silenzio che sul punto aveva mantenuto la proposta di direttiva del 1993 (come già quella del 1991). V'è da pensare, tuttavia, che, in realtà, la scelta sia stata consapevolmente effettuata con l'intento di contenere la spinta dirompente che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutele del lavoro sembrava in procinto di esercitare nei confronti libertà di prestazione di servizi: si già è ricordato come la discussione finale della Direttiva sia avvenuta subito a ridosso della sentenza *Rush Portuguesa*, prima che con le sentenze successive la Corte giungesse – come si è visto – a rifinire le sue posizioni in modo più armonico con quelle generali che essa stava elaborando in relazione alle normative non lavoristiche limitative della libera circolazione dei servizi⁶⁷⁶.

Quali che siano state le ragioni della predetta scelta⁶⁷⁷, l'analisi svolta ha delle implicazioni di rilievo. Chi scrive, in una precedente occasione, aveva segnalato come il legislatore comunitario, nell'imporre agli Stati membri l'obbligo di rendere applicabili, ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, alcune normative interne di tutela del lavoro ai sensi dell'art. 3, par. 1, avesse così effettuato, esso stesso, con il suo intervento regolativo, una *diretta ponderazione*, ovvero *bilanciamento*, degli interessi in campo, assegnando prevalenza alle esigenze di protezione del lavoro rispetto a quelle economiche (di cui è, appunto, espressione la libertà di prestazione dei servizi) in relazione alle varie materie del c.d. nocciolo duro. E sulla base di questa premessa si era giunti alla conclusione, invero di valore essenzialmente teorico, che «si dovrebbe ammettere – seppure in via di ipotesi limite – che la direttiva, proprio per questa sua scelta 'forte', possa essere a sua volta sottoposta al giudizio della Corte in relazione al bilanciamento e alla scelta di priorità da essa effettuati (cfr. artt. 230 ss.)»⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ E d'altro canto, a voler leggere tra le righe della stessa Direttiva, l'ambiguità della scelta del legislatore comunitario traspare dal confronto tra il *Considerandum* n. 12, il quale riprende integralmente e quasi letteralmente le affermazioni della Corte di giustizia («considerando che il diritto comunitario non osta all'estensione del campo di applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione o all'estensione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali alle persone che sono occupate, anche temporaneamente, sul loro territorio, anche se il loro datore di lavoro risiede in un altro Stato membro; che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di garantire con mezzi adeguati l'osservanza di queste norme»), ed i *Considerando* nn. 10-11 e 13-14, nei quali si parla di norme di polizia, di tutela minima e di 'nocciolo duro'.

⁶⁷⁶ Questa ad es. è stata 'a caldo' la valutazione di DAVIES, 1997, 586 ss., spec. 590-1 e di QUENAUDON, 1997, testo e note 3 e 4. V. anche ORLANDINI, 1999, 469-470, CHIECO, 2004, 61 ss., BANO, 2001, 12 e PALLINI, 2006b, 241.

⁶⁷⁷ Rispetto alla quale sarebbe interessante ricostruire l'incidenza delle pressioni esercitate dai sindacati europei, in particolare del settore delle costruzioni, i quali, come segnalato da un autore, «played a key role in the decision-making process leading to adoption of the Directive. They acted as experts for the European Commission, for the Economic and Social Committee and for the Social Committee of the European Parliament»: CREMERS, 2006, 171.

⁶⁷⁸ Un'affermazione, questa, la quale trovava evidentemente fondamento nel valore sovraordinato del Trattato rispetto agli atti legislativi comunitari attuativi di esso; si rinvia, a questo riguardo a quanto sopra precisato in relazione alla struttura gerarchica dell'ordinamento comunitario. Sul punto v. CARABELLI-LECCESE, 2005, 566, e già ORLANDINI, 1999, 470. V. anche GIESEN, 2003, 153 («all of the

Orbene, se ciò è vero – lo si ripete, sul piano meramente teorico – per le previsioni contenute nell'art. 3, par. 1, della Direttiva, non potrebbe non valere – in una diversa prospettiva, ma senza dubbio con maggiore evidenza – per quella contenuta nell'art. 3, par. 10, in relazione al conflitto regolativo, questa volta assai più visibile e tangibile, che si è appena descritto.

b) Ciò detto, altro profilo da evidenziare è che, negli anni più recenti, la dottrina⁶⁷⁹ ha più volte sottolineato come il fatto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, uno Stato membro sia obbligato a stabilire l'applicazione, nei confronti dei lavoratori distaccati, delle condizioni di lavoro e occupazione previste, nelle materie di cui all'elenco ivi contenuto, da leggi, regolamenti e norme amministrative, nonché nel settore delle costruzioni, dai contratti collettivi ed arbitrati, non fa certo venir meno la necessità che le discipline dei singoli istituti da estendere siano *compatibili* con la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato. Dove siffatta compatibilità – a parte il richiamo di quanto sopra argomentato, in ordine alla opportunità di ragionare ormai in termini di *bilanciamento* – va intesa nel senso della 'formula' sopra riportata, a fronte della quale l'essenza del giudizio si fonda sul *test* di proporzionalità, a sua volta consistente nel verificare se i lavoratori distaccati godono o meno di un tutela uguale o sostanzialmente analoga nel paese di origine, nonché (in caso negativo) se la normativa interna applicata ai lavoratori distaccati apporti effettivi vantaggi ad essi (in termini di aggiuntiva), e infine se lo stesso risultato sia raggiungibile mediante regole meno restrittive⁶⁸⁰. E questa posizione è stata non soltanto puntualmente esplicitata in documenti ufficiali degli organi comunitari⁶⁸¹, ma soprattutto concretamente praticata dalla Corte di giustizia in una serie di recenti sentenze, in cui è stata chiamata a valutare se alcune normative di tutela relative a materie attinenti al c. d. 'nocciolo duro', che uno Stato Membro – in specifica osservanza del vincolo posto dall'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 – aveva applicato alle imprese di servizi di altri Stati membri in relazione ai lavoratori distaccati nel suo territorio, contrastassero o meno con la libertà di prestazione dei servizi sancita nel Trattato. La Corte, infatti, non ha avuto dubbi nell'effettuare tale valutazione, rigorosamente attenendosi, nel suo giudizio di compatibilità con la libertà di prestazione dei servizi, e dunque nella effettuazione del *test* di proporzionalità, alla sua precedente giurisprudenza⁶⁸².

Orbene, è evidente, come si è già accennato più sopra, che in assenza della previsione dell'art. 3, par. 10, un analogo giudizio avrebbe dovuto interessare tutte le disposizioni interne legislative,

provisions of the Directive must be examined for their conformity with article 49 EC»). In generale sul questo tipo di controllo della Corte di giustizia si v. TESAURO, 2005, 218 ss., spec. 232 ss.; STROZZI, 2005, 300 ss.; MENGOSZI, 2003, 208 ss.

⁶⁷⁹ DAVIES, 2002, 300-1 (*"it is difficult to see a good legal reason why the Court's view on the issue of compatibility should be different simply because, and to the extent that, the domestic laws are necessary to implement the directive"*). V. anche GIESEN, 2003, 153, HEPPLE, 2005, 171-2, CARABELLI-LECCESE, 2005, 566; LYON-CAEN, 2005, 505; LHERNOULD, 2005, 1199; BELLAVISTA, 2006, 28-9, PALLINI, 2006c, par. 7.

⁶⁸⁰ V. *supra*.

⁶⁸¹ Si v. ancora la Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 4.1.1. e 4.2.1, ma soprattutto la successiva Comunicazione della Commissione (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*), del 4.4.2006, COM (2006) 159 definitivo (predisposta sulla base di una richiesta del Parlamento europeo contenuta nella Risoluzione sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri del 15 gennaio 2004 (P5_TA (2004) 0030), quasi interamente dedicata ad esaminare questo profilo, anche con riguardo alla concreta casistica. V. anche il *Rapport des Services de la Commission etc.*, del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 3.3, 4.1.

⁶⁸² Si v. *Wolff & Müller GmbH & Co.* C-60/03, del 12 ottobre 2004 (spec. punto 30); *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* C-341/02, del 14 aprile 2005 (punti nn. 24 e 25). Segnala bene questo aspetto LHERNOULD, 2005, 1202, nonché PALLINI, 2006c, par. 7.

amministrative o contrattuali relative a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro' che uno Stato membro avesse reso applicabili ai lavoratori distaccati. Ed invece, la presenza di questa disposizione nella Direttiva, ed in particolare, del limite dell' 'ordine pubblico', richiede un giudizio fondato – come risulta dalla *Comunicazione* della Commissione su cui ci si è soffermati più sopra – su parametri assai più restrittivi⁶⁸³.

Si comprende, dunque, perché, in dottrina, taluno ha sentito il bisogno di uniformare, attraverso lo strumento dell'interpretazione, il dato letterale della norma a quello derivante dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia: si è detto, al riguardo, che «per l'interpretazione del concetto di 'ordine pubblico' (dal quale, si ripete, dipende l'effetto che la direttiva è destinata ad avere sul potere di regolamentazione degli stati membri), il riferimento obbligato è costituito dalla giurisprudenza della Corte sugli artt. 59-60 del Trattato della Comunità europea, relativa ai limiti che è possibile imporre alla libertà di prestazione dei servizi»⁶⁸⁴. In buona sostanza l'idea si fonda sul presupposto che la nozione di «ragioni imperiose di interesse generale» elaborate dalla Corte di giustizia possa essere fatta coincidere con la nozione di «ordine pubblico»⁶⁸⁵. Il che, come si è visto dalla trattazione che precede – oltre ad essere rifiutato dalle istituzioni comunitarie, che del limite dell'ordine pubblico danno una lettura del tutto diversa – non risulta in realtà plausibile, stante l'autonomia concettuale che la Corte di giustizia ha espressamente assegnato a quelle ragioni – tra le quali si collocano le esigenze tutela del lavoro – rispetto alle esigenze (tra l'altro di assai maggior rigore) riconducibili invece all'ordine pubblico.

c) Ancora un cenno alla specifica previsione contenuta nell'art. 3, par. 9, della Direttiva, relativa alla *possibilità* per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati da imprese insediate in altri Stati membri che svolgono attività di somministrazione o di cessione temporanea di lavoratori l'intera disciplina di tutela del lavoro direttamente applicata ai lavoratori somministrati o ceduti dalle corrispondenti imprese interne.

Alla luce di quanto detto nelle precedenti lettere non pare che la specificità di questa previsione, comunque di favore, possa escludere la necessità che siffatta estensione rispetti la libertà di prestazione dei servizi, in quanto sancita direttamente dal Trattato. È dunque da ritenere che, pure in questo caso, l'eventuale estensione di norme di tutela sia assoggettata al giudizio di 'compatibilità' e di 'proporzionalità', sempre secondo i parametri fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; il che, rispetto al limite dell' 'ordine pubblico' di cui all'art. 3, par. 10, è comunque un passo avanti.

7. – Alcune annotazione conclusive sulla Direttiva n. 96/71.

Tirando le somme del discorso fin qui condotto, conviene ancora interrogarsi su quale regime si

⁶⁸³ Si v. al riguardo anche la recente sentenza relativa al caso *Omega Spielhallen* C-36/02 del 14.10.2004, dove, dopo aver precisato che «l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi della collettività» (punto 30), la Corte afferma poi che «misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solamente ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi perseguiti e solamente a condizione che tali obiettivi non possano essere perseguiti con provvedimenti meno restrittivi» (punto n. 36).

⁶⁸⁴ ORLANDINI, 1999, 478; su questo presupposto sembra muoversi anche PALLINI, 2006b, 243 ss, *sub* note 15 e ss.

⁶⁸⁵ Così in effetti sembra ricavarsi anche da un successivo contributo dell'A. (ORLANDINI, 2006, 19 ss.).

applichi nei casi in cui la mobilità di lavoratori dipendenti avvenga in relazione ad una prestazione di servizi transnazionale del loro datore di lavoro che non rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva (si è fatto, in particolare, cenno, più sopra, ai «distacchi intercorrenti fra soggetti imprenditoriali completamente autonomi, non unificabili, cioè, all'interno di una nozione classica di gruppo»⁶⁸⁶, ma anche ad altri casi espressamente o implicitamente esclusi⁶⁸⁷). Ebbene, la soluzione di questo interrogativo pare abbastanza consequenziale a quanto fin qui detto: gli Stati membri non hanno alcun *obbligo* di estendere ai prestatori di servizi che esercitino la libertà di circolazione sancita dal Trattato, nonché ai relativi lavoratori dipendenti operanti sul loro territorio, i trattamenti di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva n. 96/71 (in questo, dunque, i lavoratori soffrono di una condizione svantaggiata). Per contro, per quanto paradossale possa sembrare, ciascuno Stato membro ha la (mera) *facoltà* di estendere (tutte) le norme interne di tutela del lavoro, entro i generali limiti del test di *proporzionalità* elaborati dalla Corte in relazione alla libertà di prestazione dei servizi⁶⁸⁸, e non entro il limite dell'ordine pubblico fissato dall'art. 3, par. 10 della stessa Direttiva (in questo, essi godono, invece, di una condizione di miglior favore)⁶⁸⁹.

Ciò detto, qualche riflessione merita ancora un aspetto cui si è accennato in apertura: la pericolosa amplificazione della libertà di prestazione dei servizi rispetto alla libertà di stabilimento derivante dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia (caso *Schnitzer*). L'attribuzione al requisito della 'temporaneità' di un significato talmente lato da consentire, di fatto, una presenza relativamente costante, anche se formalmente non permanente, di un'impresa con il proprio personale in un altro Stato membro per l'esercizio dell'attività di prestazione di servizi ha come effetto una corrispondente riduzione del volume delle tutele del lavoro assicurate ai lavoratori dipendenti da questa impresa rispetto alle imprese insediate nello Stato di accoglienza. A tali lavoratori, infatti, non si applicherà automaticamente l'intero diritto del lavoro di quest'ultimo Stato, bensì solo quella parte che sarà necessario applicare effetto dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, e quella 'optata' dal medesimo Stato sulla base dell'art. 3, par. 10, di tale Direttiva (opzione che, comunque, allo stato, trova un limite insormontabile nell'ordine pubblico'); per la rimanente parte (la cui dimensione sarà estremamente variabile a seconda di quale sarà l'interpretazione del limite dell'ordine pubblico che prevarrà, nonché in ragione dell'opzione effettuata da ciascuno Stato in relazione all'estensione delle normative interne di tutela), si applicherà la normativa di tutela dello Stato membro in cui è insediata l'impresa datrice di lavoro (che, soprattutto per i paesi di nuovo ingresso nella Comunità, sarà di livello estremamente più basso di quella dello Stato membro ospitante la prestazione di servizi)⁶⁹⁰.

Infine, un'ultima annotazione va destinata alla affermazione, contenuta in un recente Rapporto

⁶⁸⁶ ESPOSITO, 2002, p. 67.

⁶⁸⁷ V. *supra* testo e nota n. 35.

⁶⁸⁸ V. sul punto, *Commissione c/ Granducato di Lussemburgo*, punto n. 29 e *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania C-244/2004*, del 19 gennaio 2006, punto n. 32; in dottrina LHERNOULD, 2005, 1195.

⁶⁸⁹ In mancanza di esercizio di una siffatta facoltà, parrebbe da condividere l'opinione di chi ritiene che si applichino le regole generali del diritto internazionale privato (e dunque la Convenzione di Roma) per l'individuazione della disciplina applicabile (in tal senso ORLANDINI, 1999, 473-4); ma in ogni caso non sembrerebbe venir meno il vincolo di compatibilità con la libertà di prestazione di servizi, quale risultante dall'elaborazione della Corte di giustizia.

⁶⁹⁰ Cfr. PALLINI, 2006c, par. 9.

dei Servizi della Commissione, ma evidenziata dai sindacati europei del settore delle costruzioni⁶⁹¹, della necessità di combattere «*le détournement de la législation de travail du pays d'accueil par des 'sociétés boîtes aux lettres', n'exerçant pas d'activités réelles et significatives dans leur État d'établissement*». In effetti, nella Direttiva n. 96/71 sono assenti specifiche previsioni al riguardo, onde è apprezzabile che il documento ricordi come «*selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice, en ce qui concerne les limites aux libertés fondamentales consacrées par le traité, les Etats membres ont la faculté de prendre des mesures visant à empêcher les prestataires de services de tirer indûment ou frauduleusement profit de la libre prestation de services, notamment dans le but de contourner la législation de l'État d'accueil en matière d'emploi*»⁶⁹². Tuttavia, tale riconoscimento è accompagnato dalla raccomandazione che «*lorsque les États membres prennent ces mesures, il doivent respecter les limites du droit communautaire et notamment garantir que ces mesures ne rendent pas la libre prestation de services illusoire*»⁶⁹³, nonché dalla precisazione – effettuata facendo riferimento ad altra giurisprudenza della Corte⁶⁹⁴ – che le misure che gli Stati membri possono prendere «*doivent l'être cas par cas, en tenant compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes intéressées, dans le but, le cas échéant, de leur refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire qu'elles invoquent*», di modo che «*une présomption générale et automatique de fraude chez une personne se prévalant de la libre prestation de services constitue un obstacle disproportionné à cette liberté*».

Queste considerazioni dei Servizi della Commissione lasciano un po' di amaro in bocca. A parte il fatto che la giurisprudenza chiamata a sostegno di esse non riguarda l'aggiramento di normative di tutela del lavoro – alla cui radice esistono sicuramente interessi di particolare rilievo sociale –, è indubbio che il problema dell'insediamento di un'impresa in uno Stato membro attraverso l'esercizio formale della libertà di stabilimento, con successivo esercizio, da parte della medesima impresa, della libertà di prestazione dei servizi, al fine di svolgere la propria attività economica in altro Stato membro, si presenta particolarmente delicato, soprattutto ove si pensi che siffatti fenomeni sono frequentemente collegati a quello della 'delocalizzazione' di un'impresa finalizzata a godere dei vantaggi derivanti dal c.d. *shopping* delle norme di regolazione dell'attività (comprese, ovviamente, quelle fiscali), nonché delle tutele del lavoro. Il caso *Laval*, sul quale ci si soffermerà tra breve⁶⁹⁵, sono indicativi delle gravi implicazioni che questo tipo di scelte economiche hanno sui destini dei lavoratori.

Ove poi, a tutto ciò, si aggiunga il rischio che insediamenti primari o delocalizzazioni siano puramente formali (le ricordate '*sociétés boîtes aux lettres*')⁶⁹⁶, finalizzati a sfruttare, in termini di

⁶⁹¹ *Rapport des Services de la Commission etc.*, del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 4.2.1

⁶⁹² Il documento cita a questo riguardo la nota pronuncia nel caso *Rush Portuguesa* C-113/89, punto 17, dove la Corte afferma che «gli Stati membri devono poter accertare se un'impresa portoghese impegnata in lavori edili o in lavori pubblici non si avvalga della libera prestazione di servizi per un altro scopo, ad esempio quello di far venire il proprio personale a fini del collocamento o della messa a disposizione di lavoratori in spregio dell'art. 216 dell'Atto d'adesione».

⁶⁹³ L'affermazione deriva ancora dalla sentenza *Rush Portuguesa*, dove, sempre al punto 17 di cui alla nota precedente, la Corte aggiunge che «controlli del genere devono però rispettare i limiti posti dal diritto comunitario, e in particolare quelli derivanti dalla libera prestazione di servizi che non può essere vanificata e il cui esercizio non può essere sottoposto alla discrezionalità dell'amministrazione».

⁶⁹⁴ Il documento ricorda a questo punto le sentenze pronunciate nei casi *De Lasteyrie du Saillant* C-9/02, del 13 marzo 2003 e *Commissione c/ Danemark* C-464/02, del 15 settembre 2005 (punto 81).

⁶⁹⁵ Ma si v. anche il caso *Viking-Line*, cui si accenna *infra* in nota n. 191.

⁶⁹⁶ V. CREMERS, 2006, 177.

dumping sociale, i vantaggi di una regolamentazione legale, amministrativa e contrattuale del lavoro meno protettiva, si comprende come si sia di fronte a vicende che possono mettere in crisi le tutele sociali nell'intera comunità europea – tenuto conto soprattutto dell'ingresso di nuovi Stati membri i cui sistemi giuridici di tutela del lavoro sono molto meno protettivi di quelli dei più 'vecchi' Stati membri.

Appare dunque con evidenza quanto sia importante consentire un effettivo controllo antifraudolento degli Stati membri rispetto alle situazioni in cui l'insediamento in uno Stato membro di un'impresa consiste *soltanto* nell'acquisizione di uno *stato giuridico* formale, laddove in realtà essa è strutturalmente proiettata verso l'esterno dal punto di vista economico e produttivo; non v'è dubbio, infatti, che in tali casi l'uso della libertà di prestazione dei servizi si presenta distorto da finalità fraudolente. Ed a questo riguardo, ci sembra che le preoccupazioni degli organi comunitari di non ledere la libertà di prestazione dei servizi, per quanto degne di attenzione, non dovrebbero essere di ostacolo ad una forte azione di 'autotutela' degli Stati membri⁶⁹⁷.

In proposito risulta senza dubbio significativo il rilievo dato a questo aspetto dal progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006), della quale si tratterà più avanti (v. *infra*, par. 9). Se, infatti, all'art. 4, n. 5, si stabilisce che, ai fini della direttiva, «si intende ... per 'stabilimento' ... l'esercizio effettivo di un'attività economica di cui all'articolo 43 del Trattato a tempo indeterminato da parte del prestatore, con un'infrastruttura stabile a partire dalla quale viene effettivamente svolta l'attività di prestazione di servizi», assai più analitico è il *Considerandum* n. 37. Questo, infatti, dopo aver ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia «la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile» e che «tale requisito può essere soddisfatto anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato o abbia in affitto un fabbricato o un impianto per lo svolgimento della sua attività» nonché quando «uno Stato membro rilasci autorizzazioni di durata limitata soltanto per particolari servizi», precisa che «lo stabilimento non deve necessariamente assumere la forma di una filiale, succursale o rappresentanza, ma può consistere in un ufficio gestito dal personale del prestatore o da una persona indipendente ma autorizzata ad agire su base permanente per conto dell'impresa, come nel caso di una rappresentanza», ma anche che «secondo questa definizione, che comporta l'esercizio effettivo di un'attività economica nel luogo di stabilimento del prestatore di servizi, una semplice casella postale *non costituisce* uno stabilimento»⁶⁹⁸.

Al di là di questa apprezzabile attenzione conferita dal legislatore comunitario al problema, le considerazioni che precedono fanno soprattutto affiorare con chiarezza l'esigenza di assicurare alla Direttiva n. 96/71 la possibilità di sprigionare tutto il proprio potenziale protettivo, anche attraverso interpretazioni (quale quella proposta in questo paragrafo) volte a rafforzare la facoltà

⁶⁹⁷ Da questo punto di vista, appare davvero troppo ottimistico sperare che la diffusione di tali situazioni possa essere contenuta da uno sviluppo delle forme di collaborazione istituzionale tra gli Stati membri previste dall'art. 4 della Direttiva, come pure auspicato dalla Commissione: si v. la Comunicazione della Commissione COM (2006) 156, par. 3. Per il recente provvedimento francese in materia si v. LHERNOULD, 2005, 1192 ss. nonché DESBARATS, 2006.

⁶⁹⁸ Sul punto v. *supra*, par. 2, lett. a, la corrispondente, delicata questione della durata della prestazione di servizi svolta da un'impresa di uno Stato membro in altro Stato membro.

degli Stati membri di espandere le tutele del lavoro interne in funzione *antidumping*, specialmente se tali tutele derivano dai contratti collettivi (proprio in quanto fonti in cui si condensa l'equilibrio degli interessi sociali ed economici interni in un determinato momento storico)⁶⁹⁹.

Al tempo stesso, occorre essere consapevoli che l'impostazione della Direttiva n. 96/71, coniugata con le concrete normative del lavoro dei singoli Stati membri, può comunque rivelare, in moltissimi casi, debolezze e contraddizioni foriere di pericolose differenziazioni di trattamento. Non trattandosi, come detto sin dall'introduzione, di una normativa armonizzante che fissa specifiche tutele del lavoro, bensì di una normativa finalizzata ad individuare la (parte di) normativa nazionale destinata a disciplinare i rapporti di lavoro dei lavoratori distaccati, l'applicazione a questi ultimi delle tutele del lavoro interne dello Stato membro ospitante dipenderà, per quanto riguarda l'area di estensione *facoltativa*, direttamente dalle scelte del legislatore nazionale. Ma si tenga altresì presente che, nel singolo ordinamento, la protezione del lavoro di cui alle stesse materie del 'nucleo duro' potrebbe in larga misura dipendere (in settori anche diversi da quello delle costruzioni) non da discipline di legge e amministrative, bensì da quelle fissate dai contratti collettivi, e che per questi ultimi potrebbe non esservi una disciplina nazionale che assicuri, ex art. 3, par. 8, la loro efficacia generale (e dunque consenta l'estensione della loro normativa ex art. 3, par. 10, secondo trattino), con conseguente vanificazione della funzione perequativa perseguita con l'imposizione dell'obbligo di estensione delle tutele relative a quelle materie, di cui all'art. 3, par. 1: il caso *Laval*, di cui si tratterà tra breve fornisce piena testimonianza di ciò.

8. – Le difficili e pericolose implicazioni del caso *Laval*: alla ricerca di una soluzione nel confronto tra diritto di sciopero, Trattato CE e Direttiva n. 96/71.

Esaurita la trattazione di alcune delle questioni centrali poste dalla disciplina dettata dalla Direttiva sull'estensione ai lavoratori distaccati dei trattamenti interni di tutela, è opportuno riprendere ora due aspetti cui si è fatto cenno in precedenza, che risultano di particolare rilievo ed attualità, non soltanto dal punto di vista tecnico-giuridico, ma anche sul piano del confronto politico-sociale in atto, e che sono connessi con i problemi sollevati dalla Direttiva n. 96/71: si tratta, da un lato, del rapporto tra diritti fondamentali dei lavoratori, in particolare il diritto di sciopero, e le libertà economiche sancite dal Trattato, in particolare la libertà di prestazione dei servizi in ambito comunitario; e, dall'altro, del rilievo che la Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale sta per assumere in ragione della prossima approvazione della (nuova) Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi.

Quanto al primo aspetto va sottolineato come sia ormai in via di consolidamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁰⁰ l'opinione – bene esplicitata e condensata in occasione di un precedente giudizio (caso *Schmidberger*⁷⁰¹) – secondo cui «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali [essa Corte] garantisce l'osservanza e ... a tal fine quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno

⁶⁹⁹ Cfr. DØLVIK-ELDRING, 2006, 137 ss.

⁷⁰⁰ Sull'evoluzione di tale giurisprudenza v. ORLANDINI 2006, 38 ss.

⁷⁰¹ C-112/00 del 12 giugno 2003, spec. punti nn. 71, 74, 77, 78 e 81. Su questa sentenza si v. in particolare le considerazioni di OLIVER-ROTH, 2004, 437 ss. e di HEPPLER, 2004, 212 ss.

cooperato o aderito»; con l'importante precisazione che «poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci». Dove l'inciso *in linea di principio* serve, peraltro, alla Corte per aprire il fronte «della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato», ovvero di «un *bilanciamento tra gli interessi*» sottesi agli uni ed alle altre. Ed a questo riguardo la Corte ricorda espressamente che se «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta '*Cassis de Dijon*'»⁷⁰². Per contro, proprio alla luce della predetta finalità di bilanciamento, muovendo da una sorta di inversione prospettica, la Corte passa poi a precisare che anche i diritti fondamentali (garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – CEDU) di libertà di espressione e di riunione pacifica non «appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; ne consegue pure che tali diritti, a loro volta, possono subire restrizioni, a condizione che queste «rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati»⁷⁰³.

Ebbene, vale la pena di notare, anzitutto, come il percorso argomentativo della Corte, per quanto ancora strutturato all'inizio in termini di *giustificazione* di «una limitazione degli obblighi imposti

⁷⁰² È da segnalare, invece, il diverso percorso seguito dalla Corte nella sentenza relativa al caso *Omega Spielhallen* C-36-02 del 14.10.2004, dove, anche per il modo con cui è stata prospettata la questione dal giudice nazionale, il riconoscimento della legittimità delle limitazioni apportate alla libera circolazione dei servizi da norme interne poste a tutela di diritti fondamentali (nel caso di specie la tutela della dignità umana sancita dalla Costituzione austriaca) è passato attraverso il ricorso alla nozione di ordine pubblico, di cui agli artt. 46, par. 1, e 55, del Trattato.

⁷⁰³ Nel caso *Schmidberger*, dove erano in ballo i diritti fondamentali della libertà di espressione e di riunione pacifica, la Corte in effetti ha precisato che, «se i diritti fondamentali di cui si tratta nella causa principale sono espressamente riconosciuti dalla CEDU e rappresentano fondamenti essenziali di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione stessa del n. 2 degli artt. 10 e 11 di tale convenzione che le libertà di espressione e di riunione sono anch'esse soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi delle disposizioni citate e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito» (punto 79). Di modo che «neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU - contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione - appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; pertanto «ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati».

Un'analogia impostazione si rinviene nella sentenza relativa al caso *Karner* C-71/02 del 25.3.2004, dove si afferma che «se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall'art. 10 CEDU e rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione del n. 2 del detto articolo che tale libertà è anch'essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito».

... da una libertà fondamentale del Trattato», si sviluppi, poi, nei termini di una «necessaria conciliazione» tra libertà economiche e principi fondamentali, ovvero, in modo assolutamente esplicito, di un «bilanciamento tra gli interessi», che viene effettivamente perseguito attraverso un'analisi condotta dall'uno e dall'altro fronte. Il che, se da un lato offre testimonianza – sia pure con riferimento alla tematica dei diritti fondamentali – di come sia possibile costruire un ragionamento interpretativo rispettoso della (quanto meno) 'pari dignità' di valori giuridicamente rilevanti, dall'altro ci consente di chiarire cosa si intendeva allorquando, nella trattazione che precede (par. 3, b), si è segnalato lo iato, ancora rilevabile nelle sentenze della Corte che affrontano il problema del conflitto tra tutele del lavoro previste dalle normative nazionali e le quattro libertà economiche fondamentali (tra cui, in particolare, la libera prestazione dei servizi), tra il profilo formale (struttura argomentativa di tipo 'permissivo') e profilo sostanziale (progressivo riconoscimento della collocazione a pieno titolo degli obiettivi di politica sociale e delle normative di tutela del lavoro sullo stesso piano degli obiettivi di politica economica e delle libertà economiche).

Ciò detto, va osservato che in un recente saggio ci si è legittimamente chiesto se le posizioni espresse dalla Corte nella sua giurisprudenza sui diritti fondamentali, e specificamente nella predetta sentenza *Schmidberg*, possano risultare rilevanti nella soluzione di un caso di particolare rilievo attualmente pendente dinanzi ai giudici comunitari, il caso *Laval*, in cui sono rilevanti anche alcuni profili applicativi della Direttiva n. 96/71⁷⁰⁴.

Il caso dinanzi alla Corte è noto, ma si ritiene opportuno riportare una breve descrizione del fatto, anche utilizzando la sentenza del Tribunale del lavoro svedese con la quale è stato sollevato rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia⁷⁰⁵. Una società lettone, la *Laval un Pareri Ltd. (Laval)* ha distaccato dalla Lettonia in Svezia dei propri dipendenti per eseguire degli appalti edili in cooperazione con una società di costruzioni svedese, *L&P Baltic AB (Baltic)* – costituita ed controllata dalla stessa *Laval* – tra cui la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni richiedono alla *Laval* dapprima di stipulare un accordo collettivo per definire il trattamento economico da assicurare a questi lavoratori, prendendo a riferimento una cifra corrispondente (secondo il sindacato stesso) alla media del salario orario praticato in Svezia; in un momento più avanzato della trattativa, il sindacato richiede che venga sottoscritto dall'impresa il contratto di settore ed aperta una trattativa sul profilo salariale (si tenga conto, in particolare, che in Svezia non esiste una normativa sul salario minimo, che i trattamenti retributivi sono definiti attraverso accordi collettivi liberamente conclusi tra le parti sociali, ed inoltre che la Svezia, nel trasporre la Direttiva n. 96/71 non ha previsto, ai sensi dell'art. 3, par. 10, nonché par. 8, l'estensione della normativa dei contratti collettivi ai lavoratori distaccati). La società lettone rifiuta, stipulando, per converso, un accordo con i sindacati lettoni delle costruzioni. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni proclamano allora uno sciopero, legittimo secondo la normativa svedese, per costringere la *Laval* all'accordo, e a questa azione conflittuale aderisce, altrettanto legittimamente secondo la legge svedese, il sindacato svedese degli elettricisti. La *Baltic* è costretta a rinunciare all'appalto e fallisce; la *Laval* agisce pertanto in giudizio contro i due sindacati svedesi sostenendo che lo sciopero era lesivo della sua libertà di prestazione dei servizi⁷⁰⁶. Il giudice svedese solleva allora dinanzi alla Corte di giustizia una questione

⁷⁰⁴ ORLANDINI, 2006, 31 ss., ma già *Id.*, 2003, 245 ss.

⁷⁰⁵ Pubblicata integralmente in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, II, 229 ss.

⁷⁰⁶ Sul caso *Laval*, rubricato presso la Corte con il n. C-341/05, si v. AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 159 ss. e EKLUND, 2006, 202 ss.

preliminare articolata e complessa:

«se sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi [...], nonché con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CEE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell'*Arbetsdomstolen* [Tribunale del lavoro svedese], se la situazione nello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi»⁷⁰⁷

Il problema che si pone, come segnalato dall'autore in questione, è che la Corte – presupposta la diretta efficacia⁷⁰⁸, oltre che verticale, orizzontale⁷⁰⁹ dell'art. 49, par. 1 del Trattato – potrebbe riconoscere, nella futura sentenza, la possibile sussistenza di una responsabilità tanto dello Stato ospitante la prestazione di servizi (il quale, indipendentemente dal fatto che l'azione collettiva dei sindacati svedesi fosse legittima in forza della normativa interna, sarebbe stato comunque tenuto a porre in essere le misure necessarie per evitare lesioni della libertà di prestazione dei servizi) quanto, eventualmente, degli attori collettivi (per aver posto in essere un'azione collettiva ostacolante *di per se stessa* la libera circolazione dei servizi, ovvero in ragione della sua finalità precipua, costituita dalla stipulazione di un contratto collettivo, appunto limitativo della predetta libertà economica sancita dal Trattato, tenuto conto che la Svezia non aveva esercitato la facoltà di estendere contratti collettivi ad efficacia generale o equivalenti). Né, sempre secondo questa dottrina, la riconduzione dello sciopero all'ambito dei diritti sociali fondamentali contribuirebbe a fornire una chiave per risolvere in modo diverso il problema, stante l'orientamento della Corte

⁷⁰⁷ Com'è noto, parallelamente al caso *Laval*, pende davanti alla Corte un altro caso analogo. La *Viking Line*, una società finlandese avente questo nome si è trovata a dover fronteggiare uno sciopero (legittimo, per la legge finlandese) instaurato dai sindacati finlandesi (con il sostegno dell'*International Transport Federation*) contro la sua decisione – volta ad ottenere una forte riduzione dei costi di impiego della forza lavoro – di affidare in gestione una sua nave ad una società di trasporti estone da lei controllata, affinché quest'ultima esercitasse sotto bandiera estone e con personale assunto in Estonia l'attività di trasporto tra Helsinki e Tallin, attualmente esercitata invece direttamente dalla società madre finlandese, con bandiera finlandese e con personale assunto in Finlandia. Obiettivo dello sciopero era quello di imporre alla società madre finlandese di non far stipulare alla società controllata estone un accordo collettivo con sindacati estoni per la determinazione dei trattamenti del personale estone occupato sulla nave, ma di stipulare essa stessa con i sindacati finlandesi un accordo in cui si impegnava a far applicare dalla società controllata estone a quel personale trattamenti corrispondenti con quelli assicurati ai lavoratori finlandesi occupati sulle sue navi.

Ebbene, la *Viking Line* ha sollevato davanti alla Corte la questione se lo sciopero dei lavoratori finlandesi, per quanto legittimo in forza della normativa finlandese, non si ponga in contrasto con il suo diritto di stabilimento sancito dall'art. 43 del Trattato, impedendone di esercitare la sua attività di impresa in altro Stato membro, nonché in violazione della libera circolazione dei servizi, in quanto ostacolante la possibilità per la società controllata estone di esercitare, attraverso la nave previamente a lei ceduta in gestione dalla casa madre finlandese, l'attività di trasporto in territorio finlandese. I quesiti proposti alla Corte di giustizia hanno una loro specificità rispetto al caso *Laval*, in quanto riguardano soprattutto la libertà di stabilimento, e solo in seconda battuta quella di prestazione dei servizi. Almeno per quanto attiene a quest'ultima, peraltro, le considerazioni di cui al testo ci sembrano integralmente richiamabili.

Sul *Viking case*, comunque, si v. in particolare BLANKE, 2006, 251 ss.

⁷⁰⁸ Principio ormai acquisito da lungo tempo: *Van Wesemael ed altri* C-110 e 111/78, del 18.1.1979 (punto n. 26). Più di recente *Commissione c/ Repubblica francese* C-220/83 del 4.12.1986 (punto 16); *Commissione c/ Danimarca* C-252/83 del 4.12.1986 (punto 16); *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* C-205/84 del 4.12.1986 (punto n. 25); *Commissione c/ Irlanda* C-206/1984 del 4.12.1986 (punto 16).

⁷⁰⁹ Cfr. OLIVER-ROTH, 2004, 421 ss. e BLANKE, 2006, 258 (con riferimento al *Viking case*).

ad assicurare comunque un bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche fondamentali sancite dal Trattato, nel senso espresso con chiarezza nella citata sentenza *Schmidberger*⁷¹⁰.

Ferma restando, ovviamente l'incertezza circa la strada che verrà seguita dalla Corte di giustizia di fronte ad un problema di rilevante portata politica, ci sembra che questa impostazione, per quanto plausibile in via di principio, sia forse troppo pessimistica circa le capacità di *self-restraint* della Corte, la quale, di fronte alla 'esplosiva' questione del rapporto tra sciopero, sistemi di protezione sociale e integrazione economica, potrebbe cercare una strada per evitare di restare invischiata nel rischiosissimo 'scontro frontale' che si prospetta all'orizzonte. Questa volta, infatti, la questione sul tappeto è assai delicata ed importante per gli stessi sviluppi futuri della Comunità europea, al punto da metterne a rischio i già fragili equilibri, poggiando sui quali essa sta lentamente e a fatica procedendo anche verso un rilancio del processo costituzionale europeo.

Occorre peraltro interrogarsi se sussista un percorso interpretativo che potrebbe consentire ai giudici comunitari di adottare, nel caso in questione, una soluzione diversa da quella prospettata dalla dottrina in questione.

Tralasciando il problema del se la normativa svedese in materia di *industrial action* faccia effettivamente discriminazione tra imprese nazionali ed imprese straniere, la quale non è rilevante rispetto al discorso qui condotto⁷¹¹, si può intanto cominciare a sgomberare il campo dalla questione, prospettata alla Corte dal Tribunale svedese, del se la finalizzazione del conflitto alla stipulazione di un accordo collettivo che fissi le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati possa rendere l'azione illegittima per contrasto contro la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato.

Al riguardo, va detto in primo luogo che non si vede per quale motivo il fatto che la Svezia, nel recepire la Direttiva n. 96/71, non abbia previsto alcuna estensione dei contratti collettivi ai sensi dell'art. 3, par. 10 (nonché par. 8)⁷¹² possa costituire, di per sé, un ostacolo alla stipulazione di un contratto collettivo *ad hoc* tra sindacati svedesi e l'impresa lettone che presta il servizio: la Direttiva n. 96/71 non impedisce certo che tra prestatore di servizi transnazionale e sindacati del paese

⁷¹⁰ ORLANDINI, 2006, 38 ss., ma già ID., 2003, 245 ss. Sul punto anche BLANKE, 2006, 262.

⁷¹¹ In effetti a parte un breve inciso del quesito 1 («e sul divieto di qualsiasi discriminazione a causa della nazionalità», omesso *supra* in testo nel punto in cui vi sono le parentesi quadre), il quesito n. 2 specifica meglio i dubbi della Corte in relazione alla specifica normativa svedese in materia di sciopero: «2) La legge svedese *Medbestämmandelagen* vieta a un'organizzazione sindacale di avviare un'azione collettiva volta a disapplicare un contratto collettivo stipulato fra altre parti sociali. Tale divieto vale tuttavia, secondo una speciale disposizione costituente una parte della cosiddetta *lex Britannia*, soltanto se un'organizzazione sindacale avvia un'azione collettiva a causa di condizioni di lavoro cui la legge *Medbestämmandelagen* è direttamente applicabile, il che, in pratica, comporta che esso non vale per azioni collettive avviate contro società straniere che esercitano temporaneamente un'attività in Svezia con i propri dipendenti. Se le norme del Trattato CE relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione a causa della nazionalità, nonché la direttiva sul distacco ostino all'applicazione di questa regola da ultimo menzionata - che, unitamente alle altre disposizioni della *lex Britannia*, comporta che in pratica i contratti collettivi svedesi diventano applicabili e prevalgono sui contratti collettivi stranieri già stipulati - contro un'azione collettiva avente la forma di un blocco esercitato da organizzazioni sindacali svedesi contro un prestatore di servizi operante temporaneamente in Svezia».

⁷¹² Ciò in quanto non esistono in Svezia contratti collettivi ad applicazione generale: sul punto v. ancora AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 158, i quali sottolineano come, in tale realtà «*an extensive right to take industrial action against employer who are outside the collective bargaining system is of key importance for the functioning of the autonomous collective agreements model*».

ospitante possa svolgersi la libera contrattazione collettiva per la stipulazione di un accordo diretto a fissare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati. Né tale ostacolo può derivare dalle libertà economiche del Trattato. In proposito sono di grande utilità i principi dettati dalla Corte nella notissima sentenza relativa al caso *Albany*⁷¹³, per quanto elaborati in relazione all'art. 81, par. 1, del Trattato. Se è vero infatti che «da un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato [quelle che collocano gli obiettivi di politica sociale a pieno titolo tra gli obiettivi fondamentali della Comunità europea] risulta ... che gli accordi collettivi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra le parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi devono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85 [ora art. 81], par. 1, del Trattato»⁷¹⁴ – e dunque non possono essere accusati di «impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune» – non sembra che un'azione collettiva finalizzata alla stipula di un contratto collettivo (oltretutto, nel caso di specie, volto a dettare, secondo quella che è la sua naturale funzione, trattamenti economici e normativi) possa poi, *in quanto tale*, e cioè per il fatto stesso di essere stata posta in essere con tale finalità, risultare lesiva della libera circolazione dei servizi: affermare il contrario significherebbe negare non solo il diritto di sciopero, ma la stessa libertà sindacale e di contrattazione collettiva, che invece è stata esplicitamente riconosciuta dalla stessa Corte, in diretto collegamento con l'assetto del Trattato (successivo alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam), quale risultante dagli artt. 2, 3 lett. J, 136 e 137⁷¹⁵.

Il problema potrebbe sembrare diverso ove si consideri il contenuto intrinseco del contratto collettivo ambito dai sindacati svedesi: qualora, cioè, ci si chieda se sia legittimo secondo l'ordinamento comunitario lo sciopero finalizzato alla stipula di un contratto collettivo che assicuri ai lavoratori distaccati *trattamenti equivalenti a quelli previsti per i lavoratori nazionali del settore interessato*. Al riguardo, come si è visto dall'analisi che precede, la Direttiva n. 96/71 prevede che la normativa di tutela fissata dai contratti collettivi *possa*, per tutti i settori (nonché, come si è visto, in relazione anche agli istituti di tutela del lavoro *ulteriori* rispetto a quelli del 'nucleo duro' di cui all'art. 3, par. 1), essere estesa ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, a condizione che sussistano motivi di ordine pubblico. La soluzione al problema, dunque, parrebbe, a prima vista, direttamente collegata al significato che si intenda attribuire al limite dell'ordine pubblico, problema sul quale ci si è intrattenuti articolatamente in precedenza.

⁷¹³ C-67/96 del 21.9.1999.

⁷¹⁴ *Albany*, punto n. 60.

⁷¹⁵ Cfr. punti nn. 54 ss. della sentenza.

Contra sembra BLANKE, 2006, 262-3, il quale dubita che quanto affermato nella citata sentenza *Albany* in relazione al rapporto tra contrattazione collettiva e libera concorrenza, debba necessariamente valere nel rapporto tra sciopero per fini contrattuali e le altre libertà economiche: secondo l'autore, infatti, il principio elaborato dalla Corte, pur se riferibile alle altre libertà economiche, riguarderebbe solo la contrattazione collettiva, nonché la libertà di associazione sindacale, ma non potrebbe riguardare anche lo sciopero («*this involves indirect effects of freedom of association and not action directly aimed at restricting the entrepreneurial decision to take advantage of those market freedoms*»). L'obiezione non pare condivisibile: come si dirà in testo e come ci insegna l'evoluzione delle relazioni sindacali dei paesi europei, nei sistemi di relazioni sindacali fondati sul principio volontario il diritto di sciopero costituisce elemento essenziale per un equilibrato funzionamento del sistema di relazioni sindacali, non meno della libertà di associazione: la sua garanzia (sia pure con le limitazioni specificamente individuate da ciascuno Stato) non risulta, quindi, meno rilevante di quella della libertà di organizzazione e associazione sindacale. Altro discorso, invece, è quello relativo alla legittimità di uno sciopero che in quanto tale, ovvero in quanto forma di lotta, incide sulle libertà economiche comunitarie; ma di questo punto si tratterà più avanti in testo.

Si deve peraltro riconoscere che anche in questi termini la questione appare mal posta. Ciò di cui si discute, infatti, nel caso di specie, non è l'estensione di contratti collettivi operata dallo Stato membro in attuazione dell'art. 3, parr. 10 e 8, bensì la stipulazione di un contratto collettivo *volontariamente* sottoscritto dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale; ed il fatto che ad esso si giunga per effetto della pressione esercitata da uno sciopero è, di per sé del tutto irrilevante, in quanto lo sciopero non altera certo di per sé il principio volontaristico intrinseco nell'esercizio dell'autonomia negoziale, cui va ricondotta la stipulazione di un contratto collettivo.

Ciò detto, il problema ci sembra ridursi (si fa per dire...) al confronto diretto tra comportamento collettivo conflittuale dei lavoratori in sé considerato (cioè depurato dalle finalità che esso si propone) e libertà di prestazione dei servizi.

Su questo piano l'impostazione proposta dalla dottrina esaminata appare in buona misura rassegnata a registrare la *puissance* che libertà economiche fondamentali del Trattato sono in grado di esprimere anche nei confronti dei diritti fondamentali della persona – data la prospettiva del 'bilanciamento degli interessi' fatta propria dalla Corte di giustizia – e a riferirla direttamente anche al diritto di sciopero.

Pur tuttavia va notato che questa equiparazione non è (del tutto) accettabile.

Ed infatti, nei confronti della generalità dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha adottato, come si è detto, un'interpretazione volta a considerarli, *nel silenzio del Trattato* (salvo il generico richiamo delle Carte dei diritti), come parte integrante dell'ordinamento comunitario, riconoscendo nel contempo la loro necessaria sottoposizione ad un 'bilanciamento' con le libertà economiche fondamentali in esso garantite (per le quali è peraltro discutibile la riconoscibilità come diritti fondamentali della persona⁷¹⁶): un'opzione, questa, meritoria e di alto spessore teorico, destinata a colmare (per quanto possibile) con l'interpretazione una *lacuna* di quell'ordinamento, ma che, per altro verso, finisce di fatto per riconoscere, nei confronti di quei diritti, una concreta competenza regolativa comunitaria, anche se di fondamento giurisprudenziale. Diverso è, invece, il caso dello sciopero, rispetto al quale non è riscontrabile una totale lacuna regolativa, dato che, com'è noto, il Trattato CE, all'art. 137, par. 5, esclude il diritto di sciopero dalle materie di competenza del legislatore comunitario, rimettendo, di conseguenza, la sua disciplina nelle mani dei singoli Stati membri.

È bene chiarire subito che questa esplicita scelta del Trattato non significa certo irrilevanza dello sciopero per l'ordinamento comunitario. Ad avviso di chi scrive sembra possibile ritenere che – passando attraverso l'art. 6 del Trattato dell'Unione e l'art. 136 del Trattato CE, e quindi attraverso il richiamo degli artt. 13 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (9.12.1989) e 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (7.12.2000); ma anche degli artt. 6, co. 4, Parte II, della Carta sociale europea (revisionata) (3.5.1996) e 8, co. 1, lett. *d*, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali dell'ONU (16.12.1966), e poi ancora delle norme (specie costituzionali) degli Stati membri che garantiscono lo sciopero – la Corte,

⁷¹⁶ Sul punto v. OLIVER-ROTH, 2004, 407 ss.

proprio grazie alla sua precedente giurisprudenza sempre più attenta ai diritti fondamentali⁷¹⁷, potrebbe ormai giungere a riconoscerlo formalmente alla stregua di un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dalla stessa Comunità europea e dalle sue istituzioni. Il che, d'altronde, può essere già ricavato dall'art. 2 del Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri⁷¹⁸.

Tuttavia, pur su questo presupposto comune a tutti gli altri diritti fondamentali, la presenza dell'art. 137, par. 5, lascerebbe intendere che il legislatore comunitario, ed in generale le istituzioni comunitarie, non possano 'intromettersi', attraverso interventi armonizzatori, tanto positivi (provvedimenti legislativi), quanto negativi (pronunce della Corte di giustizia)⁷¹⁹ nella regolazione dello sciopero, dato che con la predetta disposizione il Trattato ha inteso affidare direttamente agli Stati membri la piena responsabilità regolativa dell'istituto. In altre parole, mentre per gli altri diritti fondamentali la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dato vita ad una operazione di *ermeneutica inclusiva*, finalizzata al loro assorbimento nell'*acquis comunitario*, ma poi fondata sul principio del bilanciamento, per quanto riguarda il diritto di sciopero, invece, la Corte – pur sempre ammettendo la sua inclusione nell'ordinamento comunitario in termini di diritto fondamentale – non potrebbe non tener conto, per quanto attiene alla sua concreta regolazione, della esplicita opzione di *abstention* regolativa delle istituzioni comunitarie, in cui si estrinseca la scelta degli Stati membri firmatari di fondare una *riserva* in favore delle discipline nazionali⁷²⁰.

Le conseguenze di questa specifica opzione sono di particolare rilievo per il tema che ci interessa: per effetto di essa sembrerebbe potersi affermare che, per *esplicita volontà degli Stati firmatari del Trattato*, la soluzione di un eventuale conflitto tra esercizio dello sciopero e libertà economiche fondamentali comunitarie non è affidata alle istituzioni comunitarie, ma viene confinata all'interno valutazione di legittimità dello sciopero effettuata da ciascuno Stato membro⁷²¹. Dunque, è solo ed esclusivamente alle discipline nazionali che spetta individuare i limiti che lo sciopero deve rispettare quando si confronta con le libertà economiche, ivi comprese quelle fondamentali del Trattato, la cui eventuale lesione va considerata come presupposta ed accettata dagli Stati firmatari del Trattato proprio per effetto della esplicita esclusione di competenza comunitaria sancita dall'art. 137, par. 5. Il che comporta, a sua volta, che, così come sul piano dell'intervento regolatore positivo è esclusa la competenza degli organi legislativi della Comunità, anche sul piano della tutela giudiziaria i giudici comunitari non possono conoscere una controversia che è

⁷¹⁷ Cfr. da ultimo *Parlamento europeo c/ Consiglio dell'Unione europea* C-540/03 del 27.6.2006, nella quale viene effettuato per la prima volta un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁷¹⁸ Tale disposizione, sulla quale si tornerà più avanti, stabilisce che «il presente regolamento non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero».

Cfr. ORLANDINI, 2003, 213 ss. e AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 162-3. Dubbioso sul punto, invece, PALLINI, 2006b, 249. In generale, sui diritti fondamentali e l'ordinamento comunitario, anche con riferimento all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. ancora in generale la bibliografia riportata in GHERA, 2006, 417-8, cui *adde* VENEZIANI, 2006, 13 ss., GIUBBONI, 2006 e BELLAVISTA, 2006, 20 ss.

⁷¹⁹ Sui concetti di integrazione positiva e negativa si v. per tutti BARBERA, 2000, 49 ss.; GIUBBONI, 2003, 123 ss.; HEPPLÉ, 2005, 193 ss.

⁷²⁰ Sul punto si v. ancora ORLANDINI, 2003, 231 ss.

⁷²¹ Cfr. EKLUND, 2006, 206-7.

e rimane *interna* alla normativa dello Stato membro, e quindi, in quanto tale, affidata ai giudici nazionali.

Per il vero non ci si può nascondere un'ulteriore possibile obiezione a questa lettura, sollevata dalla dottrina esaminata. Si è, infatti, affermato che se «l'UE, nei confronti del diritto di sciopero, rinuncia ad assumere competenze regolative da realizzarsi attraverso la troppo invasiva armonizzazione per mezzo di fonti di *hard law*», essa, peraltro, «non dismette il suo ruolo di supremo arbitro delle dinamiche dell'integrazione comunitaria, anche quando queste incrociano l'esercizio di quel diritto»⁷²². La pretesa di escludere la Corte dal valutare l'incidenza dello sciopero sulle libertà economiche fondamentali, insomma, «sembra difficilmente compatibile con i principi generali sui quali si fonda l'integrazione europea», in quanto «il diritto di azione collettiva si confronta con il processo di integrazione comunitaria al pari di tutti gli altri diritti riconosciuti negli ordinamenti nazionali sui quali non esiste una specifica competenza delle istituzioni comunitarie». Esso, infatti, «acquista rilevanza nel momento in cui il suo esercizio si pone in conflitto con norme e principi di diritto comunitario» e «quando ciò avviene il problema della portata e dei limiti di quel diritto diventa ineludibile, perché diventa necessario operare un bilanciamento ed un confronto con tali principi»⁷²³. Un'affermazione, questa, che ha, evidentemente, come presupposto logico una lettura dell'art. 137, par. 5, del Trattato come norma di portata ridotta, nel senso che la norma di esclusione della competenza comunitaria in materia riguarderebbe soltanto il legislatore comunitario, ma non anche la Corte di giustizia⁷²⁴.

Ci sembra tuttavia che tale lettura, per quanto astrattamente compatibile con il dato testuale, non colga il senso pregnante dell'art. 137, par. 5, il quale (al di là del profilo formale) intende sancire non tanto l'*abstention* del (solo) legislatore comunitario, quanto piuttosto la *riserva* assoluta di regolazione della materia in proprio favore voluta dagli Stati membri firmatari del Trattato⁷²⁵. In questa prospettiva, qualora la Corte di giustizia, esaminando il problema dello sciopero nella prospettiva delle limitazioni da esso frapposte alle libertà economiche fondamentali, tra cui la libertà di prestazione dei servizi in particolare, giudicasse della (in)compatibilità del comportamento degli scioperanti (per di più legittimo secondo la normativa interna dello Stato membro) con il Trattato (efficacia orizzontale), ovvero, più probabilmente, della responsabilità indiretta degli Stati membri per non aver impedito, con una adeguata regolazione nazionale, che uno sciopero ledesse una delle libertà economiche fondamentali, tra le quali quella di prestazione dei servizi, si sarebbe comunque di fronte ad *una forma di disciplina del diritto di sciopero*, certo effettuata dalla Corte in negativo, ma che mortificherebbe comunque la predetta riserva espressa nella norma del Trattato. Né si dica che ciò, in fin dei conti, avviene – come dimostrato, appunto, dal caso *Schmidberg* – ogni qualvolta la Corte confronta diritti fondamentali e libertà economiche:

⁷²² ORLANDINI, 2006, 33.

⁷²³ ORLANDINI, 2006, 32.

⁷²⁴ Cfr. ancora ORLANDINI, 2006, 33.

⁷²⁵ Cfr. in generale, in senso analogo, AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 163 e BELLAVISTA, 2006, 30-1. In questo senso la norma avrebbe non solo la funzione di precludere «qualsivoglia competenza comunitaria in materia di regolazione del diritto di sciopero», ma anche di «scudo a difesa della piena e incompressibile sovranità nazionale in materia» (le citazioni sono prese da PALLINI, 2006b, 249). Non si può trascurare, tra l'altro, quanto osservato in merito alla c.d. *negative integration*, e cioè che «*prohibition on restrictions contains only a principle of dismantling rights, not a principle of establishing rights*» (BLANKE, 2006, 257).

proprio questa osservazione proverebbe troppo, in quanto estendendosi allo sciopero le stesse conclusioni accolte per gli altri diritti fondamentali 'innominati', non sarebbe possibile attribuire più alcun significato proprio alla riserva dell'art. 137, par. 5.

La verità è che – come d'altronde ben segnalato dalla stessa dottrina in esame⁷²⁶ – il rapporto dello sciopero con le libertà economiche, ivi comprese quelle previste dal Trattato è del tutto peculiare, dato che, a differenza degli altri diritti fondamentali che possono trovarsi a confrontarsi con esse, il diritto di sciopero attiene ad un comportamento collettivo che si pone necessariamente, per la sua intrinseca natura, *in contrapposizione* con quelle libertà. Da questo punto di vista, sostenere che la riserva significa *rinuncia assoluta* della Comunità ad intervenire nella disciplina dell'istituto con interventi di armonizzazione tanto positiva che negativa, significa in realtà valorizzare una scelta politica degli Stati membri firmatari del Trattato fondata sul presupposto che lo sciopero è manifestazione tipica del conflitto tra capitale e lavoro, ed in quanto tale, toccando uno dei nodi fondamentali delle società democratiche, deve, almeno per il momento, restare intangibilmente confinato nella esclusiva disponibilità degli Stati membri. È ovvio che questo comporta delle conseguenze in termini, ad esempio, di grande differenziazione di discipline (incoltabili, appunto, con l'armonizzazione), nonché, per quanto si è detto, di una potenziale incidenza dello sciopero sulle libertà economiche comunitarie non *direttamente* controllabile dalle istituzioni comunitarie⁷²⁷. A ben vedere, peraltro, questo è, in fin dei conti, uno dei prezzi pagati alla mancata approvazione della Costituzione europea ed alla mancata inclusione formale della materia tra le competenze di una Unione più avanzata; ma questa è un'altra storia, che merita una riflessione assai più articolata di quella che sarebbe possibile effettuare in questa sede.

Con la chiave di lettura proposta possono essere esaminati e letti anche quei pochi esempi in cui negli atti comunitari (in vigore) si rinvengono formali riferimenti al diritto di sciopero: ciò vale ad esempio per il *Considerandum* n. 22 della stessa Direttiva n. 96/71 – «la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria» – nonché per il *Considerandum* n. 4 del Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998 (sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri) - «tali provvedimenti [necessari e proporzionati al fine di facilitare la libera circolazione delle merci nel loro territorio] non devono pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali, compreso il diritto o la libertà di sciopero» - e soprattutto per l'art. 2 del medesimo Regolamento - «il presente regolamento non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero» – che possono intesi, appunto, come esplicita conferma (peraltro inevitabile, ma in fin dei conti, nella logica qui seguita, superflua) della predetta opzione di *abstention*.

Diverso discorso sembrerebbe doversi fare, invece, nei confronti dell'art. 1, co. 7, del progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi, nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006 (sulla quale ci si soffermerà in generale nel par. 9).

Al riguardo occorre preliminarmente ricordare che, il giorno 15 novembre 2006, il Parlamento europeo ha adottato con pochissimi emendamenti, in seconda lettura, la posizione comune del

⁷²⁶ ORLANDINI, 2003, 231.

⁷²⁷ Ma v. in ORLANDINI, 2003, 261 ss. la storia dell'intervento della Commissione nel Caso degli auto-transportatori francesi.

Consiglio in relazione alla Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi, da quest'ultimo assunta il 24 luglio 2006 sulla base di una proposta (rivista) della Commissione del 4 aprile 2006. Tale proposta della Commissione, la quale era stata presentata dopo che, a seguito di un lungo e robusto confronto politico, l'originaria proposta di direttiva del 2004 (*Bolkestein*) era stata ritirata, teneva conto in larghissima misura delle moltissime osservazioni e suggerimenti avanzati dal Parlamento in prima lettura.

In questa sede non è il caso di dar conto di questo lungo e tortuoso *iter*⁷²⁸ – che pure ha conosciuto, com'è noto, momenti di profonda tensione, incidendo fortemente (sia pure in via meramente indiretta) sul lento e contestato processo di adozione, da parte degli Stati membri, del *Trattato che adotta una Costituzione europea*⁷²⁹ –, ma appare sicuramente utile riflettere sul dettato normativo alla fine emerso dalla discussione parlamentare, il quale costituisce un importante tassello per completare il quadro della nostra indagine. D'altro canto, con questo passaggio praticamente conclusivo, l'approvazione definitiva della direttiva appare ormai in dirittura di arrivo.

Orbene, il ricordato art. 1, n. 7, del progetto prevede che «la presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*». Laddove i *Consideranda* nn. 14 e 15 affermano, rispettivamente, che «la presente direttiva non incide sulle relazioni tra le parti sociali, compresi i diritti di negoziare e concludere accordi collettivi, di scioperare e di intraprendere azioni sindacali *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*» e che «la presente direttiva rispetta l'esercizio dei diritti fondamentali applicabili negli Stati membri quali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nelle relative spiegazioni, armonizzandoli con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato. Tali diritti fondamentali includono, fra l'altro, il diritto a intraprendere un'azione sindacale *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*».

La formulazione della disposizione della (futura) Direttiva e dei due *Consideranda* appare, dunque, assai diversa da quelle, sopra ricordate, utilizzate in altre occasioni dal legislatore comunitario, il cui generico dettato non sollevava problemi di coerenza con l'assetto complessivo dell'ordinamento comunitario in materia di sciopero. Qui, invece, l'inciso da noi corsivato, riprodotto pedissequamente tanto nella disposizione del testo, quanto nei due *Consideranda*, rende le previsioni invasive ed estremamente pericolose.

Sul punto si deve sottolineare che nel testo della proposta (rivista) di Direttiva della Commissione del 4 aprile 2006 (v. *infra*) le formule utilizzate tanto nell'art. 1, n. 7 («la presente direttiva non reca pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incluso il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere un'azione sindacale»), quanto nei *Consideranda* n. 6 *octies* e 6 *novies* – che sarebbero poi diventati nn. 14 e 15 – (i cui testi erano rispettivamente «la

⁷²⁸ Sul quale si possono utilmente leggere KOWALSKY, 2006, 231 ss, BELLAVISTA, 2006, 26 ss.; PALLINI, 2006c; DESBARATS, 2006, 4 ss. Assai utile, al fine di ripercorrere il suddetto *iter* è il seguente sito della Comunità europea: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DosId=188810

⁷²⁹ Ci si riferisce, ovviamente, al fallimento dei *referendum* di approvazione della Costituzione in Francia e Olanda, su cui si v. in generale AA.VV., 2006.

presente direttiva non incide sulle relazioni tra le parti sociali, compresi i diritti di negoziare e concludere accordi collettivi, di scioperare e di intraprendere azioni sindacali) e «tali diritti fondamentali includono, fra l'altro, il diritto a intraprendere un'azione sindacale»), erano molto diverse. L'aggiunta dell'inciso in questione è invece opera del Consiglio, dato che esso si ritrova per la prima volta nel testo approvato il 24 luglio 2006, quale posizione comune del Consiglio.

Richiamando le argomentazioni sviluppate più sopra, appare evidente che le formule adottate dalla Commissione (e che, si noti bene, derivavano dalla lunga e tortuosa prima fase di discussione della Direttiva) corrispondevano sostanzialmente a quelle 'asettiche' già adottate, come s'è visto, in altre occasioni, dal legislatore comunitario; ed il senso sarebbe rimasto inalterato anche qualora il nuovo inciso si fosse limitato a rinviare al diritto e alle prassi nazionali. Ciò che modifica radicalmente la portata del nuovo art. 1, n. 7, nonché dei due *Consideranda* è, evidentemente, la seconda parte dell'inciso stesso, dato che il riferimento al rispetto del diritto comunitario da parte del diritto e delle prassi nazionali ha l'inequivocabile effetto di aprire il fronte del controllo, da parte della Corte di giustizia, di conformità delle normative e prassi interne degli Stati membri in materia di sciopero con il Trattato e segnatamente con le libertà economiche fondamentali, così offrendo nel contempo, su un piatto d'argento, un possibile appiglio giuridico alla Corte di giustizia per la sua decisione nel caso *Laval*. In questo contesto, infatti, la collocazione del diritto di sciopero nella norma generale relativa ai diritti fondamentali⁷³⁰, coniugata con la formula adottata nell'inciso, denota chiaramente l'intento del Consiglio (cui, come detto, è imputabile la sua introduzione) di aprire la strada per un'applicazione anche al diritto di sciopero dei principi elaborati in materia di diritti fondamentali dalla Corte, da ultimo nella ricordata sentenza *Schmidberger*.

Tuttavia, ove si accolga quanto sostenuto in questo paragrafo, ci sembra che la scelta del Consiglio, ormai condivisa anche dal Parlamento, non sia stata affatto felice, a meno di non voler imputare la formula qui criticata ad un mero errore di traduzione. Al riguardo vale la pena di notare che nella versione francese ed in quella tedesca all'espressione «*in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*» fanno corrispondenza, rispettivamente le due espressioni «*conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire*» e «*gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts*», le quali, senza un particolare sforzo esegetico, sembrerebbero poter essere interpretate nel senso che è il rinvio in sé alle normative ed alle prassi nazionali che avviene, appunto, 'nel rispetto del diritto comunitario' (in piena coerenza, si potrebbe argomentare, con il vincolo di *abstention* derivante dall'art. 137, par. 5, del Trattato). E tuttavia, ove si passi a considerare il testo inglese, ricompare una formulazione corrispondente a quella italiana («*in accordance with national law and practices which respect Community law*»), nel senso che il rispetto del diritto comunitario appare senza incertezze come un vincolo cui sono direttamente sottoposte le normative e le prassi nazionali in materia di sciopero.

A parte l'ormai annosa, ma (ahimè) estremamente rilevante, questione della 'babele' linguistica che affligge la Comunità, e che rende sempre più complesso il *drafting* legislativo comunitario, appare evidente che, nelle misure in cui fosse possibile adottare l'altra interpretazione letterale,

⁷³⁰ In realtà la norma non identifica formalmente il diritto di sciopero come diritto fondamentale, usando una formula alquanto ambigua, che però va letta alla luce del *Considerandum* n. 15, che sul punto si esprime, invece senza ambiguità.

si sarebbe in presenza di formule che renderebbero tanto l'art. 1, n. 7, quanto i *Consideranda* nn. 14 e 15 coerenti e compatibili con l'assetto in vigore, quale emerso dalla trattazione che precede. Nel caso, invece, in cui si ritenesse impossibile accedere a quella interpretazione, esploderebbe in pieno la questione del contrasto della norma della (futura) Direttiva (nonché dei due *Considerando* di eguale formulazione) con l'art. 137, par. 5 del Trattato, dato che il legislatore comunitario avrebbe attuato un intervento di tipo regolativo in un materia sulla quale – lo si ripete, per l'originaria volontà degli Stati membri – non ha alcuna competenza, così travalicando i limiti apposti al suo potere legislativo.

Concludendo, un'ultima annotazione sul tema qui trattato. Quanto detto riguarda il problema da cui si è partiti, e cioè quello relativo alla possibile soluzione del caso *Laval*. Ma, a ben vedere, in linea teorica potrebbe porsi un interrogativo ulteriore⁷³¹: *quid iuris* nel caso di sciopero dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi (sia la loro azione collettiva connessa o meno con quella di altri lavoratori)? Quale disciplina dello sciopero deve ritenersi applicabile ad essi? Ebbene, la considerazioni sopra effettuate consentono di rispondere al quesito senza incertezze: poiché, come si è visto, l'art. 137, par. 5, esclude che lo sciopero venga fatto oggetto di una regolazione da parte del legislatore comunitario, l'art. 3, par. 10, della Direttiva n. 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso ammette, ovvero esclude, la possibilità per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale la disciplina interna legale, amministrativa e contrattuale in materia di sciopero. Ciò significa che la valutazione giuridica delle loro '*industrial action*' dovrà essere fondata sull'art. 6, co. 2 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, onde normalmente dovrà applicarsi la disciplina nazionale del prestatore di servizi con il quale, durante l'intero periodo di distacco, continua a sussistere il rapporto di lavoro.

9. – La nuova Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno: la salvaguardia del diritto del lavoro del paese ospitante ed il rinvio alla Direttiva n. 96/71.

In apertura di questo saggio si è segnalata l'importanza assunta nel periodo più recente – specialmente dopo l'ultimo allargamento della Comunità ai paesi dell'Est europeo – dalla libera circolazione di operatori economici, insediati in uno degli Stati membri, i quali svolgono, sulla base di contratti commerciali, prestazioni di servizi in altro Stato membro, utilizzando lavoratori dipendenti da loro stessi assunti nello Stato di insediamento, ma all'uopo distaccati nel luogo in cui viene effettuata la prestazione. Per essi la Direttiva n. 96/71 (in quanto rientranti nel suo campo di applicazione ai sensi dell'art. 1, par. 3, lett. a) prevede la specifica tutela analizzata nei paragrafi che precedono.

È adesso opportuno, in conclusione di questa indagine, svolgere un breve esame delle disposizioni in materia di tutela del lavoro contenute nel progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (sempre nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006)⁷³², di cui si è detto più sopra, al fine di verificare se, ed in che misura, la futura Direttiva potrebbe modificare, nel momento della sua entrata in vigore, il quadro regolativo in materia di distacco dei lavoratori.

⁷³¹ Ancora ORLANDINI, 2006, 25 ss.

⁷³² Ringrazio il Dott. Martin Frohn, Funzionario della Commissione, per avermi consentito, in occasione di una proficua discussione di lavoro, di mettere a fuoco alcune peculiarità del secondo progetto di Direttiva sui servizi. Ovviamente la responsabilità scientifica di quanto detto in testo è soltanto di chi scrive.

Preliminarmente occorre tener presente che, come chiaramente espresso dall'art. 1, par. 1, l'obiettivo della emananda Direttiva è di stabilire «le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi». Essa, dunque, è destinata ai 'prestatori di servizi' della Comunità, intendendo per tali, come precisato dal *Considerandum* n. 36, «qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o persona giuridica che esplica un'attività di servizio in tale Stato membro esercitando la libertà di stabilimento o la libera circolazione dei servizi». Oltre a ciò, nel *Considerandum* n. 5 si afferma che, «poiché gli ostacoli al mercato interno dei servizi riguardano tanto gli operatori che intendono stabilirsi in altri Stati membri quanto quelli che prestano un servizio in un altro Stato membro senza stabilirvisi, occorre permettere ai prestatori di sviluppare le proprie attività nel mercato interno stabilendosi in uno Stato membro o avvalendosi della libera circolazione dei servizi. I prestatori devono poter scegliere tra queste due libertà, in funzione della loro strategia di sviluppo in ciascuno Stato membro».

A questo riguardo, peraltro, va ricordato che, nel corso della trattazione che precede (par. 2, lett. a) si è sottolineato il contributo importante (quantunque foriero di incertezze) della Corte di giustizia, la quale, nella recente sentenza pronunciata nel noto caso *Schnitzer* (C-215/01, dell'11 dicembre 2003), ha fornito all'interprete alcuni criteri utili al fine di stabilire quando, nel caso concreto, la lunga durata dell'attività transnazionale di prestazione di servizi possa chiamare in questione non la libera circolazione dei servizi, bensì la libertà di stabilimento (con conseguente possibilità per lo Stato di accoglienza di assoggettare l'operatore medesimo all'integrale applicazione della normativa interna in materia di tutela del lavoro). Tale posizione è ora formalmente richiamata nel *Considerandum* n. 77 del progetto di Direttiva sui servizi⁷³³, la quale così, su questo punto, lascia all'interprete il carico non indifferente di districarsi, con la invero fragile strumentazione teorica offerta dalla Corte, tra le molte incertezze pratiche che si prospettano all'orizzonte.

Ciò detto, va subito riconosciuto che, eccezion fatta per i problemi rilevati nel paragrafo precedente in relazione al diritto di sciopero, il testo della futura Direttiva – che ha modificato in profondità l'originario progetto della Commissione del 2004 – non appare in grado, di per sé, di arrecare (nuovi) pericoli alla 'cittadella del diritto del lavoro'⁷³⁴. Questo, peraltro, non significa che il testo della Direttiva risulti perfettamente chiaro in ogni sua parte riguardante il diritto del lavoro, dato che, in verità, una sua lettura puntuale fa emergere qualche incertezza, probabilmente dovuta al faticoso lavoro di correzione della proposta originaria con le modifiche richieste dal durissimo confronto politico svoltosi su di essa negli scorsi mesi, soprattutto in sede parlamentare.

Il punto di partenza dell'indagine deve essere senza dubbio considerato l'art. 1, par. 6 – contenuto nel Capo I, sulle *Disposizioni generali* (e quindi relative tanto al diritto di stabilimento quanto alla libera circolazione dei servizi) – in base al quale «la presente direttiva non pregiudica la legisla-

⁷³³ Ma si v. anche il *Considerandum* n. 37, ricordato *supra* in testo.

⁷³⁴ CARABELLI-LECCESE, 2005, 551 ed *ivi* ruff. a n. 27.

zione del lavoro, segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario. Parimenti, la presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale»⁷³⁵.

Ebbene, il dettato di questo articolo ben può essere letto alla luce delle considerazioni svolte nella precedente parte di questo saggio: in quanto previsione di portata generale, e dunque riguardante tanto il diritto di stabilimento quanto la libera circolazione dei servizi, la dichiarazione di integrale 'estraneità' della Direttiva sui servizi rispetto al diritto del lavoro significa semplicemente che restano ferme le regole generali secondo cui, nel caso di impresa che gode del diritto di stabilimento, lo Stato membro ospitante applicherà integralmente ad essa ed ai suoi dipendenti la propria normativa in materia di tutela del lavoro, mentre nel caso di impresa che esercita la libertà di prestazione dei servizi in uno Stato membro diverso da quello di insediamento, ad essa ed ai suoi dipendenti distaccati si applicheranno le previsioni della Direttiva n. 96/71, ovvero, al di fuori del suo campo di applicazione, i principi elaborati dalla Corte di giustizia circa l'estendibilità delle tutele del lavoro interne⁷³⁶.

Conferma di questa lettura è offerta dall'art. 16, par. 3 – collocato nel Capo IV, specificamente dedicato alla *libera circolazione dei servizi* – nel quale si sancisce che «allo Stato membro in cui il prestatore si reca ... non può essere impedito di applicare, conformemente al diritto comunitario, le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi» (una norma di portata generale, riferibile ad ogni tipo di prestazione di servizi) e dall'art. 17, n. 2, in base al quale «l'articolo 16 non si applica: ... 2) alle materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE ...»⁷³⁷. Il combinato disposto di queste due norme indica infatti all'interprete che nulla viene modificato rispetto al passato, quale risultante dalla ricostruzione sopra effettuata: alle imprese di servizi che distaccano lavoratori ai sensi della Direttiva n. 96/71 restano integralmente applicabili le disposizioni di quest'ultima (ovviamente con tutti i relativi problemi interpretativi ...), laddove, al di fuori del suo campo di applicazione resta ferma la facoltà degli Stati membri di prevedere l'estensione delle normative di tutela del lavoro (ovviamente, vale la pena ribadirlo, entro i limiti del *test di proporzionalità* elaborato dalla Corte di giustizia)⁷³⁸.

⁷³⁵ A questo dettato corrispondono le affermazioni del *Considerandum* n. 7 («la presente direttiva prende altresì in considerazione altri obiettivi d'interesse generale, compresa... la necessità di rispettare il diritto del lavoro»).

⁷³⁶ Cfr. PALLINI, 2006c, parr. 3 e 9.

⁷³⁷ A questa previsione fa da sponda il *Considerandum* n. 86 («la presente direttiva non concerne le condizioni di lavoro e di occupazione che, in conformità della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, si applicano ai lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro»).

Si v. inoltre l'art. 3, par. 1, ai sensi del quale «se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche. Tra tali atti comunitari rientrano: a) la direttiva 96/71/CE ...».

⁷³⁸ Si v. a conferma il *Considerandum* n. 82, il quale afferma che «le disposizioni della presente direttiva non dovrebbero pregiudicare l'applicazione da parte di uno Stato membro di norme in materia di condizioni di occupazione. Le norme derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dovrebbero, conformemente al trattato, essere giustificate da ragioni attinenti alla tutela

In conclusione, quanto appena rilevato conferma che la futura Direttiva sui servizi non appare in grado di incidere sul precedente assetto regolativo in materia di prestazione transnazionale di servizi e di distacco di lavoratori, riconoscendo formalmente nella Direttiva n. 96/71 la fonte sulla base della quale si deve definire la concreta disciplina di tutela del lavoro applicabile ai prestatori di servizi transnazionali ed ai loro dipendenti distaccati⁷³⁹. E ciò conferma quanto affermato in apertura di questo saggio, in merito alla sempre maggiore importanza che quest'ultima Direttiva è destinata ad assumere nella prossima fase dei rapporti economici (e quindi sociali e politici) tra gli Stati membri della Comunità europea.

Di qui il rilievo centrale che sono destinati ad acquisire i problemi interpretativi e le lacune su cui ci si è intrattenuti in questo lavoro.

10. Bibliografia

AA. VV. (2006), *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, Roma.

AHLBERG KERSTIN – BRUUN NIKLAS - MALMBERG JONAS (2006), *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 155 ss.

ANDREONI AMOS (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino.

BALANDI GUIDO (1998), *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 115 ss.

BANO FABRIZIO (2001), *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, II, 10 ss.

BARBERA MARZIA (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia Editrice, Brescia.

ID. (a cura di) (2006), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffré, Milano.

BARNARD CATHERINE – DEAKIN SIMON (2000), *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, in *Industrial Relations Journal*, 331 ss.

BELLAVISTA ALESSANDRO (2006), *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*. in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* – 47/2006.

BARTOLE SERGIO (1989), *Voce Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, Utet, Torino, 288 ss.

BIN ROBERTO (1992), *Diritti e argomenti*, Giuffré, Milano.

dei lavoratori, non discriminatorie, necessarie e proporzionate, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, nonché conformi ad altre normative comunitarie pertinenti».

È da segnalare ancora che l'art. 3, par. 2, stabilisce che «la presente direttiva non riguarda le norme di diritto internazionale privato, in particolare quelle che disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali» (conf. dal *Considerandum* n. 90, il quale recita che «le relazioni contrattuali tra il prestatore e il cliente nonché tra il datore di lavoro e il dipendente non sono soggette alla presente direttiva. La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali del prestatore è determinata dalle norme di diritto internazionale privato»).

⁷³⁹ In senso conforme DESBARATS, 2006, 6-7.

- ID. (1998), *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma-Bari.
- BLANKE THOMAS (2006), *The Viking case*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 251 ss.
- CALVANO ROBERTA (2004), *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam Padova.
- CARABELLI UMBERTO – LECCESE VITO (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 539 ss.
- IDD. (2006), *I dilemmi interpretativi posti dalla clausole di favor e di non-regresso delle direttive sociali: parificazione nel progresso versus corsa al ribasso delle tutele?*, in GAROFALO DOMENICO – RICCI MAURIZIO, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 95 ss.
- CHIECO PASQUALE (2004), *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in ID. (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 47 ss.
- CREMERS (2006), *Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 167 ss.
- CRISAFULLI VEZIO (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffré, 1952.
- DAVIES PAUL (1998), *Posted workers: single market or protection of national labour law systems*, in *Common Market Law Review*, 571 ss.
- ID. (2002), *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 298 ss.
- DESBARATS ISABELLE (2006), *L'application du droit social français aux prestations de service transnational*, in <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/desbarats.pdf>.
- DØLVIK-ELDRING (2006) *Editorial*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 137 ss.
- EKLUND RONNIE (2006), *The Laval case*, in *Industrial Law Journal*, 202 ss.
- ESPOSITO MARCO (2002), *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli.
- FOGLIA RAFFAELE (2001), *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 806 ss.
- GALANTINO LUISA (2005), *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- GARCÍA NINET JOSÉ IGNACIO – VICENTE PALACIO ARANTXA (2000), *La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicio transnacional*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 27.
- GHERA EDOARDO (2006), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- GIESEN RICHARD (2003), *Posting: social protection of workers Vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 143 ss.
- GIUBBONI STEFANO (2003), *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna.

ID. (2006), *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 46/2006.

GUASTINI RICCARDO (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU ANTONIO – MESSINEO FRANCESCO, continuato da MENGONI LUIGI, I, t. 1, Giuffrè, Milano.

HEPPLE BOB (2005), *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

KOWALSKY WOLFGANG (2006), *The Services Directive: the legislative process clears the first hurdle*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 231 ss.

LHERNHOULD JEAN-PHILIPPE (2005), *La loi 2 août et le détachement transnational de travailleurs*, in *Droit social*, n. 12, 1191 ss.

LYON CAEN ANTOINE (2005), *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 503 ss.

LYON CAEN ANTOINE – PERULLI ADALBERTO (2005), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

LO FARO ANTONIO (2005), *'Turisti e vagabondi'. Riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e diritto*, 437 ss.

LO FARO ANTONIO – ANDRONICO ALBERTO (2005), *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, 513 ss.

MAGNANI MARIELLA (1998), *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 73 ss.

MANCINO ROSSANA (2000), *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *Nuove leggi civili*, 899 ss.

MARETTI SIMONA (2000a), *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 223 ss.

ID. (2000b), *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1148 ss.

MENGOZZI PAOLO (2003), *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Cedam, Padova.

MODUGNO FRANCO (1999), *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Giappichelli, Torino.

MOREAU MARIE-ANGE (1996), *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du droit international*, 889 ss.

OJEDA.AVILÉS ANTONIO (1997), *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comment on Directive 96/71/EC*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 127 ss.

- OLIVER PETER – ROTH WULF-HENNING (2004), *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 407 ss.
- ORLANDINI GIOVANNI (1999), *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 465 ss.
- ID. (2003), *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino.
- ID. (2006), *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 45/2006.
- PALLINI MASSIMO (2006a), *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 272 ss.
- ID. (2006b), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, 239 ss.
- ID. (2006c), *La proposta di direttiva Bolkestein: tanto rumore per nulla? Libertà di circolazione, liberalizzazione dei servizi, rischi (veri e presunti) di dumping sociale*, dattiloscritto.
- POCAR FAUSTO (2004), *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano.
- QUENAUDON RENÉ (DE) (1997), *L'article I. 341-5 du code du travail et son décret d'application confrontés a la directive du 16 décembre 1996*, in *Petites Affiches*, 29 octobre 1997, n. 130, 9 ss.
- ROCCELLA MASSIMO (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- ROCCELLA MASSIMO – TREU TIZIANO (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.
- RODIERE PIERRE (2002), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris.
- RUGGERI ANTONIO (2001), *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino.
- SCIARRA SILVANA (2004a), *The Convergence of European Labour and Social Rights: Opening to the Open Method of Coordination*, in BERMAN GEORGE A. – PISTOR KATHARINA (EDS), *Law and Governance in a Enlarged European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 155 ss.
- ID. (2004b), *The evolution of Labour Law (1992-2003), General Report - Final Draft*, in *Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»* - n. 46/2004.
- SORRENTINO FEDERICO (1984), *Le fonti del diritto*, in AMATO GIULIANO – BARBERA AUGUSTO, *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna
- STROZZI GIROLAMO (2005), *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino.
- TESAURO GIUSEPPE (2005), *Diritto comunitario*, Cedam, Padova
- TOSI PAOLO – LUNARDON FIORELLA (2005), *Introduzione al diritto del lavoro. 2 – L'ordinamento europeo*, Laterza, Roma-Bari.
- VENEZIANI BRUNO (2006), *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in GAROFALO DOMENICO – RICCI MAURIZIO, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 13 ss.

ZAGREBELSKY (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

ZANGHÌ CLAUDIO (2005), *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.