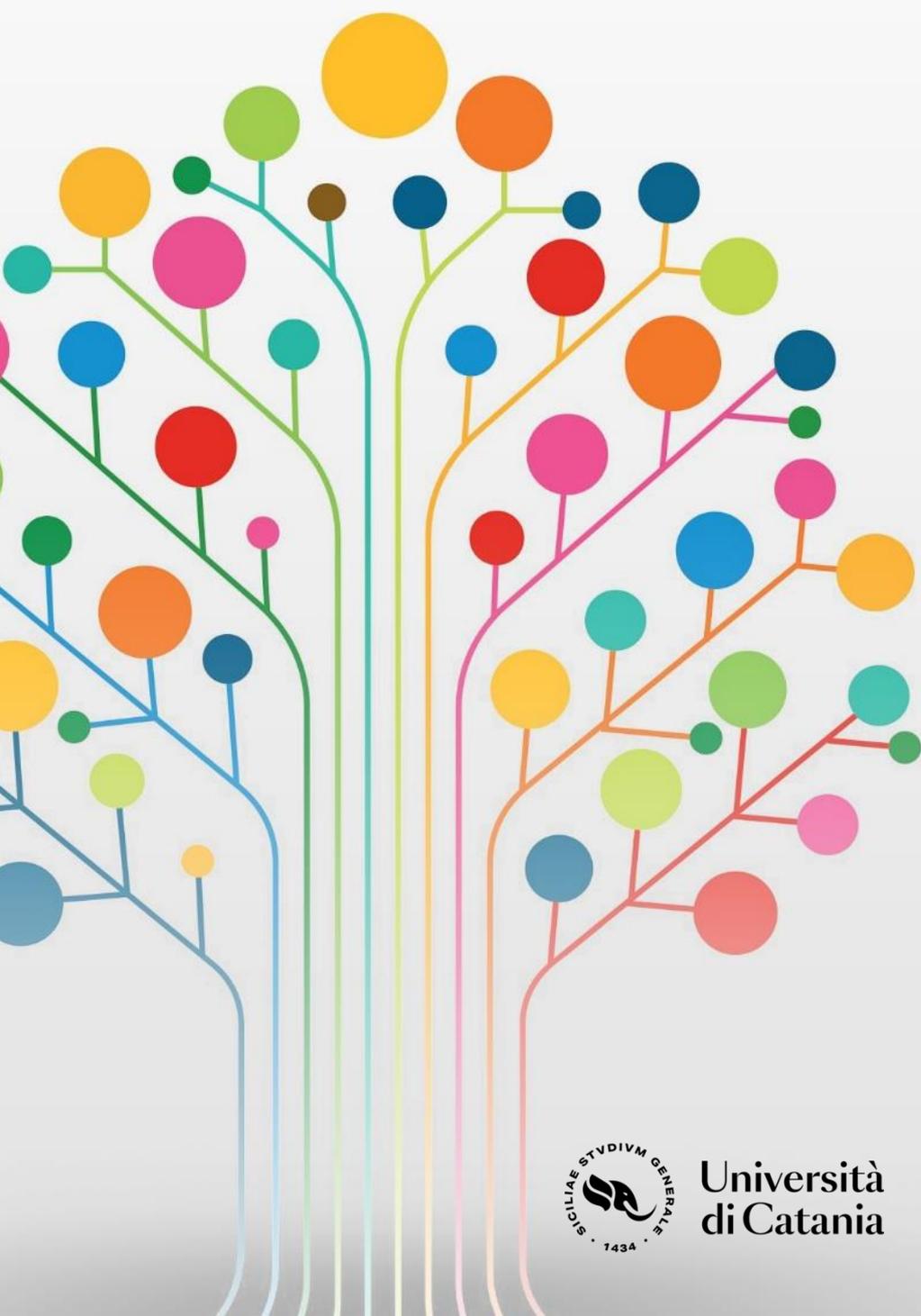


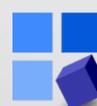
2/2009

20 20 Venti Maggio

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



Università
di Catania



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

Con contributi di

ANNA ALAIMO, Università di Catania

GAETANO NATULLO, Università del Sannio

LORENZO BORDOGNA, Università di Milano

MARIA LUISA SERRANO, Università di Bari

ANTONIO OJEDA AVILÉS, University of Seville

LUISA CORAZZA, Università del Molise

FABIO PANTANO, Università di Bologna

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

BRUNO CARUSO, Università di Catania

MARIAGRAZIA MILITELLO, Università di Catania

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

SOMMARIO

La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?	
Anna Alaimo	1
Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni	
Gaetano Natullo	18
Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta	
Lorenzo Bordogna	37
Sul carattere fondamentale dei Diritti sociali	
Maria Luisa Serrano	50
The previous step. Works which do not reach the labour contract	
Antonio Ojeda Avilés	104
La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore	
Luisa Corazza	121
Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno	
Fabio Pantano	137
Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining	
Silvana Sciarra	178
The Charter of Nice in the law in action: an investigation into the judges' statement of reasons (2000-2008)	
Bruno Caruso - Mariagrazia Militello	195
"Reconciliation" and "Administration": the work-life balance for women working in italian public administration	
Gabriella Nicosia	229

La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*

Anna Alaimo

1. La revisione della direttiva sui CAE: dal 1999 al 2009, un percorso lungo con un approdo deludente	2
2. La dir. 2009/38/CE: l'anomalia procedurale. Dalla crisi della contrattazione collettiva comunitaria al nuovo ruolo istituzionale delle parti sociali	2
3. La nuova direttiva sui CAE: le novità...	4
3.1 (segue) ... <i>e i silenzi</i>	10
4. Trasposizione delle norme comunitarie sul coinvolgimento dei lavoratori e progettualità legislativa sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese: due binari che non si incrociano	14

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 69/2009

1. La revisione della direttiva sui CAE: dal 1999 al 2009, un percorso lungo con un approdo deludente

A distanza di dieci anni dal previsto riesame della Dir. 94/45/CE, riguardante l'istituzione di un Comitato Aziendale Europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di dimensioni comunitarie¹, la nuova Dir. 2009/38/CE (rifusione) è stata approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 6 maggio del 2009.

L'approdo del processo di revisione non è stato rapido, né è avvenuto seguendo un itinerario istituzionale lineare; il procedimento – avviato, già nel 2004, con la formale consultazione delle parti sociali (ex art. 138 TCE) - ha subito una significativa battuta d'arresto negli anni 2006 e 2007, dopo i quali – grazie all'*input* della Presidenza francese dell'UE – è stato ripreso dalla Commissione nel 2008 con l'apertura di un'ulteriore fase di consultazione, conclusasi il 2 luglio 2008, con la presentazione del nuovo testo della direttiva².

Mentre le parti sociali sono intervenute nell'ultima fase del processo di revisione con un "Avviso comune", adottato nell'agosto del 2008³, l'impiego della procedura di codecisione (art. 251 TCE) ha fatto sì che alla proposta della Commissione abbiano fatto séguito una *Risoluzione ed una Relazione del Parlamento Europeo* – rispettivamente nel dicembre e del novembre 2008⁴.

Dal termine previsto dall'art. 15 della Dir. 94/45/CE per il riesame della direttiva (che era quello del 22 settembre 1999) e dalla presentazione della prima Relazione della Commissione sullo stato di applicazione della normativa del '94⁵ sono, dunque, trascorsi dieci anni; un tempo che, come si vedrà, non appare proporzionato all'entità delle modifiche apportate. Queste ultime non appaiono molte né significative, vuoi perché alcuni adattamenti dell'originaria normativa a questioni emerse dopo l'entrata in vigore della Dir. 94/45/CE erano già avvenuti in via interpretativa grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, vuoi perché alcune novità - quella riguardante, per esempio, l'ambito delle competenze dei Comitati Aziendali Europei (d'ora in poi CAE) - appaiono piuttosto deludenti, perché troppo "timide" rispetto all'obiettivo - dichiarato nel preambolo – di «garantire l'effettività dei diritti di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori». Verrebbe così da dire che "la montagna ha partorito il topolino".

2. La dir. 2009/38/CE: l'anomalia procedurale. Dalla crisi della contrattazione collettiva comunitaria al nuovo ruolo istituzionale delle parti sociali

¹ L'art. 15 della Dir. 94/45/CE prevedeva che entro il 22 settembre 1999 la Commissione riesaminasse, in consultazione con gli Stati membri e le parti sociali, le modalità di applicazione della direttiva, proponendo, se del caso, al Consiglio eventuali modifiche al testo originario.

² Tutte le tappe del processo di revisione sono riportate nel n° 1 del *Bollettino speciale Adapt* del 21 gennaio 2009, curato da ALIAS, *I quattordici anni di applicazione della direttiva CAE e la sua rifusione*. Per un altro excursus v. il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, pp. 1-4.

³ *Joint Advice by the Social Partners of the European Works Council "Recast" Directive* (29.8.2008), visionabile al sito Internet: <http://www.etuc.org>.

⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 dicembre 2008; Relazione del Parlamento europeo A6-0454/2008 del 19 novembre 2008.

⁵ *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di applicazione della direttiva* del 4.4.2000 [Com (2000) 188 def.] sulla quale v. il breve intervento di BIAGI, *La direttiva CAE dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?*, *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 507.

Il primo rilievo da compiere riguarda la procedura seguita nel processo di revisione ed, in particolare, il ruolo assunto dalle parti sociali.

Analogamente a quanto accaduto in altre recenti occasioni⁶, il circuito della contrattazione collettiva “istituzionale” (o “*statutory*”), predisposto dall’art. 138, § 4, TCE, sebbene aperto dalle consultazioni avviate dalla Commissione sin dal 2004, non ha, in questa occasione, funzionato, avendo le parti sociali operato un *self restraint* del potenziale ruolo di regolazione loro conferito dall’art. 138, § 4, TCE.

Fra le due funzioni attribuite da tale disposizione al coinvolgimento delle parti sociali nell’ambito delle proposte riguardanti la politica sociale (art. 138, §§ 2, 3 e 4, TCE) – quella *consultiva* (riguardante sia l’*an* che il *merito* delle proposte della Commissione) e quella più propriamente *normativa* – le parti sociali, si sono limitate, anche in questa occasione, a svolgere soltanto la prima funzione, rinunciando a quella avocazione di potere normativo consentita, sin dall’Accordo sulla Politica Sociale (APS) allegato al Trattato di Maastricht, per conferire una sostanziale priorità della fonte negoziale su quella istituzionale ed eteronoma. È stata, così, abbandonata una prassi felicemente invalsa alla fine degli anni novanta: quella degli accordi direttamente regolativi di materie sociali [cdd. *statutory agreements*: cfr. gli accordi allegati alle Direttive sui congedi parentali (1996) e sui lavori flessibili: (part-time, 1997 e termine, 1999)].

Come già accaduto in materia di lavoro interinale (Dir. 2008/104/CE), l’adozione della nuova direttiva sui CAE ha così comportato un ripristino della priorità dell’intervento normativo istituzionale – anche se “controllato” dalla partecipazione *consultiva* delle parti sociali al processo regolativo – su quello negoziale.

Sia pure dimensionata a funzione meramente consultiva, la presenza delle parti sociali ha, tuttavia, influenzato, sin dall’inizio della procedura di revisione, l’andamento della proposta della Commissione e ciò è vero tanto per i suoi tempi di avanzamento, quanto per i suoi contenuti. Nella prima fase del processo di consultazione – quella avviata dalla Commissione nel 2004 – l’UNICE (ora *Business Europe*) ha, per esempio, posto un decisivo freno al processo di revisione, ritenendo necessaria, in tempi di allargamento dell’UE a nuovi Stati, una verifica della situazione e della composizione dei CAE dopo l’ingresso, in questi ultimi, dei rappresentanti dei nuovi Paesi membri. Ai pareri espressi dalla CES si devono, d’altra parte, alcuni nuovi contenuti della direttiva, in particolare quelli riguardanti la possibilità di una maggiore cooperazione tra i sindacati europei e i CAE e lo stesso diritto alla formazione, che viene ora espressamente attribuito ai membri dei comitati e delle Delegazioni Speciali di Negoziazione (DSN).

Ma tutto ciò non esaurisce le novità osservabili nel processo di gestazione della nuova direttiva.

Non soltanto si è assistito, infatti, ad un arretramento della funzione negoziale-normativa delle parti sociali a vantaggio di quella consultiva: il che non avrebbe impedito di riportare l’intero procedimento normativo entro gli argini dell’art. 138 TCE.

La novità - o, se si preferisce, l’anomalia procedurale - più significativa è che, al di fuori degli schemi previsti dall’art. 138 TCE e della conseguente e invalsa prassi dei “pareri” delle parti sociali, l’adozione della Dir. 2009/38/CE è stata preceduta dal già richiamato “Avviso comune” (firmato

⁶ Cfr., per es., la Dir. 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

da UNICE, CES, UEAPME, CEEP) nel quale – attraverso un articolato simile a quello di un testo normativo – sono state presentate tutte le modifiche proposte al testo della direttiva. Non si è trattato, tuttavia, di un accordo pre-legislativo, ex art. 138, § 4, TCE, ma di un “Avviso comune”, per l'appunto: un testo contrattuale di diversa natura la cui adozione ha allontanato l'attività negoziale delle parti sociali europee da quella formale e precostituita (dall'APS del 1992) «dimensione “servente” (...) nei confronti della funzionalità del sistema di produzione normativa comunitaria»⁷, facendole recuperare, piuttosto, caratteri di informalità e di volontarismo che significativamente la riportano a dinamiche più autonome che etero-regolate.

Se questa tendenza delle parti sociali a non assumere ruoli direttamente normativi e a prediligere funzioni consultive – svolte anche attraverso manifestazioni negoziali dell'autonomia collettiva diverse da quelle formalizzate dal TCE - troverà conferma nelle successive iniziative legislative, sarà probabilmente possibile parlare di un declino della contrattazione collettiva “istituzionale”, la cui previsione nell'art. 138 TCE in termini di “risorsa regolativa”, nel ridurre l'esercizio dell'autonomia collettiva delle parti sociali comunitarie a mera tecnica pre-legislativa, ha finito per obliterare altre e diverse possibili manifestazioni dell'autonomia collettiva a livello comunitario⁸, delle quali l'“Avviso comune” presentato in occasione della revisione della direttiva sui CAE costituisce, anch'esso, significativo esempio.

3. La nuova direttiva sui CAE: le novità...

Ma veniamo, subito, alle novità della nuova direttiva.

Occorre considerarne, innanzitutto, gli obiettivi dichiarati nel preambolo⁹, rispetto ai quali la lettura del testo si rivela, tuttavia, piuttosto deludente, non contenendo disposizioni perfettamente in grado di garantire l'effettivo raggiungimento dei medesimi.

Scopo della nuova direttiva è, *in primis*, quello di «garantire l'effettività dei diritti di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori»; ulteriori dichiarati obiettivi sono quelli, «di innalzare la percentuale di istituzione dei comitati aziendali europei»¹⁰; «di risolvere i problemi constatati nell'applicazione pratica della direttiva 94/45/CE e di superare l'incertezza del diritto derivante da alcune disposizioni o dall'assenza di alcune disposizioni nella direttiva medesima»; «di garantire una migliore articolazione tra gli strumenti legislativi comunitari in tema di informazione e di consultazione dei lavoratori».

Al primo e all'ultimo obiettivo vanno, così, correlate le nuove definizioni di informazione e di consultazione (rese conformi a quelle contenute in altre direttive sul coinvolgimento dei lavoratori: Dir. 2001/86/CE e Dir. 2002/14/CE) nonché la determinazione dell'ambito di competenza dei CAE alle sole “questioni transnazionali”; al terzo la previsione dell'obbligo di rendere le informazioni indispensabili all'avvio dei negoziati (relativi alla istituzione dei CAE) in capo *a tutte le imprese* del

⁷ LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, 1999, p. 257.

⁸ Sullo sviluppo di forme autonome di contrattazione collettiva (*cdd. non-statutory agreements*), in ambito comunitario, soprattutto a partire dal 2000, v. per tutti, SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, *Journ. pubbl. pol.*, p. 161.

⁹ Cfr. il 7° considerando.

¹⁰ Come emerge dal Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., il 64% delle imprese e dei gruppi di dimensioni comunitarie rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva sono, infatti, privi di CAE.

gruppo di dimensioni comunitarie, e non solo (come nel precedente testo) in capo alla direzione centrale.

Ma procediamo con ordine, seguendo il testo della direttiva.

a) La prima novità riguarda la determinazione della competenza dei CAE, che viene espressamente limitata alle sole «questioni transnazionali». Queste ultime sono definite come le questioni «riguardanti l'impresa di dimensioni comunitarie o il gruppo di imprese nel loro complesso o almeno due imprese o stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due Stati membri diversi». Trattasi di definizione ristretta (la cui introduzione è dipesa dalla posizione assunta, in merito, da *Business Europe*), che non consente di ascrivere alla competenza dei comitati questioni nazionali delle quali è tuttavia possibile ipotizzare anche un riverbero a livello transnazionale; un'eventualità, quest'ultima, contemplata nel preambolo, in cui si scorge, invece, una maggiore apertura definitoria. In base al sedicesimo considerando sono, infatti, considerate questioni transnazionali, non soltanto quelle che riguardano l'impresa o il gruppo nel suo complesso o almeno due Stati membri (come recita l'art. 1, § 4, del testo), ma anche quelle *comunque «importanti per i lavoratori europei in termini di portata dei loro effetti potenziali o che comportano il trasferimento di attività tra Stati membri»*.

Se è ovvio che l'unica definizione vincolante (i.e.: munita di effetti normativi) è quella del testo, non è, tuttavia, escluso che, in via interpretativa, la Corte di giustizia possa fare leva sull'apertura del preambolo allargando l'ambito della competenza dei CAE¹¹. Resta allora da chiedersi se la discordanza tra l'articolato ed il preambolo sia in qualche modo consapevole – lasciata lì, proprio per consentire alla CGCE di compiere, in via interpretativa, aggiustamenti della normativa che la resistenza del sindacato europeo degli imprenditori non ha consentito alla normativa istituzionale – o se sia, viceversa, involontaria, dovuta ad un semplice difetto di coordinamento fra il preambolo ed il testo.

La più ristretta definizione contenuta nel testo si rivela, in ogni caso, coerente con l'impostazione generale seguita dalla direttiva relativamente ai rapporti fra CAE – organismi di rappresentanza di lavoratori di livello transnazionale – ed organismi di rappresentanza dei lavoratori di livello nazionale e al previsto coordinamento fra diritti di informazione e di consultazione dei primi e dei secondi (art. 6, § 2, lett. c). Nel prevedere che l'accordo istitutivo dei CAE determini le modalità di coordinamento fra l'informazione e la consultazione del comitato e degli organi di rappresentanza nazionali dei lavoratori «nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, paragrafo 3» (i.e.: nel rispetto della regola della limitazione della competenza dei CAE alle sole questioni transnazionali), la direttiva finisce, infatti, per operare una rigida separazione di quelle che, rispettivamente, sono le competenze delle strutture di rappresentanza dei lavoratori di livello nazionale e transnazionale (CAE).

Se l'obiettivo, facilmente svelato, è quello di provvedere ad una gelosa custodia delle prerogative degli organismi di rappresentanza nazionale a scapito dei CAE, viene, tuttavia, da chiedersi se tali previsioni non finiscano pure per realizzare una riduzione dei diritti di coinvolgimento delle strutture di rappresentanza nazionali, i cui diritti finirebbero per ridimensionarsi nel caso in cui si rite-

¹¹ Conf. ALIAS, *Il varo imminente della nuova Direttiva CAE*, Adapt, Working Paper n. 70/2008, p. 6.

nesse che queste ultime siano escluse – proprio per effetto di tale rigida separazione di competenze - dall'ambito delle informazioni e delle consultazioni riguardanti le “questioni transnazionali”.

La delimitazione tanto dell'uno quanto (in via consequenziale) dell'altro ambito di competenze non appare, insomma, opportuna, specie se si considera che un modo per rendere più fluide le prassi dell'informazione e della consultazione, tanto a livello nazionale, quanto sopranazionale – rendendo, in definitiva, più effettivi i relativi diritti – è proprio quello di mettere in comunicazione – e non, invece, di separare – gli ambiti delle competenze delle rappresentanze nazionali e di quelle transnazionali, prevedendo, eventualmente, ambiti di contitolarità dei diritti, piuttosto che di titolarità esclusiva.

b) La seconda novità riguarda le definizioni di informazione e di consultazione.

Si rammenti che nella versione originaria della direttiva sui CAE l'informazione non veniva neppure definita, mentre della consultazione veniva data una definizione assai laconica, tale da non chiarirne la possibile incidenza sui processi decisionali dell'impresa. La Dir. 94/45/CE si limitava a definirla, infatti, come «lo scambio di opinioni o l'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato»¹².

All'epoca della adozione della Dir. 94/45/CE l'Unione non era ancora provvista, del resto, di altre normative sull'*employee involvement*. È infatti noto che la direttiva sui CAE funge da antesignana di una serie di direttive adottate, fra il 2001 ed il 2003, in materia di *employee involvement*: le due direttive “gemelle” (Dir. 2001/86/CE e 2003/72/CE) sul coinvolgimento dei lavoratori nella *Societas Europaea* e nella Società cooperativa europea e la Dir. 2002/14/CE, istitutiva di un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea.

Poiché in tali direttive – e soprattutto nelle due “gemelle” del 2001 e del 2003 – sono presenti diverse e più esaustive definizioni di informazione e di consultazione, una modifica molto richiesta, soprattutto da parte sindacale (CES), era stata, sin dall'inizio del processo di revisione, quella relativa all'adeguamento delle definizioni presenti nel testo del '94 alle nuove – e più esaurienti – definizioni fornite dalle più recenti direttive sull'*employee involvement*.

Nella Dir. 2001/86/CE (come nella Dir. 2003/72/CE) si legge, infatti, che la consultazione deve svolgersi «con tempi, modalità e contenuti *che consentano* ai rappresentanti dei lavoratori, sulla base delle informazioni da essi ricevute, *di esprimere* – circa le misure previste dall'organo competente – *un parere di cui si può tener conto nel processo decisionale*»; si costruisce, pertanto, una nozione di consultazione che ne fa una prassi di *potenziale* (del parere si può, non si deve tenere conto), ma *effettivo*, coinvolgimento dei lavoratori nei processi decisionali dell'impresa.

Nella definizione dell'informazione si stabilisce, d'altra parte, che essa deve avvenire «con tempi,

¹² Più ampie ed esaurienti definizioni di consultazione sono state, tuttavia, introdotte dagli accordi istitutivi, che in una serie di casi – riferiti da CARLEY, HALL, *European Works Councils and Transnational Restructuring*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2006, p. 13 – hanno previsto il diritto dei CAE di esprimere un formale parere sulla proposta dell'impresa; di formulare raccomandazioni o, addirittura, di negoziare accordi a conclusione del processo di consultazione.

modalità e contenuti che consentano ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad una valutazione approfondita dell'eventuale impatto e, se del caso, di *preparare consultazioni* con gli organi competenti. L'informazione viene, così, concepita come possibile prodromo della consultazione, costruendosi una sequenza di momenti partecipativi nella quale al primo segmento – quello dell'informazione – può seguire l'ulteriore tratto della consultazione, potenzialmente più in grado di incidere sui processi decisionali dell'impresa.

Sono queste due definizioni ad essere riprese, ora, dalla Dir. 2009/38/CE¹³, che, nel disciplinare l'esercizio dei diritti di informazione e di consultazione nelle imprese e nei gruppi di dimensioni comunitarie, può avvalersi, diversamente dalla direttiva del 1994, del completamento, in ambito comunitario, di un itinerario normativo - quello in tema di *employee involvement* - durato trent'anni, per molti aspetti tortuoso, ma alla fine approdato a testi normativi nei quali sono presenti esaurienti definizioni di informazione e di consultazione.

È questa, probabilmente, la novità più apprezzabile della Dir. 2009/38/CE, con la quale il decreto legislativo italiano, di trasposizione della direttiva del 1994 (d. lgs. n. 74 del 2002), dovrà certamente fare i conti, dal momento che esso ha recepito la più stringata definizione di consultazione presente nel testo comunitario del 1994; mentre, per quanto riguarda l'informazione, il d. lgs. n. 74 del 2002 ha introdotto una definizione molto minimale, limitandosi a qualificarla in termini di «fornitura di dati, elementi e notizie».

L'adeguamento alla nuova normativa comunitaria imporrà, sicuramente, un ampliamento di entrambe le nozioni¹⁴, che non dovrà rispondere ad una esigenza di semplice adeguamento lessicale, ma, piuttosto, alla necessità di rendere *effettivi* i diritti di informazione e di consultazione, precisando, sotto il profilo sostanziale, il modo in cui, attraverso l'esercizio di tali diritti, le rappresentanze dei lavoratori delle imprese e dei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie potranno influenzare le decisioni riguardanti le «questioni transnazionali».

c) Nel dichiarato obiettivo di innalzare la percentuale di istituzione dei comitati aziendali europei¹⁵ e di risolvere uno dei più delicati problemi constatati nell'applicazione pratica della direttiva 94/45/CE - quello delle informazioni preliminari alla costituzione dei CAE - la Dir. 2009/38/CE recepisce le soluzioni prospettate dalla CGCE nei casi *Bofrost*¹⁶, *Kühne & Nagel AG* ed *Anker*¹⁷, in merito alle responsabilità imprenditoriali di trasmettere le informazioni necessarie per l'avvio dei negoziati.

¹³ E che venivano, sostanzialmente, riproposte anche dalla Dir. 2002/14/CE, sia pure non nel contesto del suo art. 2, contenente le definizioni, ma nel corpo dell'art. 4, relativo alle modalità dell'informazione e della consultazione.

¹⁴ E, dunque, una modifica dell'art. 2, comma 1, lett. g) del d. lgs. n. 74 del 2002.

¹⁵ Cfr. le percentuali riferite, *retro*, alla nota 10.

¹⁶ Corte di Giustizia, 29 marzo 2001, causa C-62/99, *Betriebsrat der Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG c. Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG*, in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 125, con nota di GUARRIELLO, *La prima volta della direttiva sui CAE (n. 94/45 CE) davanti alla Corte di Giustizia: Bofrost o della latitudine dei diritti di informazione riconosciuti alle rappresentanze dei lavoratori ai fini della costituzione del Comitato Aziendale Europeo*.

¹⁷ Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-440/00, *Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG c. Kühne & Nagel AG & Co. KG*, in *Notiziario giur. lav.*, 2004, p. 267; *Dir. lav.*, 2004, II, p. 251, con nota di GUARRIELLO e in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 827, con nota di VERRECCHIA, *Il ruolo della direzione centrale presunta e delle altre imprese del gruppo nella procedura di costituzione di un comitato aziendale europeo*; Corte di Giustizia, 15 luglio 2004, causa C-349/01, *Betriebsrat der Firma ADS Anker GmbH c. ADS Anker GmbH*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 405; su quest'ultima sentenza v. anche PUTRIGNANO, *La partecipazione ed il coinvolgimento dei lavoratori nei gruppi: gli orientamenti comunitari*, *Dir. merc. lav.*, 2004, p. 847; DIVERIO, *Comitato aziendale europeo e obblighi di informazione del lavoratore*, *Guida al lavoro*, n. 37, p. 8.

In occasione di tali controversie, la Corte di Giustizia aveva infatti chiarito la portata degli obblighi di informazioni preliminari e strumentali alla iniziativa di costituire CAE - informazioni riguardanti la struttura dell'impresa (o del gruppo) ed il numero dei suoi dipendenti.

Fornendo una interpretazione additiva del testo normativo (ispirata, come la stessa CGCE aveva precisato, dalla ricerca del cd. «effetto utile» della direttiva), i giudici di Lussemburgo avevano, così, chiarito che spetta ad *ogni* impresa del gruppo, e *non soltanto alla direzione centrale*, l'obbligo di fornire agli organi interni di rappresentanza dei lavoratori tutte le informazioni necessarie all'avvio della negoziazione, precisando, inoltre, che gli obblighi di informazione comprendono non soltanto i flussi di informazioni verticali – e, cioè, quelli che vanno dalle imprese ai rappresentanti dei dipendenti – ma anche quelli orizzontali, che scorrono lungo l'asse direzione centrale/direzione centrale presunta/imprese del gruppo.

Conformemente a tali indicazioni giurisprudenziali, la nuova direttiva stabilisce che la direzione di *ogni* impresa appartenente al gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, nonché la direzione centrale o la presunta direzione centrale dell'impresa o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, hanno la responsabilità di ottenere e trasmettere alle parti interessate le informazioni indispensabili all'avvio dei negoziati, in particolare quelle concernenti la struttura dell'impresa o del gruppo e la sua forza lavoro e che quest'obbligo riguarda, soprattutto, le informazioni relative al numero (150 e 1000 lavoratori) richiesto ai singoli stabilimenti e imprese o all'impresa e al gruppo nel complesso per la configurazione come gruppo o impresa di dimensioni comunitarie.

Per questo aspetto, il nuovo testo si limita a fare proprio l'orientamento interpretativo della CGCE, grazie al quale si era, tuttavia, già operata una correzione – per l'appunto in via ermeneutica – dell'originaria direttiva, scongiurando il rischio che un certo tasso di ineffettività della normativa potesse essere legato ad atteggiamenti poco collaborativi della direzione centrale e delle imprese del gruppo nella fase di avvio dei negoziati.

c) Altre novità riguardano la composizione e i diritti delle DSN e degli stessi CAE, nonché i loro rapporti con i sindacati europei.

Il tema dei rapporti fra CAE ed organizzazioni dei lavoratori operanti a livello comunitario era stato molto enfatizzato dalla CES nella fase delle consultazioni relative alla revisione della direttiva del '94, nella prospettiva, auspicata dalla confederazione, di una maggiore cooperazione fra sindacati e CAE e di un più intenso coordinamento delle rispettive attività¹⁸.

In linea con questa posizione, la Dir. 2009/38/CE prevede, innanzitutto, che le organizzazioni europee dei lavoratori e dei datori di lavoro siano informate della composizione della DSN e dell'avvio dei negoziati; secondariamente, che la DSN possa richiedere di essere assistita, nel corso di tali negoziati, «da esperti di propria scelta, che possono comprendere rappresentanti delle competenti organizzazioni dei lavoratori riconosciute a livello comunitario» e che questi ultimi «possono partecipare alle riunioni negoziali con funzioni di consulenza su richiesta della suddetta delegazione» (art. 5, § 4).

¹⁸ Cfr. *ETUC strategy in view of the revision of the European Works Councils Directive*, visionabile al sito Internet: <http://www.etuc.org>.

Si è istituzionalizzata, con ciò, una modalità di negoziazione già abbastanza invalsa nella precedente prassi della costituzione dei CAE, nella quale i sindacati erano assai spesso coinvolti – a volte anche attraverso la formale sottoscrizione dell'accordo istitutivo - nella realizzazione dei comitati¹⁹. La circostanza che la nuova normativa preveda espressamente la possibilità di un coinvolgimento sindacale nelle attività relative alla negoziazione dei CAE, facendo, tuttavia, esplicito riferimento al mero esercizio di «funzioni di consulenza» da parte dei rappresentanti sindacali, se da una parte determina l'acquisizione di un vero e proprio diritto (in capo alle organizzazioni sindacali europee dei lavoratori) di partecipare alle attività relative al negoziato istitutivo – di partecipare alle riunioni, non alla vera e propria negoziazione, stabilisce il nuovo testo dell'art. 5 -, non sembra, d'altra parte, conferire un diritto di partecipazione sindacale alla vera e propria negoziazione né, al termine di quest'ultima, alla firma dell'accordo istitutivo.

Anche per questo aspetto la direttiva si presenta, dunque, deludente: nulla aggiunge (e forse qualcosa toglie) alle precedenti prassi istitutive, non producendo né un consolidamento né, tanto meno, un avanzamento delle prassi già in atto, nelle quali i sindacati erano spesso coinvolti - a volte anche attraverso la formale sottoscrizione dell'accordo istitutivo - nella realizzazione dei CAE. Essa sembra lasciare alle autonome dinamiche di forza e alle spontanee capacità di influenza dei sindacati la possibilità di una loro più concreta e formale partecipazione alla negoziazione degli accordi istitutivi.

Un'ulteriore novità – legata all'avvenuto allargamento dell'Unione ai nuovi Stati e alle prospettive di nuovi ingressi – riguarda la composizione della DSN: analogamente a quanto previsto nella direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea (SE), scompare, infatti, la previsione relativa al numero minimo e massimo di membri (rispettivamente, 3 e 17) e si prevede che nella DSN venga assegnato ad ogni Stato membro «un seggio per ogni quota pari al 10% o sua frazione, del numero dei lavoratori impiegati nell'insieme degli stati membri».

Due nuovi diritti vengono, infine, riconosciuti alla DSN: un diritto di riunione preventiva e successiva ad ogni incontro con la controparte, il cui conferimento appare quanto mai opportuno se si considera che i componenti della DSN, di diversa provenienza nazionale, non hanno, quasi mai, occasioni di conoscenza e di incontro precedenti alle riunioni negoziali (art. 5, § 4); ed un diritto alla formazione (senza perdita di retribuzione), che viene conferito pure ai componenti dei CAE e che è evidentemente funzionale ad un ottimale svolgimento dei compiti sia della DSN che dei comitati (art. 10, § 4).

Per quanto riguarda la composizione dei CAE, la nuova direttiva suggerisce che la formazione dei comitati risponda a criteri eterogenei; che essa avvenga, cioè, attraverso la stipulazione di accordi che consentano di tener conto, «per quanto più possibile, di una rappresentanza equilibrata dei lavoratori in base alle attività, alle categorie dei lavoratori e al sesso».

Nelle «prescrizioni accessorie» dell'allegato scompaiono le previsioni relative al numero dei componenti dei CAE (minimo 3, max 30) e, come per la DSN, è stabilita una proporzione fra il numero dei membri del CAE e il numero di lavoratori impiegati in ciascuno Stato membro.

¹⁹ Cfr. il Rapporto *European Works Councils in Practice, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Dublin, 2004, p. 9, ove interessanti riferimenti al coinvolgimento dei sindacati nazionali e delle federazioni di settore internazionali nei processi di costituzione dei CAE ed, in particolare, nella fase della iniziativa e in quella dell'accordo istitutivo.

Nel testo della direttiva, un esplicito riferimento viene, infine, compiuto alla possibile istituzione di un “comitato ristretto”, interno al CAE, che la precedente direttiva menzionava soltanto nelle “prescrizioni accessorie” dell’allegato (art. 1, § 1, lett. c). In base al nuovo testo dell’art. 6, la previsione del comitato ristretto è, ora, uno dei possibili contenuti dell’accordo istitutivo. La nuova disposizione non è, tuttavia, molto significativa, da una parte perché si limita a prevedere un possibile (e non necessario) contenuto dell’accordo, dall’altra perché la previsione della medesima articolazione interna al CAE da parte dell’accordo istitutivo non poteva essere esclusa nel vigore del precedente testo dell’art. 6.

d) Un’ultima novità riguarda, infine, l’adeguamento degli accordi istitutivi in caso di modifiche riguardanti la struttura dell’impresa o del gruppo di dimensioni comunitarie che siano già dotati di CAE.

Sin dalla Relazione della Commissione sullo stato di applicazione della Dir. 94/45/CE era stato profilato il problema delle sorti dei CAE già istituiti, per esempio, in caso di fusioni²⁰: è infatti possibile che dopo una fusione due o più CAE esistano nella nuova impresa o nel nuovo gruppo. La vecchia direttiva non prevedeva, al riguardo, soluzioni specifiche; non richiedeva, per esempio, che gli accordi esistenti contenessero “clausole di adattamento” a tali cambiamenti strutturali, né prevedeva che si procedesse ad una rinegoziazione dell’accordo istitutivo.

Quest’ultima soluzione è quella ora prescelta dalla Dir. 2009/38/CE, che prevede, sostanzialmente, un rinnovo del sistema di informazione e di consultazione – proprio attraverso la rinegoziazione dell’accordo istitutivo – nel caso in cui si verificano modifiche strutturali del tipo indicato. È al tempo stesso previsto che nel corso dei nuovi negoziati il CAE o i CAE già esistenti continuino, tuttavia, ad operare e che ciò avvenga secondo le modalità concordate tra i componenti dei CAE e la direzione centrale.

3.1 (segue) ...e i silenzi

Se queste sono le novità della direttiva, assai significativi sono i “silenzi” che essa mostra su alcune questioni, prima fra tutte quella delle funzioni negoziali dei CAE²¹.

Come nel precedente testo del 1994, la Dir. 2009/38/CE non prende posizione sul ruolo negoziale di fatto assunto dai comitati i quali, nella prassi, hanno prodotto testi para-contrattuali variamente denominati e di incerta natura: “*framework agreement*”, “*overall agreement*”, “*joint de-*

²⁰ Cfr. il § .2.2.2. della già cit. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di applicazione della direttiva del 4.4.2000* [Com (2000) 188 def.].

²¹ Cfr. CARLEY, *Bargaining at European Level? Joint Texts Negotiated by European Works Councils*, *European Foundation for the Improvement of Living Conditions*, 2001 e, per un’analisi più recente, CARLEY, HALL, *European Works Councils*, cit. Nella dottrina italiana v. PERULLI, *Contrattazione transazionale nell’impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, *Dir. rel. ind.*, 2000, sp. p. 192; GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, *Lav. dir.*, 2005, p. 631; si consenta, infine, di rinviare ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa: informazione, consultazione, partecipazione*, in *Trattato di Diritto privato dell’Unione Europea*, diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., vol. V, *Il lavoro subordinato* (a cura di SCIARRA, CARUSO), Giappichelli, 2009, pp. 663-669.

claration”, “common viewpoint”, “joint understanding”, “joint position”, “plan”, “charter”, “charter of fundamental social rights”²².

Si tratta di accordi che negli studi e nelle riflessioni teoriche che negli ultimi anni hanno riguardato il tema della negoziazione transnazionale²³ e negli stessi documenti istituzionali della Commissione si è cercato di ricondurre a categorie onnicomprensive e a denominazioni unificanti: “joint texts”²⁴ o – nella terminologia recentemente usata dalla Commissione – *transnational texts*²⁵.

Tali espedienti lessicali non nascondono una sostanziale natura negoziale dell’attività posta in essere dai CAE, che tuttavia non riguarda istituti di tipica competenza della contrattazione collettiva nazionale, quali il salario e l’orario di lavoro, ma una serie di altri temi e materie piuttosto ricorrenti (ristrutturazioni²⁶, responsabilità sociale delle imprese²⁷, salute e sicurezza dei lavoratori, pari opportunità, diritti sindacali e formazione)²⁸.

Per questa ragione la Commissione ha proposto di considerare (e denominare) tali accordi come “*transnational texts*”, piuttosto che come veri e propri contratti collettivi (*collective agreements*), riconducendoli ad una più generica attività di “negoziazione” (*negotiation*), piuttosto che di vera e propria “contrattazione” (*collective bargaining*)²⁹.

Sta di fatto che l’assunzione di un simile ruolo negoziale da parte dei CAE, sia pure limitato alle materie indicate, è stata riconosciuta dalle direzioni d’impresa e, spesso, guidata dalle stesse federazioni sindacali europee³⁰. Non sono stati, infatti, rari i casi in cui il problema della (incerta) legittimazione negoziale dei CAE è stato superato attraverso la firma congiunta di accordi con le

²² Cfr. CARLEY, *Bargaining at European Level*, cit., p. 19, ove un’analisi completa, ma aggiornata solo al 2001, di tutti i *joint texts* riconducibili all’attività para-negoziale dei CAE; per un resoconto più recente v. il § 4 del documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008.

²³ Cfr., nella dottrina, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 541; LAULOM, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale*, *Droit social*, 2007, p. 623; LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 551; PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 577.

²⁴ *Joint texts* è, in verità, categoria ancor più generale ed onnicomprensiva, utilizzata per qualificare i prodotti di tutte le attività negoziali non riconducibili al “circuito istituzionale” della contrattazione collettiva comunitaria di cui all’art. 138, § 4, TCE e nella quale rientrano (oltre ad altri tipi di “accordi volontari”) anche i prodotti dell’attività para-negoziale dei CAE (LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale cit.*, p. 7, testo e nota 18).

²⁵ SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, *Commission Staff Working Document The Role of Transnational Company Agreements in the Context of Increasing International Integration*, p.5.

²⁶ È questo uno dei più importanti ambiti di intervento dell’attività – a volte anche negoziale – dei CAE: cfr. MOREAU, *Restructurations et comité d’entreprise européen*, *Droit social*, 2006, p. 308; CARLEY, HALL, *European Works Councils*, cit.; DA COSTA, REHFELD, *European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry*, *Transfer*, 2007, 2, p. 313. Sul contenzioso relativo a ristrutturazioni e diritti di informazione e di consultazione dei CAE v. il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, cit., pp. 9-15.

²⁷ BÉTHOUX, *Le comité d’entreprise européen: un acteur de la responsabilité sociale de l’entreprise*, *Revue de l’IRES*, 2008, n° 2, p. 87.

²⁸ Cfr. ancora SEC(2008) 2155 del 2 luglio 2008, pp. 5-6 e lo studio di BÉTHOUX, *Transnational Agreements and Texts negotiated or adopted at Company Level: European Developments and Perspectives*, Background document for the facilitation of a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level, July 2008. Sugli ambiti materiali nei quali le attività negoziali dei CAE si sono, di fatto, sviluppate si consenta di rinviare pure ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa*, cit., pp. 666-667.

²⁹ Sempre SEC(2008) 2155 del 2 luglio 2008, p. 5.

³⁰ GUARIELLO, *Le funzioni negoziali*, cit., p. 641.

federazioni sindacali di settore europee, nazionali o internazionali³¹.

La mancanza di una risposta istituzionale al problema della legittimazione negoziale dei CAE nel testo della direttiva rivela una “presa d’atto”, da parte delle istituzioni comunitarie, delle posizioni sindacali – soprattutto delle confederazioni e delle federazioni di settore dei lavoratori di livello europeo –, dal momento che i sindacati dei lavoratori hanno mostrato una certa riluttanza a riconoscere ai comitati un’autonoma legittimazione negoziale, rivendicando un protagonismo nelle attività negoziali che, come si è visto, ha condotto ad una significativa partecipazione ai negoziati nei quali i CAE sono stati impegnati.

D’altra parte, essa è coerente all’apertura, da parte della Commissione, di una diversa ed autonoma prospettiva di studio - e di eventuale intervento - in materia di cd. «negoziato transnazionale».

Quest’ultima è una categoria generale, che non comprende le sole attività negoziali di cui i CAE sono i principali protagonisti, ma anche altre forme di negoziazione - i cosiddetti “*International Framework Agreements* (IFAs), nei quali sono primariamente impegnate le federazioni internazionali e/o europee di settore e che coinvolgono, a volte, gli stessi CAE e i sindacati nazionali³² - e, secondo alcuni studi³³, anche le attività negoziali dei comitati di settore per il dialogo sociale.

Non va dimenticato che, sin dal 2005, la Commissione ha intrapreso, come preannunciato nell’Agenda Sociale 2005-2110³⁴, iniziative di ricerca e di studio in questa materia, affidando ad un gruppo di esperti il compito di svolgere un’indagine conoscitiva sugli sviluppi in corso della “negoziato collettiva transnazionale” e di formulare una proposta sui possibili strumenti e basi giuridiche di un’azione regolativa della Comunità in quest’ambito.

Il successivo Rapporto del gruppo di esperti³⁵ – contenente tanto un’analisi ricognitiva delle esperienze compiute, quanto una parte propositiva sulle possibili basi giuridiche di un’azione comunitaria nella materia - non ha avuto, ad oggi, alcun seguito a causa di una serie di problemi le cui soluzioni non appaiono, allo stato, agevoli.

³¹ Cfr. il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* redatto, nel 2006, dal gruppo di esperti incaricato dalla Commissione e coordinato da Edoardo Ales (ALES, ENGBLOM, JASPERS, LAULOM, SCIARRA, SOBCZAK, VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*), § 2.2. (Conclusion III), nel quale si rileva come la sottoscrizione degli accordi sia, in alcuni casi, persino triplice: alla sottoscrizione dei CAE si accompagnano, infatti, quella delle federazioni di settore europee e quella delle federazioni nazionali. Secondo la cit. COM (2008) 419 def., quasi la metà degli esaminati *transnational texts* sono siglati dalle federazioni di settore europee o internazionali; mentre solo in alcuni casi si riscontra la sottoscrizione anche delle federazioni nazionali.

³² Tali IFAs sono per lo più conclusi nel contesto delle iniziative riguardanti la “responsabilità sociale delle imprese”, in alternativa o in aggiunta ai codici unilaterali di condotta, e hanno come principale obiettivo quello di garantire – nel quadro dei cdd. *international labour standard* dell’ILO - i diritti fondamentali dei lavoratori: cfr. GIBB, *International Framework Agreements: Increasing the Effectiveness of Core Labour Standards*, Ginevra, Global Labour Institute (www.global-labour.org/euan_gibb.htm) ed il Rapporto della *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, Dublin, 2008; WILKE, SCHÜTZE, *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level*, Hamburg, 2 Juni 2008. Sul rapporto fra CAE e IFAs ed, in particolare, sulla sottoscrizione da parte dei comitati di tali accordi, cfr. il già cit. documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008 ed il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., pp. 15-16.

³³ ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit.; LAULOM, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale*, cit.

³⁴ COM (2005) 33 def. del 9 febbraio 2005.

³⁵ ALES, ENGBLOM, JASPERS, LAULOM, SCIARRA, SOBCZAK, VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining* cit.

Oltre alla questione della base giuridica di un eventuale intervento normativo comunitario (l'art. 94 TCE – come suggerito dal Rapporto³⁶ - o l'art. 139, § 1, TCE – come da altri proposto³⁷), altri considerevoli problemi riguardanti gli accordi transnazionali sono infatti legati (a) alla individuazione dei soggetti che dovrebbero essere legittimati a stipularli (nella prassi già in atto tanto le federazioni internazionali e/o europee di settore, quanto i CAE e, sia pure con minore frequenza, i sindacati nazionali hanno partecipato alle negoziazioni); (b) alla incertezza dei loro effetti giuridici; (c) al coordinamento con i sistemi e i livelli nazionali di contrattazione³⁸.

La separazione – se non proprio la divaricazione - di percorsi seguiti in tema di CAE e di negoziazione transnazionale appare confermata dalla circostanza che nella stessa data in cui la Commissione ha formalizzato la nuova proposta di direttiva sui CAE (il 2 luglio 2008), ha pure presentato – in un apposito documento³⁹ - gli esiti di un'altra ricerca sugli accordi collettivi transnazionali⁴⁰ successiva al Rapporto del 2006, preannunciando, nel medesimo documento, di voler dar seguito ad ulteriori analisi e studi delle esperienze in corso e delle prospettive di sviluppo di tali forme di negoziazione attraverso la costituzione di un nuovo gruppo di esperti⁴¹.

Quel che emerge, dunque, è che il rinnovo della disciplina dei CAE e lo studio e, in prospettiva, la promozione della negoziazione collettiva transnazionale si sono mossi su binari contigui ma, sino ad oggi, volutamente separati ed è per questa ragione che la Dir. 2009/38/CE mantiene, sulla questione della legittimazione negoziale dei comitati, un prudente quanto eloquente silenzio.

Due ulteriori aspetti trascurati dalla Dir. 2009/38/CE riguardano l'apparato sanzionatorio e il tempo massimo concesso alla DSN per la conclusione dell'accordo istitutivo (che rimane, come nella precedente versione, di tre anni).

Nella fase delle consultazioni relative alla revisione della direttiva, la CES aveva infatti insistito sulla opportunità di rafforzare le sanzioni relative alla inosservanza degli obblighi di informazione e di consultazione ed è probabile che un simile rafforzamento avrebbe consentito un miglior raggiungimento del primo obiettivo dichiarato nel preambolo: quello di «garantire l'effettività dei diritti di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori».

Da parte sindacale, si erano così proposte soluzioni forti: si era, per esempio, pensato alla possibilità di non consentire di dare seguito alla decisione assunta in violazione degli obblighi di informazione e di consultazione, attraverso la previsione di una sua qualche forma di invalidità.

³⁶ La norma prevede che «Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune».

³⁷ Cfr. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale cit.*, pp. 12-14, per il quale non può escludersi del tutto una utilizzazione della norma in questione in funzione di base giuridica di un intervento di regolazione della contrattazione collettiva transnazionale, dal momento che essa - «lungi dal riferirsi ai soli accordi originati da una iniziativa legislativa -, riconosce, senza regolarlo, un sistema di relazioni volontarie fra le parti sociali in ambito europeo».

³⁸ Sulle tre questioni v., per tutti, PICHOT, *The development of transnational agreements. First approach*, March 2006. Specificamente, sugli effetti giuridici degli accordi transnazionali v. il già cit. documento della Commissione, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008, p. 20

³⁹ Il già cit. SEC (2008) 2155 def. *Commission Staff Working Document The Role of Transnational Company Agreements in the Context of Increasing International Integration*.

⁴⁰ Si tratta del più volte cit. documento della Commissione, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008 nel quale si riferisce di un'analisi di 147 *transnational texts* conclusi in circa 89 imprese e riguardanti all'incirca 7.500.000 lavoratori.

⁴¹ COM (2008) 419 def., pp. 10-11.

Contrariamente a queste indicazioni (e al pari della precedente Dir. 94/45/CE), la direttiva di rifusione considera in maniera onnicomprensiva gli «obblighi derivanti dalla presente direttiva» (art. 11, § 2), non distinguendo gli obblighi di informazione e di consultazione sulle questioni transnazionali – che costituiscono il principale oggetto della direttiva e che devono essere adempiuti *a livello di impresa o gruppo comunitari* – da una serie di diversi obblighi: quelli il cui adempimento, pure previsto dalla direttiva, deve invece avvenire *in ambito nazionale* e quelli che, pur dovendo essere adempiuti a livello di impresa o di gruppo comunitari, possono configurarsi come obblighi *accessori*. Si pensi, per quanto riguarda i primi, all'obbligo di garantire ai membri della DSN e del CAE il diritto alla formazione senza obbligo di retribuzione (che grava sulle imprese nazionali) e, per quanto riguarda i secondi, agli obblighi di informazioni, preliminari e strumentali alla iniziativa di costituire CAE, riguardanti la struttura dell'impresa (o del gruppo) ed il numero dei suoi dipendenti.

Come il precedente art. 11 della Dir. 94/45/CE, l'attuale disposizione sulla «osservanza della direttiva» (che anche nella numerazione utilizzata dalla direttiva di rifusione è l'art. 11) ha la struttura di una disposizione di carattere generale e, per l'appunto, onnicomprensivo, che demanda agli Stati membri la definizione di «procedure amministrative o giudiziarie adeguate che permettano di imporre il rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva»: di tutti gli obblighi previsti dalla direttiva, dunque.

Diversamente da altri casi di direttive *soft*, in questo caso non ci si trova, tuttavia, di fronte ad un legislatore comunitario che ad una normativa cogente, dettagliata e poco flessibile, preferisce una norma «leggera», dalla formulazione minimalista e dal carattere «aperto» alle determinazioni dei legislatori nazionali – la quale potrebbe essere, in quanto tale, «virtuosa» in relazione agli obblighi da adempiere in ambito nazionale - ma al cospetto di un legislatore che, proprio per non isolare gli obblighi di informazione e di consultazione dei CAE sulle questioni transnazionali da tutta una serie di diversi obblighi (obblighi accessori o da adempiere in ambito nazionale), ha rinunciato a mettere in campo una normativa che, come sul piano delle prescrizioni, anche su quello delle sanzioni, avrebbe potuto spiegare i suoi effetti soltanto a livello sopranazionale; che avrebbe potuto, per esempio, rendere illegittime decisioni su questioni transnazionali che non fossero state oggetto di informazione e di consultazione, come prescritto dall'art. 1, §§ 3 e 4, della direttiva.

Anche sul tempo massimo previsto per la conclusione delle trattative riguardanti l'accordo istitutivo da parte della DSN, la direttiva non introduce, infine, modifiche al testo originario. Nonostante la richiesta sindacale di ridurre da tre anni ad uno il tempo massimo previsto per la conclusione dell'accordo e per l'applicazione, in mancanza, delle prescrizioni accessorie, la Dir. 2009/38/CE continua ad assegnare alle parti (direzione centrale dell'impresa o del gruppo e DSN) un tempo che, per la mancanza di brevità, non appare certamente funzionale all'obiettivo di «innalzare la percentuale di istituzione dei comitati aziendali europei» e che rimane, come nella versione del 1994, di tre anni.

4. Trasposizione delle norme comunitarie sul coinvolgimento dei lavoratori e progettualità legislativa sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese: due binari che non si incrociano

Alcune brevi considerazioni possono farsi, infine, rispetto alla legislazione traspositiva italiana e al filone di proposte legislative presentate, nel corso della XVI legislatura, in tema di partecipazione dei lavoratori.

La prima notazione da compiere è che la trasposizione delle direttive in tema di *employee involvement* non incrocia il filone di proposte – che, legislatura dopo legislatura, vengono da più parti presentate e sovente raccolte in un successivo testo unificato⁴² - sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese.

Si ricorda che a partire dal 2002 – anno di trasposizione della Dir. 94/45/CE (d. lgs. n. 74 del 2002) - le direttive comunitarie sul coinvolgimento dei lavoratori nelle imprese sono state regolarmente trasposte dal legislatore italiano, benché, per lo più, senza innovazioni significative rispetto ai testi comunitari: dopo il d. lgs. n. 74 del 2002 sui CAE, è stata la volta del d. lgs. n. 188 del 2005, di trasposizione della Dir. 2001/86/CE, sul coinvolgimento dei lavoratori nella *Societas Europea*, e del d. lgs. n. 25 del 2007, che ha trasposto la Direttiva quadro sull'informazione e la consultazione (Dir. 2002/14/CE).

Diversamente dal decreto legislativo sui CAE, che presenta alcune specificazioni e integrazioni rispetto alla normativa comunitaria (e che riguardano la definizione di informazione, il controllo sindacale delle nomine dei membri della DSN e dei CAE e l'apparato sanzionatorio⁴³), i decreti di trasposizione delle Dir. 2001/86/CE e 2002/14/CE mostrano un atteggiamento del legislatore nazionale di mero adeguamento formale al diritto comunitario: i testi delle due direttive vengono, per così dire, "presi di peso" e trasferiti – articolo per articolo – nei decreti di trasposizione.

Le dissonanze che, sul piano definitorio, riguardavano le nozioni di informazione e di consultazione nel diritto comunitario (e che sono state ora superate dall'adeguamento della nuova direttiva alle definizioni presenti nella Dir. 2001/86/CE) sono state, pertanto, riprodotte nei decreti legislativi nn. 74 del 2002, 188 del 2005 e 25 del 2007. Almeno per questo aspetto, al legislatore nazionale toccherà, dunque, rivedere il d. lgs. n. 74 del 2002, adeguando le definizioni di informazione e di consultazione ivi presenti a quelle ora contenute nella Dir. 2009/38/CE.

Su piano più generale, si riscontra, inoltre, una mancanza di comunicazione fra la legislazione di trasposizione delle norme comunitarie sull'*employee involvement* e le iniziative legislative – sino ad oggi mai approdate a legge – in tema di partecipazione dei lavoratori nelle imprese.

Le proposte che, nella corrente legislatura (XVI), sono state presentate in materia di partecipazione dei lavoratori nelle imprese – il d.d.l. Castro, n. 803 del 19.6.2008, il d.d.l. Treu, n. 964 del 30.7.2008⁴⁴ e la più recente bozza provvisoria di testo unificato redatta dal sen. Pietro Ichino - si mantengono fedeli, anche nel lessico, alla tradizionale progettualità legislativa italiana in materia di partecipazione dei lavoratori nelle imprese. La stessa categoria – onnicomprensiva – di «coinvolgimento dei lavoratori» (*employee involvement*) - entrata a far parte del lessico giuridico comunitario dal 2001 (con la Direttiva 2001/86/CE) e che include «*qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione e la partecipazione mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito delle società*» - non appare "metabolizzata" dalle tre proposte di legge, che ancora assumono, come categoria generale, la "partecipazione", affiancando poi a quest'ultima le forme di partecipazione finanziaria.

⁴² Cfr., per la legislatura in corso, la bozza provvisoria di testo unificato in materia di partecipazione dei lavoratori nell'impresa (con aggiornamenti al 26.V.09) redatta dal sen. Pietro Ichino, leggibile nel relativo sito: <http://www.pietroichino.it>.

⁴³ Cfr. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*, cit., pp. 652-659.

⁴⁴ Ai due d.d.l. richiamati si sono aggiunti i due d.d.l. dei senatori Bonfrisco e Casoli (PDL), n. 1307/2008, e Adragna, n. 1531/2009.

Diversi “scollamenti” si osservano, in generale, fra le proposte e la legislazione traspositiva delle direttive sull'*employee involvement*, specialmente quella generale sull'informazione e la consultazione (d. lgs. n. 25 del 2007).

Il d.d.l. Treu, per esempio, riproduceva in più punti il d. lgs. n. 25 del 2007: riprendeva, senza significative modifiche, le disposizioni del decreto del 2007 che riguardano l'*oggetto* [art. 1, comma 1, lett. a), b) e c) del d.d.l. n. 964⁴⁵] e le *modalità* dell'informazione e della consultazione (art. 2 del d.d.l. n. 964)⁴⁶.

Per altri profili – per esempio quello relativo all'*ambito* di applicazione delle norme sull'informazione e la consultazione – il medesimo d.d.l. conteneva, invece, disposizioni *che derogavano* al lgs. n. 25/2007: abbassava la soglia occupazionale relativa all'applicazione della normativa (35 anziché 50 dipendenti: art. 1 d.d.l.), nell'evidente tentativo di introdurre una normativa che consenta una maggiore diffusione delle prassi partecipative nelle imprese.

Le disposizioni del decreto legislativo del 2007 non venivano, tuttavia, né abrogate, né “fatte salve” (come accade per altre norme di legge: v. l'art. 4, d.d.l.) dal d.d.l. n. 964 ed è questo un segno evidente di scollamento (i.e.: di mancato coordinamento) tra la proposta di legge in questione ed il decreto di trasposizione della direttiva quadro sull'informazione e la consultazione.

Non maggiormente coordinato con la normativa comunitaria sull'*employee involvement* e con i decreti di trasposizione appare, oggi, la proposta di testo unificato redatta dal sen. Pietro Ichino, nella quale pure – se si eccettua un mero rinvio formale al diritto comunitario⁴⁷ - sono assenti raccordi con la già vigente disciplina generale sull'informazione e la consultazione (e, cioè, anche in questo caso, con il d. lgs. n. 25 del 2007). Una particolare enfasi è posta, nel progetto, sul ruolo del contratto collettivo aziendale, che viene riconosciuto *come unica fonte istitutiva* dei diversi sistemi di partecipazione nell'impresa prefigurati dalla proposta (dalla informazione e consultazione, alla istituzione di organismi congiunti paritetici, alla partecipazione “organica” sino alle forme di partecipazione finanziaria). Non viene, tuttavia, menzionata, né considerata, nell'articolato, la presenza di un già vigente e generale sistema – di matrice *legale* - di informazione e di consultazione nelle imprese che occupino più di cinquanta dipendenti: quello, appunto, originato dal d. lgs. n. 25 del 2007, di trasposizione della Dir. 2002/14/CE.

L'impressione è che il binario della comunitarizzazione dell'ordinamento italiano in materia di “coinvolgimento dei lavoratori” - che il legislatore nazionale ha cominciato a percorrere proprio in occasione della trasposizione della prima direttiva sui CAE - non incroci quello occupato dal dibattito e dalla progettualità legislativa in tema di partecipazione dei lavoratori nell'impresa.

⁴⁵ La norma riprende le disposizioni dell'art. 4, comma 3, lett. a), b) e c), del d. lgs. n. 25 del 2007.

⁴⁶ Art. 4, commi 4 e 5, del d. lgs. n. 25 del 2007.

⁴⁷ Art. 1, comma 1, lett. a): 1. Le imprese possono stipulare con le organizzazioni sindacali un contratto collettivo volto a istituire una delle forme seguenti di informazione, consultazione, partecipazione, o coinvolgimento dei lavoratori nell'andamento azienda, attraverso cui i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni concernenti l'attività dell'impresa: a) obblighi di informazione o consultazione a carico dell'impresa stessa nei confronti delle organizzazioni sindacali stesse, dei lavoratori, o di appositi organi individuati dal contratto medesimo, *in conformità con il diritto comunitario laddove esso ponga disposizioni vincolanti in proposito* (c.vo nostro).

È auspicabile che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla nuova direttiva – e, segnatamente, alle nuove definizioni di informazione e di consultazione - costituisca un'occasione per mettere in comunicazione i due binari, ripensando categorie e nozioni appartenenti alla tradizionale area della partecipazione in Italia (sp. quelle di informazione e di consultazione) e rendendo queste ultime sostanzialmente più aderenti al diritto comunitario sull'*employee involvement*.

Solo così si potrà realizzare, anche in questa materia, quella osmosi "virtuosa" fra ordinamento comunitario e nazionale, tale da produrre, piuttosto che meri adeguamenti formali dell'ordinamento nazionale al diritto sociale comunitario, veri e propri flussi di linguaggi giuridici ⁴⁸, forieri di sostanziali rinnovamenti e mutamenti di modelli, *nomina* e categorie, i quali ultimi ancora oggi appaiono saldamente ancorati, nei progetti di legge, alla tradizionale prospettiva italiana della "partecipazione".

⁴⁸ Sull'argomento v., per tutti, CARUSO, *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global village"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 50/2007.

Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*

Gaetano Natullo

1. Il nuovo Codice della sicurezza tra “volontà” e “velleità” di riforma	19
2. Teorie e tecniche di individuazione dei soggetti responsabili in azienda.	20
3. Soggetti, obblighi di sicurezza e organizzazione aziendale.	22
4. I “garanti” della sicurezza nel nuovo Codice. La problematica individuazione del datore di lavoro “pubblico” tra criterio formale e criterio funzionale.	24
5. Segue. Dirigenti e preposti	26
6. I “confini” dell’obbligo di sicurezza nel (dopo il) nuovo Codice della prevenzione.	29
Riferimenti Bibliografici	34

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 91/2009

1. Il nuovo Codice della sicurezza tra “volontà” e “velleità” di riforma

In questa sede intendo svolgere alcune considerazioni di fondo sul tema dei soggetti e degli obblighi di prevenzione sui luoghi di lavoro, alla luce della nuova recente normativa (d.lg. n. 81/08), in particolare con l'obiettivo di evidenziare, in chiave sistematica, l'impostazione generale che risulta dal nuovo assetto legislativo, e di raffrontarla con la disciplina del previgente d.lgs. n. 626/94, mettendone in luce le novità, le assonanze e le dissonanze

Per fare ciò, mi pare opportuna una breve premessa sul percorso che ha portato all'emanazione della nuova normativa, utile per poter apprezzarne meglio i caratteri essenziali e le novità.

Dopo circa trent'anni (dalla l. n. 833/78) e diversi tentativi di riordino del quadro legislativo in materia di prevenzione dei rischi sui luoghi di lavoro, pareva che il 2008 fosse l'anno buono per annunciare l'*habemus Codicem* (Carinci 2008, p. XXXIII). Sotto la spinta di alcune vicende particolarmente drammatiche⁴⁹, infatti, il Governo nella scorsa legislatura aveva dato un serio impulso alla razionalizzazione del sistema normativo: non solo al fine di realizzare il tanto auspicato Testo Unico, ma anche (forse soprattutto) per intervenire su alcuni nodi e fattori di rischio individuati come particolarmente problematici ed ostativi ad un effettivo incremento della sicurezza dei lavoratori

Volendo ricostruire in modo più lucido e meno legato al dato contingente le ragioni che hanno condotto agli “affannati” recenti interventi legislativi sul tema, queste vanno probabilmente ricondotte ad un progressivo consolidamento, e conseguente aggravarsi, di una cronica debolezza nel nostro sistema di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali: ossia la forte distonia tra l'alto livello di garanzie in astratto previste dall'ordinamento e gli assai più bassi livelli di effettività delle tutele sui luoghi di lavoro (sul tema, cfr. tra gli altri Smuraglia 2007).

Pertanto, di fronte alla permanenza dei preoccupanti dati statistici su “morti bianche”, infortuni sul lavoro e malattie professionali, ed ai citati tragici episodi, Governo e Parlamento hanno avuto la giusta spinta per varare, tra il 2007 (l. n. 123/07) ed il 2008 (d.lgs. n. 81/08), il vascello della riforma legislativa delle norme di prevenzione (Natullo 2008; Zoppoli 2008). In realtà, quella nave non ha mai lasciato ancora definitivamente i cantieri, ed i lavori sono ancora in corso.

Ciò è dovuto ad un perverso incrocio di ragioni tecniche e politiche, che hanno imposto al legislatore del 2008 un compromesso di fondo tra ciò che si sarebbe voluto fare e ciò che si poteva fare, innanzitutto per ragioni di tempo dovute all'approssimarsi della scadenza della legislatura (Carinci 2008; Tiraboschi 2008). Rispetto a ciò che si prospettava come necessario, per realizzare l'obiettivo essenziale di incrementare in maniera significativa il tasso di effettività di una normativa sulla carta già molto garantista (per i lavoratori), il d.lgs. 81/08 riesce soltanto ad impostare una nuova linea regolativa volta ad affrontare e risolvere alcuni nuovi fenomeni (fattori di rischio) o l'incancrenirsi di fenomeni preesistenti: nuovi lavori (flessibili, atipici, immigrati extracomunitari, ecc.), smaterializzazione delle imprese (decentramenti produttivi, appalti interni, subappalti), lavoro sommerso, sono tra i principali fattori che prima la l. n. 127 e poi il d.lgs. n. 81/08 affrontano, con significative innovazioni rispetto alla normativa previgente (si pensi in questo senso alle norme sul campo di applicazione soggettivo ed oggettivo – artt. 1-3 -; alle disposizioni sugli obblighi connessi ai contratti di appalto “interni” – art. 26 d.lgs. 81/08 – o a quelle per il contrasto del lavoro

⁴⁹ Si ricorda in particolare la drammatica vicenda della Thyssen Krupp di Torino del dicembre del 2007.

irregolare – art. 14) (Pascucci 2008).

Più in generale, si imposta una linea di rafforzamento del sistema sanzionatorio, anche mediante un significativo aumento delle pene detentive e/o pecuniarie previste (ora pure per gli enti oltre che per le persone fisiche: v. art. 300 d.lgs. n. 81/08, su cui Marra 2008), in funzione deterrente rispetto a livelli ancora troppo alti di evasione; ciò anche in considerazione, per un verso, dei meccanismi di riduzione della pena previsti dall'ordinamento (primo fra tutti l'oblazione condizionata, ex dlgs. 758/94) e, per altro verso, della scarsissima capacità del sistema pubblico di vigilanza di garantire efficaci livelli di controllo sulle aziende.

Tali innovazioni, e tante altre anche di adeguamento e "manutenzione" del quadro normativo preesistente, sono però inserite, per le ragioni sopra chiarite, in un quadro complessivo ricco di incongruenze e di limiti, per i seguenti principali motivi:

- a) sul piano generale non si è riusciti realmente nell'obiettivo di dar vita ad un vero, e definitivo, Testo Unico delle norme di prevenzione, ma ad una sorta di Codice, inficiato da molti rinvii ad altre fonti regolative e da troppe incoerenze tecniche (talora veri e propri errori);
- b) gli interventi sul sistema sanzionatorio, per certi versi condivisibili, non sono però inseriti in più complessivo e organico riordino dello stesso, per riequilibrare i rapporti tra norme del codice penale e legislazione complementare, come pure quelli tra illeciti penali ed illeciti amministrativi;
- c) infine, si mette solo marginalmente mano al riordino del sistema pubblico, in particolare nella sua parte più rilevante e delicata, ossia gli organi di vigilanza, da trent'anni afflitti da una schizofrenica divisione tra Sanità (Asl) e Lavoro (Ispettorati/Direzioni del lavoro), oltre che da una perniciosa carenza, quantitativa ma anche qualitativa, di personale.

Per questi motivi, insomma, prima ancora del parto legislativo già si sapeva che il neonato Codice della sicurezza sarebbe nato debole ed avrebbe richiesto un periodo in incubatrice, oltre a diversi interventi "ortopedici". Per di più, a tali debolezze congenite si è aggiunta anche una "patologia" politica, dovuta all'alternanza di maggioranze politiche (dal centro sinistra al centro destra) ed alle conseguenti differenti impostazioni di politica del diritto.

Il nuovo Governo, infatti, "approfittando" della effettiva necessità di un intervento integrativo e correttivo, ha da subito manifestato l'intenzione di operare una significativa correzione di rotta rispetto alla originaria impostazione del d.lgs. 81/08, il che spiega, fra l'altro, i diversi rinvii all'entrata in vigore di alcune disposizioni intervenuti nei mesi successivi all'entrata in vigore del nuovo Codice⁵⁰.

Pertanto, si resta in attesa del nuovo annunciato decreto correttivo, che si annuncia portatore di significative modifiche e integrazioni, sul piano quantitativo come su quello qualitativo.

2. Teorie e tecniche di individuazione dei soggetti responsabili in azienda.

Fatta questa premessa, scenderei più nel merito del mio intervento, sempre però partendo da un piano generale e di sistema.

⁵⁰ Art. 4 D.L. 3 giugno 2008, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 agosto 2008, n. 129; art. 32 D.L. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla L. 27 febbraio 2009, n. 14.

Mi interessa, infatti, prima di (e oltre che) esaminare più da vicino le posizioni delle singole figure nell'assetto di obblighi e responsabilità che emerge dalla nuova disciplina, svolgere qualche considerazione su alcuni aspetti più generali.

Il primo concerne la sostanziale continuità, appunto sul piano generale di sistema, tra il nuovo Codice e l'assetto preesistente, come risultante dal quadro normativo (in primo luogo il d.lgs. n. 626/94) e dal diritto vivente. Allo stesso tempo, però, il primo conduce sino in fondo alcune soluzioni (formalizzando relative nozioni e istituti) solo accennate o solo indirettamente formulate nella normativa previgente.

Come noto, infatti, il d.lgs. n. 626/94 (ed il suo correttivo del 1996, d.lgs. n. 242), a sua volta riprendendo nozioni ed assetti risalenti alla legislazione tecnica degli anni '50, per un verso, ed ad una consolidata elaborazione della giurisprudenza, specie di quella penale, per altro verso, aveva:

a) "conservato" la tradizionale "trinità" dei soggetti titolari delle posizioni di garanzia (obblighi/responsabilità) in materia di prevenzione: datore di lavoro, dirigente, preposto;

b) formulato nozioni, più o meno precise, per alcuni di tali soggetti, in particolare il primo di essi nella piramide sopra delineata, ossia il "datore di lavoro" (con la ulteriore sottodistinzione datore di lavoro "privato" e "pubblico"); in tali nozioni, aveva sostanzialmente offerto consacrazione legislativa al criterio giurisprudenziale (e dottrinale) che, accanto, e oltre, al dato formale della qualifica posseduta nell'ambito dell'organizzazione dell'azienda, privilegia il criterio funzionale volto a considerare l'effettivo svolgimento, al di là della posizione formale, delle funzioni (e poteri) della figura soggettiva richiamata dalla norma; del resto, il principio di "effettività" è assai familiare al diritto del lavoro in generale, oltre che al suo ramo "penale".

Si spiega così come il "datore di lavoro", nell'art. 2 d.lgs. n. 626/94, sia "il titolare del rapporto di lavoro" (criterio formale), ma in realtà possa essere il *soggetto che secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva...in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa* (criterio funzionale).

c) dato riconoscimento legislativo, ma solo in maniera indiretta, all'istituto della delega di funzioni, fino ad allora vivo e presente solo nelle sentenze dei giudici, ammettendola per tutti gli obblighi del datore di lavoro diversi da quelli, per così dire "primari", di impostazione/organizzazione del sistema di prevenzione in azienda (designazione del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione; Valutazione dei rischi e stesura del relativo Documento o piano di sicurezza: art. 1 comma 4-ter d.lgs. n. 626/94).

Il nuovo Codice prosegue sul percorso della normativa del 1994 e compie un altro pezzo di strada, sempre alla luce del criterio che, sulla scorta di autorevole dottrina penalistica (Pulitanò 1985), può definirsi come "formale-funzionale", nel momento in cui cerca una sintesi tra il dato formale definitorio e quella sostanziale (funzionale) dell'effettiva attribuzione e sussistenza, nel soggetto, dei poteri e delle facoltà proprie della posizione formale.

a) Viene in primo luogo completato il quadro delle "definizioni" delle figure soggettive, esteso, oltre che al datore di lavoro – che come si vedrà subisce qualche correzione – anche alle altre figure del "dirigente" e del "preposto".

b) Si opera uno sforzo ulteriore anche nella migliore distinzione del ruolo, e degli obblighi, di ciascun soggetto (ed in particolare della delicata figura del preposto).

c) Viene definitivamente consacrata la dignità legislativa della delega di funzioni, della quale, sempre sulla scorta dei preziosi insegnamenti del diritto vivente, vengono specificati condizioni, presupposti di legittimità e limiti di operatività (artt. 16-17 d.lgs. n. 81/08, su cui v. Brunelli 2008).

d) Infine, e dal punto di vista della struttura della legge, esattamente all'opposto, in una norma che anche per questo può dirsi di "chiusura" (art. 299 – esercizio di fatto di poteri direttivi), si legifica, di conseguenza rafforzandolo, il criterio di effettività: pertanto *le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2...[ossia datori, dirigenti, preposti,] gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti.*

Con questa norma, dunque, vengono ripresi, come detto, consolidati orientamenti applicativi della giurisprudenza, che si saldano con altrettanto consolidati principi fondativi del diritto del lavoro, per cui elementari ragioni di tutela (in questo caso del soggetto più debole) impongono di tener conto, ed eventualmente di privilegiare, la "sostanza" rispetto alla "forma", la situazione di fatto rispetto a quella delineata da atti, appunto, formali: basti pensare alla prestazione, appunto, "di fatto", di cui all'art. 2126 c.c., o, ancora più in generale, alla possibile qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, sussistendone i requisiti essenziali, indipendentemente dalla preesistenza di un contratto diverso (di lavoro autonomo).

Ed è proprio l'osmosi tra prassi giudiziaria penalistica e lavoristica che induce a ritenere che, ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 299 d.lgs. n. 81/08, può essere sufficiente anche l'esercizio temporaneo /occasionale del nucleo delle funzioni essenziali corrispondenti alle singole posizioni di garanzia (Brunelli 2008, p. 239).

Pertanto, al di là di quanto risulta formalmente nell'assetto organizzativo dell'azienda, il soggetto che ha – come dire – sostanzialmente la posizione di datore di lavoro, dirigente o preposto in quanto ne ha i poteri, gestionali, di spesa, organizzativi, sarà il titolare di fatto degli obblighi e delle responsabilità previsti dalla legge. Ma, altro elemento rilevante, è che il disposto della norma che qui si commenta sembra confermare anche l'opzione interpretativa del possibile concorso di responsabilità tra il titolare della posizione di garanzia "formale" e colui che, esercitandone di fatto i poteri, ne viene a condividere anche, di fatto, le responsabilità (Brunelli 2008, p. 240).

3. Soggetti, obblighi di sicurezza e organizzazione aziendale.

Sempre restando sul piano generale di sistema, vi è un altro aspetto su cui il nuovo Codice si pone in linea di continuità con il nuovo corso avviato dalla disciplina comunitaria e, nel nostro ordinamento, dal d.lgs. n. 626/94, ma rispetto a quest'ultimo compie un significativo progresso: la rilevanza dell'organizzazione in funzione del sistema di prevenzione in azienda.

Va dato merito a Luigi Montuschi, già negli anni '70, di aver dato dignità scientifica, e visibilità anche dal punto della politica del diritto, al nesso tra salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e organizzazione del lavoro (Montuschi 1976). Quel nesso, che all'epoca poteva apparire ancora come una mera prospettiva di azione, quasi un traguardo "politico" per il tema in questione, con la "comunitarizzazione" della sicurezza del lavoro e la nuova impostazione degli anni '90 è divenuto fattore essenziale e potremmo dire "fisiologico" nella *ratio* e nella impostazione sottesa all'assetto legislativo del d.lgs. n. 626/94.

In questa direzione hanno operato principalmente due innovazioni fondamentali introdotte come

obbligo legislativo nel 1994: la valutazione dei rischi e il ricorso a specifiche professionalità tecniche (Servizio di prevenzione e protezione – medico competente). Queste ultime, in particolare modo il Servizio di prevenzione e protezione, possono garantire un corretto adempimento dell'obbligo aziendale (del datore di lavoro) di effettuare una puntuale analisi proprio dei processi di lavoro, al fine di individuare e valutare i rischi e correlativamente definire efficaci misure di prevenzione volte ad eliminarli "alla fonte" o a ridurli per quanto possibile.

È evidente, pertanto, che da questo momento "l'analisi e la progettazione del lavoro appaiono strettamente correlate alla prevenzione" (Maggi 1997, p. 325); tutela della salute e organizzazione del lavoro sono definitivamente interdipendenti.

Inevitabilmente, tutto ciò comportava anche conseguenze, più o meno dirette, oltre che sull'organizzazione del lavoro in senso stretto, sull'organizzazione aziendale in senso più ampio: individuare/formalizzare una catena di obblighi e responsabilità in materia di sicurezza del lavoro nei vertici e quadri aziendali; organizzare una tecnostruttura che completasse quella catena sul piano, appunto, delle competenze tecniche; analizzare e monitorare i processi del lavoro (valutazione rischi, redazione/aggiornamento del documento di valutazione, ecc.); verificare costantemente andamento dei rischi ed applicazione corretta delle misure di prevenzione; in poche parole, realizzare correttamente sul piano operativo quanto obbligatoriamente imposto dal legislatore per proteggere la salute dei lavoratori, ha sostanzialmente significato adeguare di conseguenza l'organizzazione aziendale nel suo complesso, oltre che l'organizzazione del lavoro; progettare e realizzare la sicurezza del lavoro in azienda come "organizzazione nell'organizzazione" (Stolfa 2008b, p. 207; v. anche Maggi 1997).

Ed è proprio questo ulteriore passaggio che, sul piano formale, troviamo realizzato nel d.lgs. n. 81/08. Sono diversi ed importanti gli snodi normativi, nel nuovo Codice della sicurezza sul lavoro, che lo attestano.

Il più generale ed importante è certamente la disposizione dell'art. 30 d.lgs. n. 80/98 (in correlazione col successivo art. 300). Da tali norme, ed in particolare dalla prima, si ricava che il legislatore ha adottato un modello culturale e scientifico, per la sicurezza sul lavoro, "socio-tecnico" (Golzio 2008, p. 33), per il quale il dato organizzativo è imprescindibile, "la progettazione organizzativa è volta a realizzare il sistema organizzativo che sia affidabile e sicuro, parametri che conciliano efficienza e tutela e soddisfazione dei lavoratori" (Golzio, cit.).

Che l'adozione di un preciso e funzionale modello organizzativo fosse un dato di fatto già prima della nuova legge ce lo conferma lo stesso art. 30 d.lgs. n.80/08, là dove, al comma 5, specifica i modelli organizzativi, per l'appunto già esistenti⁵¹, che in sede di prima applicazione sono rispondenti ai requisiti del modello organizzativo che lo stesso art. 30 ritiene tale da offrire garanzie sufficienti a concedere una patente di "impresa virtuosa" all'azienda che lo adotta, e tale quindi da escludere, salvo prova contraria, la configurabilità di una responsabilità amministrativa della stessa ai sensi del d.lgs. n. 231/01 (art. 300 d.lgs. n. 80/98) (Dovere 2008; Marra 2008).

La novità sta appunto nella nuova impostazione legislativa, per la quale, da un lato, risulta che un modello di organizzazione e gestione aziendale della sicurezza ci debba essere, si potrebbe dire "in ogni caso e comunque"; se poi risponde anche a particolari requisiti, avrà riconosciuto un

⁵¹ Linee guida UNI INAIL – SGSL; British Standard OHSAS 18001:2007.

plusvalore anche in termini di efficacia esimente della responsabilità penale.

Se è vero che le disposizioni sopra ricordate costituiscono lo snodo più importante dove si incontrano sicurezza del lavoro e organizzazione aziendale, non è però l'unico. Sono diversi, infatti, altri punti del Codice in cui tale incrocio è evidente, a partire dalle disposizioni sulle "definizioni": già è significativo il fatto che il legislatore definisca anche l'"azienda", quale *complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato*. Ma l'*organizzazione* diviene anche elemento essenziale ai fini della individuazione dei soggetti passivi (lavoratori) ed attivi (datori di lavoro) dell'obbligo di sicurezza.

Quanto al lavoratore, nel definire la nuova e più ampia (rispetto alla normativa previgente) nozione, l'art. 2 co. 1 lett. a) precisa che è (da considerare) tale ai fini della sicurezza chiunque, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa *nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro*.

Allo stesso modo, il datore di lavoro (privato) sarà (*il soggetto titolare del rapporto di lavoro o comunque*) il soggetto che, *secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa...* in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.

In tali ipotesi, l'"organizzazione" diventa anche sinonimo di "contesto ambientale" nel quale diventano operative le prescrizioni di prevenzione: in poche parole, sinonimo di "ambiente di lavoro".

Il riferimento riprende invece significati più squisitamente "aziendalisti" in altre sedi (disposizioni): si pensi, sempre nelle definizioni (art. 2, lett. v), alle "buone prassi", quali *soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente*; o ancora alla previsione che, relativamente alla valutazione dei rischi (art. 28, co. 2, lett. d), dispone che, nel relativo documento, debbano essere individuate le *procedure* per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché i *ruoli dell'organizzazione aziendale* che vi debbono provvedere.

Ed ancora, in stretto collegamento con la norma sul modello di organizzazione e gestione (art. 30), la disposizione sulla delega di funzione, cui s'è fatto cenno in precedenza, nel conservare comunque un obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro delegante sul delegato, prevede che tale obbligo possa esplicitarsi anche attraverso *le procedure di verifica e controllo standardizzate nel modello organizzativo e gestionale aziendale*.

In definitiva, dopo il d.lgs. n. 80/98, il sistema di prevenzione in azienda è inscindibilmente connesso al complessivo modello organizzativo aziendale, e tutte le sue componenti – soggetti, competenze, funzioni, controlli, responsabilità, sanzioni disciplinari, devono essere inseriti in un assetto organizzativo esplicitato, e rispondere a criteri di razionalità organizzativa, efficienza ed efficacia: Ciò, oltre a rendere meno onerosa e più agevole la prevenzione in azienda, ed a fornire un indubbio ausilio anche in termini di facilitazione dei controlli "esterni" ad opera degli organi pubblici di vigilanza, come s'è visto diventa un decisivo elemento di valutazione della "colpa" penale, ai sensi art. 300 d.lgs. n. 81/08 (si potrebbe dire: colpa per difetto di organizzazione).

4. I "garanti" della sicurezza nel nuovo Codice. La problematica individuazione del datore di lavoro "pubblico" tra criterio formale e criterio funzionale.

Dopo queste osservazioni più di sistema, che in qualche modo sono servite a definire il substrato

ed il contesto in cui si inseriscono le disposizioni sui soggetti obbligati, vorrei svolgere alcune riflessioni più specifiche relativamente ai tre soggetti tradizionalmente responsabili e quindi ai loro obblighi e responsabilità.

In linea di massima, si può subito anticipare che sul punto il legislatore, come già si è avuto modo di rilevare, si è mantenuto in linea di continuità col d.lgs. n. 626/94, pur tuttavia non mancando di fare tesoro dell'esperienza applicativa di questi circa quindici anni, per apportare delle modifiche, onde eliminare talune incongruenze della normativa previgente e conferire maggiore efficacia qualificatoria alle definizioni.

Partendo proprio da queste ultime, il nuovo Codice in buona sostanza integra e completa le disposizioni del d.lgs. n. 626/94: più esattamente, corregge la definizione di datore di lavoro, e soprattutto introduce per la prima volta anche le definizioni delle altre due figure di responsabili (dirigenti, preposti).

Per quanto riguarda il datore di lavoro, come anticipato al par. 2, il legislatore perfeziona il criterio definitorio funzionale (effettività) quale criterio allo stesso tempo sussidiario e concorrente rispetto a quello formale-civilistico: Per le aziende private, infatti, fermo restando il parametro formale della "titolarità del rapporto di lavoro con il lavoratore", l'elemento della effettività di funzioni e poteri diviene ancora più "sostanziale", attraverso il riferimento, per un verso, alla *responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva* e, per altro verso, all'*esercizio* (nel d.lgs. n. 626/94 era la *titolarità*) dei poteri decisionali e di spesa.

Le modifiche sono più accentuate per la definizione di datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Per quest'ambito, infatti, il legislatore:

- a) inserisce nel testo della norma (art. 2 co. 1, lett b, seconda parte), il riferimento alla fase di individuazione, che nella normativa previgente era invece in una sede normativa separata (nell'art. 30 d.lgs. 242/96);
- b) prevede espressamente che, in caso di omessa, o non conforme, individuazione, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice;
- c) precisa che presupposti essenziali per tale individuazione sono che il dirigente (o il funzionario), oltre che dei poteri di gestione, sia dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa.

Quest'ultima previsione, in particolare, assume un certo rilievo: infatti, nella definizione del 1994 ('96), il riferimento esplicito ai poteri decisionali e di spesa mancava; ora, pertanto, da un lato, le caratteristiche definitorie "funzionali" del "datore di lavoro" risultano più omogenee tra settori privato e pubblico e, dall'altro lato, non hanno più ragion d'essere le perplessità in qualche caso manifestate (Padula 1998, p. 226), anche sulla scorta di affermazioni estrapolate da alcune decisioni giurisprudenziali (Cass. 29.05.2000, n. 6176, in *MGI*, 2001; v. Stolfi 2008a, p. 75), sulla effettiva necessità, per il dirigente-datore di lavoro pubblico, di un effettivo potere di spesa.

Qualche nuova incertezza, invece, sembra poter conseguire alla omessa indicazione, tra gli organi competenti ad emettere il provvedimento organizzativo di individuazione/designazione del dirigente-datore di lavoro, degli *organi di direzione politica*, oltre che degli *organi di vertice delle singole amministrazioni*. Per qualcuno, infatti, (Venturi 2008, p. 161), tale cambiamento implicherebbe una diversa scelta compiuta dal legislatore: non sarebbero cioè più competenti, per quell'atto, gli organi politici, bensì i vertici amministrativi degli enti. Per la verità tale conclusione

non sembra fondata; la modifica operata dal legislatore pare infatti riconducibile a ragioni di *drafting* legislativo (cfr. Stolfa 2008a, p. 68), e comunque sembra dirimente la considerazione che la locuzione *organo di vertice* risulta il *genus* che può comprendere entrambe le *species*: sia cioè quella degli organi politici, sia quella degli organi di vertice amministrativi (per quegli enti i cui vertici non siano organi politici elettivi).

Più problematico risolvere il contrasto ermeneutico che consegue al combinato disposto della norma in commento con la previsione dell'art. 299 d.lgs. 81/08 ed il principio di effettività ad essa sotteso.

Infatti: per un verso, ai sensi dell'art. 2, requisito essenziale per l'assunzione della "qualità" di datore di lavoro pubblico è l'individuazione da parte dell'organo di vertice, tant'è che, in mancanza (o anche nel caso di individuazione non conforme alla norma) tale qualità resta in capo all'organo di vertice stesso; per altro verso, però, ai sensi dell'art. 299, se il (un) dirigente (pubblico), "pur sprovvisto di regolare investitura", esercita di fatto i poteri gestionali e di spesa propri del "datore di lavoro", dovrebbe comunque assumere la relativa "posizione di garanzia".

In definitiva, la clausola finale dell'art. 299 sostanzialmente sembra sconfessare il disposto dell'art. 2 (co. 2, lett. b, seconda parte); né pare possibile ritenere quest'ultima norma prevalente sull'art. 299, in quanto "speciale" rispetto alla regola generale di quest'ultima norma. Al contrario, se si ritenesse comunque prevalente il criterio funzionale dell'art. 299, sarebbe di fatto svuotata di contenuto la regola posta dall'art. 2.

La sola soluzione in grado di rendere dunque compatibili le due norme sopra citate, è quella di, anche facendo leva sull'utilizzo, nell'art. 299 d.lgs. n.80/98, della locuzione "altresì", di ritenere che, nell'ipotesi in questione (cioè di un dirigente pubblico che, in assenza di specifica "individuazione" come datore di lavoro da parte dell'organo di vertice ai sensi dell'art. 2, ne eserciti di fatto i poteri, la relativa "posizione di garanzia" ricada su entrambi i soggetti (organo di vertice e dirigente).

5. Segue. Dirigenti e preposti

Del tutte nuove sono le definizioni di "dirigente" e preposto". Nel primo caso, la novità legislativa pare dettata più che da reale esigenza di risolvere problemi definitivi, da ragioni di razionalità sistematica: completare cioè il quadro dei soggetti responsabili sul lato aziendale non lasciando priva di nozione la figura del dirigente; laddove invece per datore di lavoro e preposto le definizioni legislative rispondono ad effettive esigenze di circoscrivere correttamente quelle due figure.

Quanto appena detto è dimostrato dal fatto che, invero, la nozione che troviamo ora nell'art. 2 d.lgs. n. 80/98 risulta di scarsa capacità definitoria, in ragione della sua eccessiva genericità, peraltro in qualche maniera "ontologica", nel senso che effettivamente, anche considerando le possibili tipologie ed articolazioni delle figure dirigenziali nelle organizzazioni aziendali, tutto è correlato al (e dipende dal) bagaglio di competenze e poteri che a questi vengono conferiti; poteri gestionali e di spesa che, per quanto più volte ricordato, recano con se corrispondenti obblighi "in prevenzione".

Due osservazioni sono comunque opportune. La prima: che in questo caso, a differenza del datore di lavoro, alcun riferimento viene fatto alla nozione "civiltistica" (che ad esempio avrebbe

potuto utilizzare il rinvio all'inquadramento nel sistema di classificazione contrattuale/aziendale); rileva invece solo una nozione "funzionale".

La seconda: che comunque l'attuale definizione sembra confermare che la "qualità" di dirigenti "in prevenzione" è "secondaria" e non "primaria": come per il "datore di lavoro", essa consegue cioè alla sua posizione organizzativa generale in azienda (funzioni e poteri) e non a quella specifica riferita agli obblighi di prevenzione; questi ultimi discendono dunque dai primi, e sono, per così dire, "proporzionati" ad essi.

In questo senso, e per essere chiari, i cd. dirigenti "convenzionali" (o pseudo-dirigenti), tali cioè fondamentalmente in relazione al trattamento economico-normativo ad essi riconosciuto, ma non ai fini del loro effettivo "ruolo" dirigenziale in azienda, non saranno dirigenti "in prevenzione", non avendone i necessari requisiti funzionali (funzioni/poteri).

Infine, i preposti. Anche in questo caso si tratta di una nuova nozione, relativa ad una figura che, nel sistema della ripartizione intersoggettiva degli obblighi di prevenzione, si connota per la sua assoluta peculiarità rispetto agli altri due soggetti considerati: nel senso che, mentre datore di lavoro e dirigente sono figure che il "diritto prevenzionale" per così dire mutua dal diritto del lavoro, anche se poi, come detto, possono assumere connotati diversi, la figura del "preposto", è invece tipica ed esclusiva del sistema giuridico in esame, dove sin dagli anni '50 è stato inserito all'ultimo posto nella scala gerarchica dei soggetti responsabili, con compiti e responsabilità esattamente individuati dalle norme e dal diritto vivente.

Agli addetti ai lavori, peraltro, è noto che la posizione del preposto, come detto consolidatasi, quanto ad area di obblighi e responsabilità, nel corso dei decenni intercorsi tra la legislazione speciale degli anni '50 e quella degli anni '90, ha subito qualche scossone proprio ad opera del d.lgs. n. 626/94, dove dal combinato disposto della norma generale sugli obblighi di datore di lavoro dirigente e preposto (art. 4), con le "clausole penali" sanzionatorie dell'ultima parte del d.lgs. n. 626/94 (art. 90), proprio quest'ultimo sembrava ricevere una sovraesposizione rispetto all'assetto precedente, che rischiava di avvicinarlo pericolosamente, quanto ad obblighi e responsabilità, ai livelli superiori della scala gerarchica (datore di lavoro, dirigente. V. Stolfi 2007, p. 189 ss; Natullo 1996, p. 700).

Tale rischio, per la verità, è stato scongiurato in sede applicativa dalla giurisprudenza. Vero è che in qualche caso quest'ultima ha riconosciuto l'obbligo per il preposto di disporre adeguati presidi antinfortunistici, in correlazione però alla titolarità di effettivi poteri decisionali e di spesa (Cass., 5.2.2003, n. 4891. in *DPL*, 2004, p. 1919) e/o alla parvità delle risorse economiche necessarie all'adozione degli stessi (Cass., 19.2.1988, n. 453, in *Studium iuris*, 1999, p.573); si tratta però di casi isolati, che non paiono poter contrastare l'affermazione che la giurisprudenza abbia in buona sostanza mantenuto ferma la barra sulla rotta percorsa sino ad allora.

Era comunque auspicato, per tali ragioni, un intervento chiarificatore del legislatore, ora realizzato nel d.lgs. n. 81/08.

Già infatti dalla nozione, come pure, lo si vedrà, dalle norme sugli obblighi, la posizione del preposto viene ora nettamente distinta da quella dei datori di lavoro e dei dirigenti, dai quali lo differenzia il limite di un ruolo tradizionalmente (solo) di vigilanza e controllo sulla corretta applicazione, da parte dei lavoratori, delle misure di prevenzione dai primi (datori e dirigenti) elaborate e realizzate. Tale è il senso della lettera e) dell'art. 2, che rintraccia il preposto in colui che, *in*

ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli [formula identica a quella utilizzata per il dirigente], *sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa* (V. Stolfa 2008a, p. 77 ss.).

Se ne ricava pertanto che, fermo restando la rilevanza dell'assetto di fatto dell'organizzazione (e organigramma) aziendale, se questi ultimi sono coerenti rispetto al sistema normativo, il preposto rimane (o se si vuole ritorna ad essere) una figura intermedia tra il dirigente ed i lavoratori (Bonfiglioli 2007, p. 28), con compiti di prevenzione limitati alla vigilanza sul corretto (non pericoloso) svolgimento delle mansioni di competenza dei lavoratori stessi, e sulla corretta adozione delle misure di prevenzione previste e predisposte dal datore di lavoro e dal dirigente .

Infine, qualche riflessione di ordine generale sull'area degli obblighi e delle responsabilità dei soggetti aziendali sopra descritti, nel raffronto con la normativa previgente.

Come si è già avuto modo di anticipare trattando delle “definizioni”, il nuovo Codice ha inteso differenziare in maniera netta le posizioni soggettive di garanzia di datore di lavoro e dirigente, da un lato, e di preposto dall'altro lato. Pertanto, là dove nel d.lgs. n. 626/94 un'unica norma (art. 4), veniva dedicata alla definizione degli obblighi generali di prevenzione per tutti e tre le figure aziendali responsabili, ed era affidato al combinato disposto con le norme sanzionatorie contenenti le “clausole penali” (artt. 89 ss.) il ruolo di consentire la (peraltro non semplice) delimitazione degli obblighi specifici rispettivamente per ciascuna delle suddette figure, nel nuovo assetto del d.lgs n. 81/08 la norma che individua gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente (art. 18) viene distinta da quella invece dedicata specificamente al preposto (art. 19). Come anticipato poco sopra, è chiaro l'obiettivo del legislatore: risolvere in questo modo le incertezze ermeneutiche che in particolare rischiavano di rendere incongrua, per sovradimensionamento, la “posizione debitoria” del preposto nella ripartizione degli obblighi di prevenzione. Grazie alla nuova formulazione (su cui Genito 2008; Gentile M.R. 2008), che peraltro si raccorda perfettamente alla nuova nozione, la posizione “funzionale” del preposto viene circoscritta, ben più precisamente che in passato, alla realizzazione del compito di “sovrintendere e vigilare” sull'osservanza ed applicazione di misure e dispositivi di prevenzione da parte dei lavoratori, e di segnalare ai vertici aziendali eventuali negligenze degli stessi e/o eventuali lacune nelle misure di prevenzione stesse.

Da evidenziare, anche, quanto ai preposti, la particolare attenzione dedicata dal legislatore alla formazione, con l'introduzione di uno specifico obbligo di frequentare *appositi corsi* a carico degli stessi (art. 19, lett. g). Si tratta certamente di un nuovo onere per le aziende, che però può avere significativa rilevanza ai fini di distinguere più nettamente la figura del preposto dagli altri lavoratori dell'azienda, e dunque, indirettamente, anche ad indurre quest'ultima (nella persona del datore e del dirigente) ad individuare correttamente tali figure nell'organigramma aziendale⁵², evitando in tal modo il rischio del cosiddetto “preposto di fatto”: ossia di chi, senza la debita consapevolezza, venga a trovarsi, per l'appunto “di fatto”, in quella posizione di garanzia nei confronti

⁵² A tale proposito rileva anche la disposizione di cui all'art. 28, co. 2 lett. d), che impone, nella valutazione dei rischi, di individuare anche i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere...

di altri lavoratori, e come tale ad essere destinatario di obblighi e responsabilità “in prevenzione”⁵³.

Quanto invece alle posizioni del datore di lavoro e del dirigente, mi limito solo a segnalare l'altra importante innovazione data dalla disciplina, per la prima volta in maniera esplicita ed articolata⁵⁴, della “delega di funzioni” dal datore di lavoro al dirigente, cui sono dedicati gli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 81/08 (Brunelli 2008; Russo 2008; Pascucci 2008, p. 88 ss.).

Anche in questo caso, come per la norma sulle definizioni, il legislatore non realizza nulla di particolarmente innovativo, sostanzialmente limitandosi a dare dignità e certezza di legge ai consolidati orientamenti della giurisprudenza. Ciò non toglie merito a tale intervento, del quale vanno segnalati due aspetti particolarmente significativi:

a) la previsione della necessità, oltre ai “tradizionali” requisiti di legittimità ed efficacia della delega – ora espressamente individuati nell'art. 16 - di una *adeguata e tempestiva pubblicità della stessa*;

b) soprattutto, l'esplicito raccordo funzionale della delega con la accresciuta rilevanza dei modelli organizzativo-gestionali aziendali “di prevenzione”; tant'è che la stessa norma affida al modello organizzativo, e per la precisione ai sistemi di monitoraggio e controllo ad esso interni, l'efficace attuazione dell'obbligo di vigilanza che comunque residua, ai sensi art. 16 co. 3, in capo al datore di lavoro delegante.

Resta ferma, comunque, ed è ora espressamente prevista dall'art. 17 d.lgs. n. 81/08, la indelegabilità degli obblighi del datore di lavoro più generali, di impianto ed impostazione del sistema di prevenzione in azienda: designazione del responsabile del Servizio di prevenzione e prevenzione, valutazione dei rischi e conseguente elaborazione del relativo documento aziendale.

6. I “confini” dell'obbligo di sicurezza nel (dopo il) nuovo Codice della prevenzione.

Quanto appena detto ci riporta alla questione della delimitazione della latitudine degli obblighi generali di prevenzione del datore di lavoro.

Come noto, tale soglia nel nostro ordinamento è stata costantemente mantenuta alta, a partire dalla formulazione dell'art. 2087 c.c., passando per la legislazione tecnica degli anni '50, fino ad arrivare al d.lgs. n. 626/94.

Quanto all'art. 2087 c.c., l'ampiezza e l'efficacia della “copertura” giuridica assicurata dalla norma è viepiù dimostrata dai profili applicativi sul versante della tutela, oltre che dell'integrità fisica, anche della personalità morale del prestatore di lavoro (Lanotte 2002, Albi 2008, Aidlass 2007). Si tratta di ipotesi tra le più significative nelle quali la norma del codice civile ha dimostrato la sua capacità di riempire le lacune del quadro normativo, fornendo un essenziale supporto in assenza di specifiche disposizioni di tutela. In tal modo, l'art. 2087 c.c. ha, in particolare, offerto una solida base normativa ai giudici per la tutela dei prestatori (prestatrici) di lavoro nei casi di molestie sessuali e, più generale, di vessazioni sul lavoro (mobbing). L'art. 2087 c.c. ha in questo modo

⁵³ V. Cass. Pen., Sez. IV, 18 maggio 2001, n. 20145, in *ASL*, 2002, p. 7; Cass. Pen. Sez. IV, 13 settembre 2001, n. 33548, in *AS*, n. 19, 2001, p. 49).

⁵⁴ Un riconoscimento solo indiretto della possibilità di “delega di funzioni” era infatti, come detto, contenuto nel d.lgs. n. 626/94 (art. 1, co. 4-ter).

aperto nuove frontiere, portando ancora più in avanti i confini della sicurezza del lavoro, nell'ambito di una più ampia e complessiva tutela della persona del lavoratore nei luoghi di lavoro (Montuschi 1994; Nogler 2002; Aidlass 2007).

Tra la disposizione del codice civile e la normativa del 1994 intercorre poi una linea di continuità, nel senso che in quest'ultima sono stati articolati principi e tutele già in qualche maniera "inclusi" nella formula generale di garanzia dell'art. 2087 c.c. (Galantino 1996; Romei 1997, p. 62). In quest'ottica, rileva in particolare l'art. 3 d.lgs. n. 626/1994, norma dedicata alle «misure generali di tutela»: «una sorta di preambolo programmatico che (...) ha la funzione di stabilire alcune linee-guida sul tipo di protezione che si intende realizzare e sugli obiettivi da raggiungere, nonché sulle sequenze procedurali attraverso cui conseguirli in modo corretto ed efficace» (Culotta, Di Lecce, Costagliola 1996, p. 58).

Il d.lgs. n. 81/08 resta nel solco tracciato dalle disposizioni appena citate, ma allo stesso tempo compie un ulteriore passo avanti. Ciò, sia nella formulazione dei principi generali di prevenzione (misure generali di tutela – art. 15), dove si rinvencono novità di un certo rilievo (Stolfa 2008b, p. 212 ss.), quali il dovere di allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio e la sua eventuale assegnazione ad altre mansioni, o quella di programmare le misure per assicurare il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi, sia soprattutto nelle disposizioni, assai più significative sul piano della posizione obbligatoria del datore di lavoro, sugli obblighi generali (art. 18) e la valutazione dei rischi (art. 28 s.) (Stolfa 2008b, p. 211 ss; Monda G.M. 2008; Pascucci 2008, p. 88 ss.).

Dal combinato disposto di tali norme, infatti, risulta un ulteriore rafforzamento, sia in "ampiezza" che "in profondità", dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, che deve ricomprendere, in sede di valutazione, tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, con particolare riferimento a quelli collegati allo "stress lavoro correlato" (di cui all'accordo europeo 8 ottobre 2004), ed a quelli derivanti da particolari situazione soggettive (gravidanza, età, provenienza da altri Paesi (con evidente riferimento agli immigrati extracomunitari), ecc.

Anche sul piano delle concrete modalità organizzative (oltre quanto sopra detto circa i modelli di organizzazione e gestione), lo stesso art. 28 d.lgs. n. 81/08 (lett. d) prevede che nel documento di valutazione dei rischi siano individuate le procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, come pure i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri.

Se poi si aggiungono le disposizioni che rafforzano ulteriormente gli obblighi di informazione e formazione (ed ora anche di addestramento specifico – art.37 d.lgs. n. 81/08), per non parlare di quelli connessi ai contratti di appalto, d'opera o di somministrazione (art. 26 d.lgs. n. 81/08, su cui v. Pascucci 2008, p. 96 ss.; Pasquarella 2008, p. 297 ss.), si può in definitiva riconoscere che il legislatore del nuovo Codice ha significativamente rafforzato gli argini dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, soprattutto sul piano operativo della effettiva traduzione in misure di tutela per le diverse tipologie di rischio e di soggetti esposti.

Non deve meravigliare, pertanto, che, anche se con riferimento alla legge delega n. 123/07, sia stata addirittura ipotizzata una conformazione dell'ordinamento prevenzionale italiano al principio di "precauzione" di derivazione comunitaria, per cui, pure in caso di "assenza di 'certezza scientifica', a fronte di un rischio potenziale e di ragionevoli dubbi circa la possibilità che si producano effetti gravi e negativi per la salute del lavoratore, [ciò] non deve impedire che si adottino

da parte del datore di lavoro misure e cautele appropriate in via preventiva” (Montuschi 2007, p. 29; cfr. sul punto Speciale 2007, Pascucci 2008, p. 29).

Inevitabile, a questo punto, chiedersi quale possa essere l’incidenza del nuovo Codice sul “principio primo” del nostro sistema di prevenzione: la “Massima Sicurezza Tecnologica” (Balandi 1993; Natullo 1995 p. 69 ss.; Lai 2002, P. 18 ss.; Montuschi 2006).

Il “nuovo corso” europeo sulla tutela dell’ambiente di lavoro ha, se possibile, ulteriormente consolidato quel principio e le correlate applicazioni. Sulla scorta delle disposizioni della direttiva quadro n. 89/391/CE (basti pensare al tredicesimo considerando, secondo cui non rilevano «considerazioni di carattere puramente economico»), sono state introdotte diverse disposizioni, in particolare nel d.lgs. n. 626/1994, che hanno ancora avallato l’orientamento già consolidato. Per restare alle sole disposizioni generali, si pensi al già menzionato art. 3, lett. b) (obbligo di eliminare i rischi «in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico») o anche all’art. 4, 5° c. (obbligo di aggiornamento delle misure di prevenzione «in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi (...) al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione»). Ma possono considerarsi anche disposizioni specifiche: ad es. gli artt. 28, 33, 62, 64, 1° c., lett. d).

Nel nuovo assetto normativo, dunque, la giurisprudenza – come si vedrà con qualche distinguo della Corte costituzionale (25.7.1996, n. 312, in *DPL*, 1996, p. 3171) –, ha trovato dunque i presupposti per confermare nella sostanza l’orientamento consolidatosi in precedenza, anche nelle occasioni in cui il disposto normativo poteva spingere verso interpretazioni più “ragionevoli” di quel principio: come nel caso del d.lgs. n. 277/1991 (protezione contro i rischi derivanti amianto, piombo, rumore), che prevede (art. 13, 1° c.; art. 41, 1° c.) l’obbligo di adottare «in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico (...) le misure tecniche, organizzative e procedurali concretamente attuabili» (v. Natullo 1995, p. 238 ss.).

A questo punto, e prima di esaminare l’importante passaggio della sentenza della Corte costituzionale del 1996, il discorso va allargato a tener conto delle possibili accezioni applicative del criterio della massima sicurezza tecnologica, che sono almeno tre (v. Soprani 2001, p. 181).

1) Secondo una versione estremamente (troppo) rigorosa, il principio imporrebbe al datore di lavoro l’obbligo di ricercare costantemente e realizzare le tecnologie di prevenzione più progredite, indipendentemente dalla loro diffusione sul mercato.

2) Una lettura, per così dire più equilibrata, fa riferimento alla c.d. *best available technology*, ossia all’obbligo di adottare le misure tecnologicamente più avanzate disponibili sul mercato, indipendentemente dal fatto che siano o meno diffuse ed applicate nel settore produttivo di appartenenza dell’azienda.

3) Infine, la versione più “morbida”, accogliendo invece quest’ultima condizione, impone la *best practicable technology*: l’obbligo del datore di lavoro trova dunque il suo limite negli *standards* tecnologici di prevenzione diffusi nel settore di appartenenza.

Questa distinzione consente di comprendere meglio i termini della questione, ed anche di capire i motivi del dibattito suscitato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 312/1996 sopra citata. Sono note le ragioni che hanno portato all’intervento del giudice delle leggi, peraltro già in precedenza avutosi con riferimento ad una norma del d.p.r. n. 303/1956 (art. 24): Il carattere generico di norma penale “in bianco” di precetti come quello ex art. 41 d.lgs. n. 277/1991 – sopra

ricordato – ha fatto dubitare, come per la norma, simile, del 1956, della compatibilità con il principio di legalità e di necessaria determinatezza della legge penale.

Anche in questo caso, come già in precedenza, la Corte non ha accolto la questione, ma con una sentenza “manipolativa” ha precisato «la sola via» per limitare la discrezionalità del giudice e salvare la costituzionalità della norma: afferma, infatti, che l’obbligo imposto – di applicare cioè tutte le misure – vada inteso nel senso che «là dove parla di misure “concretamente attuabili”, il legislatore si riferisca alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell’imprenditore dagli *standards* di sicurezza propri, in concreto ed al momento delle diverse attività produttive» e dunque la misura di prevenzione diviene obbligatoria «non se (è) compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa (è) accolta negli *standards* di produzione industriale, o specificamente prescritta.

La pronuncia, che per alcuni avviava finalmente un opportuno *revirement* sul principio della massima sicurezza tecnologica (Montuschi 2001; Vallebona 1996; da ultimo Albi 2008), per altri (per la verità forse i più), compie una sterzata che allontana la lettura dei giudici costituzionali non solo dalla più rigorosa e “idealista” delle tre opzioni sopra ricordate, ma anche da quella più equilibrata, come si è detto prevalente in giurisprudenza ed in dottrina, che si affida alla *best available technology* (Guariniello 2001; Marino 1997).

La questione può apparire sottile, ma in verità è di un certo rilievo: il criterio utilizzato dalla Corte (*best practicable technology*) comporta non lievi problemi, ad es. di definizione dell’ambito da considerare (territoriale, settoriale ecc.), come pure rischi di autoreferenzialità del sistema (alle imprese converrebbe mantenere basso il livello delle misure applicate, per non innalzare gli *standard*). In questo senso, allora, è da preferire la soluzione che impone l’applicazione delle misure tecnologicamente disponibili nel mercato, da un lato senza richiedere “illuministici” sforzi dei datori di lavoro, di cercare cioè misure tecnologicamente ancora più avanzate, in astratto possibili secondo la scienza, ma in concreto non “di mercato” (e dunque difficilmente reperibili, e probabilmente economicamente troppo onerose); ma, dall’altro lato, senza nemmeno richiedere l’ulteriore condizione che le misure siano divenute degli *standard* del settore. È vero che, con buona probabilità, le misure disponibili sul mercato sono tali pure (ma non necessariamente) perché fanno parte degli *standard* aziendali; ma è anche vero che attestarsi sul livello di tecnologia generalmente praticato «equivarrebbe a disincentivare le imprese da investimenti finalizzati a miglioramenti tecnologici, che, quand’anche raggiunti, avrebbero difficoltà ad essere commercializzati all’interno del comparto produttivo di riferimento» (Soprani 2001, p. 181).

Ad ogni modo, indipendentemente dalla soluzione accolta, non si può non nascondere che il criterio della massima sicurezza tecnologica, trasportato dal piano astratto “di sistema” (e dunque innanzitutto legislativo) a quello concreto applicativo, di parametro di valutazione giudiziale del corretto adempimento dell’obbligo di sicurezza, porta con sé le inevitabili perplessità legate all’incertezza dei confini quell’obbligo, tanto più significativa in ragione della rilevanza penale delle infrazioni datoriali. Da qui le altrettanto inevitabili contraddizioni: si pensi ad esempio alla stessa dottrina, dove, pur se si condivide l’obiettivo della massima sicurezza tecnologica, è frequente il richiamo ad una applicazione “ragionevole” di quel principio (Lai 2002, p. 23; Montuschi 1995; Romei 1997, pp. 64-66); ma anche alla stessa Corte di Giustizia Europea che, per un verso, sostiene quel principio, e pertanto ha condannato l’Italia per non corretta trasposizione degli artt.

6 e 7 direttiva n. 89/391/CE, dal momento che l'art 4, 1° c., non specificava che la valutazione di rischi doveva essere oggetto di aggiornamento in funzione del progressivo sviluppo delle condizioni e delle ricerche scientifiche⁵⁵; per altro verso, ritiene insufficiente una tutela affidata a norme elastiche e “di chiusura”, come appunto l'art. 2087 c.c. o altre norme della legislazione tecnica, che non possono sopperire all'assenza/mancata trasposizione di precetti contenenti requisiti minimi vincolanti, e non sono soprattutto in grado di definire situazioni giuridiche sufficientemente chiare, con i relativi effetti in termini di certezza dei diritti per i destinatari degli obblighi⁵⁶

In che modo incide, se incide, sullo *status quo ante*, il d.lgs. n. 81/08? sul punto si può partire dalla considerazione che il legislatore non è riuscito (o non se l'è sentita) di dire una parola (più) chiara in merito (v. Carinci 2008, p. L), evitando di “scegliere” tra le diverse locuzioni e possibili formule ermeneutiche del principio in questione.

Eppure, è possibile rinvenire ancora tracce evidenti dello stesso: ad es. nella lettera n) della norma sulle definizioni (art. 2 d.lgs. n. 81/08), dove la “prevenzione” è definita anche con riferimento ai parametri dell'art. 2087 c.c. (particolarità del lavoro, esperienza e tecnica), sui quali notoriamente poggia gran parte delle fondamenta del principio della “Massima Sicurezza Tecnologica”.

Così pure, la lettera c) della norma sulle misure generali di tutela (art. 15) poc'anzi richiamata, impone l'eliminazione dei rischi, o la loro riduzione al minimo, in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico.

Ancora, l'art. 18 (lett. z), tra gli obblighi del datore di lavoro, prevede quello di aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione.

Proprio quest'ultima norma offre segnali significativi in altra direzione: quella cioè di limitare gli spazi di incertezza (e relativa discrezionalità valutativa) in ordine ai confini dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro.

Se infatti si vanno a guardare le norme (artt. 55 ss.) che nel d.lgs. n. 81/08 dispongono le sanzioni per la violazione degli obblighi del titolo I), ci si rende conto che il sopracitato obbligo di aggiornamento è sanzionato penalmente solo nella sua prima parte (c. art. 55, co. 1, lett. a), escludendo dunque la “diretta” punibilità penale dell'obbligo di aggiornare le misure di prevenzione (anche) in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione. Riducendo notevolmente in tal modo la effettiva portata dell'obbligo stesso, e di fatto circoscrivendolo all'evoluzione organizzativa e produttiva.

Allo stesso modo, se si esaminano anche altre norme che, nei titoli successivi del decreto, prevedono, in relazione ai diversi settori e/o rischi, le misure (obblighi) di prevenzione, e che contengono formule general-generiche riconducibili al principio della MSTP, di riduzione al minimo dei rischi mediante adozione di misure che tengano conto del progresso tecnico (v. ad es. artt. 182, 192), ci si rende conto che tali misure non assurgono al rango di obblighi penalmente sanzionati.

⁵⁵ CGCE 15.11.2001, C-49/00, in *RIDL*, 2002, II, 221.

⁵⁶ CGCE 10.4.2003, C-65. v. anche CGCE, 14 giugno 2007, III sezione, causa c—127/05 in *RIDL*, 2008, II, p. 3 ss., con nota di Bonardi; Sul punto v. Fantini 2004, 131 ss.; Albi 2008.

In tal modo, il legislatore sembra essersi sforzato di ridurre, se non di evitare, la possibilità di conflitto tra norme di prevenzione e principi costituzionali in materia penale che, come noto, in passato hanno indotto gli interventi della Corte costituzionale sopra ricordati; ciò, anche tenendo conto della ulteriore accentuazione dei contenuti (modalità di attuazione) “organizzativi” e “procedurali” degli obblighi di sicurezza, pare anche ridurre in qualche modo la possibile rilevanza “diretta” (penale) del principio astratto della MSTP nella delimitazione dell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro. Come sempre, sarà il “diritto vivente” a confermare o smentire questa possibile evoluzione.

Riferimenti Bibliografici

- Aidlass (2007), *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, Giuffré, 2007.
- Albi P. (2008), *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087 c.c.*, Il Codice Civile. Commentario. Fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffré, Milano.
- Balandi G.G. (1993), *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in *QDLRI*, n. 14, p. 77.
- Bonfiglioli A. (2007), *Delega di funzioni e soggetti penalmente responsabili alla stregua del s.lgs. n. 626/94, come modificato dal d.lgs. n. 242/96*, in *Mazzacuva, Amati 2007*, p. 15.
- Brunelli R. (2008), *La delega di funzioni e l’esercizio di fatto di poteri direttivi*, in *Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008)*, p. 228.
- Carinci F. (2008), *Prefazione*, in *Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008)*, p. XXXIII.
- Culotta A., Di Lecce M., Costagliola G.C., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Pirola.
- Dovere S. (2008), *L’impatto della l. 3.8.2007, n. 123 sull’apparato sanzionatorio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in *Rusciano, Natullo (2008)*, p. 105.
- Fantini L. (2004), *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: orientamenti giurisprudenziali*, in *DRI*, p. 131.
- Galantino L. (1996), *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in Galantino (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, Milano, Giuffré, p. 1 ss.
- Genito P. (2008), *Il ruolo dei preposti*, in *Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008)*, p. 243.
- Gentile M.R. (2008), *I dirigenti e i preposti*, in *Tiraboschi (2008)*, p. 207.
- Guariniello R. (2001), *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, in *RGL*, p. 537.
- Golzio L. (2008), *La prevenzione e la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nel quadro del cambiamento della organizzazione aziendale*, in *Tiraboschi (2008)*, p. 27.
- Lai M. (2002), *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino.
- Lanotte M. (2002), *Profili evolutivi dell’obbligo di sicurezza nell’elaborazione giurisprudenziale*, in *DRI*, n. 1, p. 125.
- Maggi B. (1997), *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L’orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in *Montuschi (1997)*, p. 323 ss.

- Marino V. (1997), *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in RIDL, II, p. 27.
- Marra G. (2008), *Modelli di organizzazione e di gestione*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008), p. 483
- Mazzacuva N., Amati E, (2007) (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in F. CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro, Commentario*, VII, Utet, Torino.
- Monda G.M. (2008), *La valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008), p. 327 ss.
- Montuschi L. (2007), *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 799 ss.
- Montuschi L. (2006), *La Corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, I, p. 3.
- Montuschi L. (2001), *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in RGL, p. 501.
- Montuschi L. (1997), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Montuschi L. (1995), *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in LD, 3, p. 416.
- Montuschi L. (1994), *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in RIDL, I, p. 321.
- Montuschi L. (1976), *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, Milano, F. Angeli.
- Natullo G. (2008), *Presupposti e finalità della l. n. 123/2007 tra riordino (delega) e rimedi immediati*, in Rusciano, Natullo (2008).
- Natullo G. (1996), *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in DLRI, p. 665.
- Natullo G. (1995), *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino.
- Pasquarella V. (2008), *La responsabilità nel sistema degli appalti*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008), p. 297 ss.
- Nogler L. (2002), *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico*, in RIDL, I, p. 287.
- Padula A. (1998), *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro*, Padova, Cedam.
- Pascucci P. (2008), *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 73/2008, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm.
- Pulitanò D. (1985), *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in RGL, IV, p. 1.
- Romei R. (1997), *Il campo di applicazione del D.Lgs. n.626/94 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 59.

- Russo A. (2008), *La delega di funzioni e gli obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in Tiraboschi (2008), p. 217.
- Rusciano M., Natullo G. (2008) (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento alla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in F. CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro, Commentario*, VIII, Torino.
- Soprani P. (2001), *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffré.
- Speziale V. (2007), *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 60/2007, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm.
- Stolfa F. (2008a), *Le definizioni*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008), p. 52 ss.
- Stolfa F. (2008b), *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008), p. 202.
- Tiraboschi M. (2008) (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffré, Milano.
- Venturi D. (2008), *I datori di lavoro pubblici*, in Tiraboschi (2008), p. 159.
- Zoppoli L. (2008), *I principi generali e le finalità*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo (2008), p. 3.
- Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (2008) (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Commentario al D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, Ipsoa-Wolter Kluwer.

Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*

Lorenzo Bordogna

1. Il problema	38
2. I due versanti dell'autonomia dirigenziale	40
3. Una proposta	44
Riferimenti	47

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 92/2009

1. Il problema

Fino al rivolgimento in corso, ad opera della legge 15/2009 e dei decreti attuativi in via di approvazione, la riforma della pubblica amministrazione e del lavoro pubblico in Italia, avviata nel 1992-3 e integrata nel 1997-8, si reggeva, come noto, su alcuni pilastri fondamentali. Tra questi: il principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa; il rafforzamento dell'autonomia e della responsabilità dirigenziali; la privatizzazione/contrattualizzazione del rapporto di impiego e la riforma delle relazioni sindacali; l'introduzione di tecniche manageriali tipiche del settore privato, anche in materia di gestione delle risorse umane. Un programma che, in vari tratti di fondo, presentava elementi di affinità con l'ormai ben noto approccio del '*new public management*', che ha dominato l'agenda della riforma burocratica nell'ultimo ventennio in diversi paesi industriali avanzati, sostenuto anche da numerose pubblicazioni dell'Oecd, inizialmente con grande entusiasmo (per tutte, Oecd 1995), poi decisamente con maggiori cautele e qualificazioni (Oecd 2005; 2007; per osservazioni in merito Bordogna 2008). Un programma, quello del NPM, ispirato alla *Public Choice* e alle teorie economiche dell'organizzazione (specie la teoria principale/agente), che mirava, per riprendere le parole di Christopher Hood, a rimuovere ogni differenza tra settore pubblico e settore privato dell'economia (Hood 1991 e 1995).

Per quanto riguarda il nostro Paese, in particolare, l'opzione di valorizzare la contrattazione collettiva come metodo principale di regolazione del lavoro pubblico -un'opzione non scontata dopo il disastro della legge quadro del 1983 e il "regime di doppia tutela" da essa introdotto, come lo aveva definito Giugni, pressoché unico in Europa, con il sostanziale "obbligo a contrattare e a contrarre" denunciato da Treu- conosceva un pieno dispiegamento nella cosiddetta seconda privatizzazione, con i provvedimenti del 1997-98 e le successive tornate di contrattazione collettiva. Un pieno dispiegamento del metodo contrattuale che si manifesta almeno in tre aspetti: l'estensione della disciplina privatistica e contrattuale anche ai dirigenti generali ed equiparati delle amministrazioni pubbliche, precedentemente esclusi; l'estensione della regolazione privatistica e, nella prassi, anche contrattuale alle dimensioni della cosiddetta micro o bassa organizzazione, con tendenza a risalire a monte; il potenziamento degli spazi e dell'autonomia della contrattazione di secondo livello, non a caso ridenominata da 'decentrata' a 'integrativa'. Un potenziamento, quest'ultimo, favorito anche dalla norma contenuta in vari contratti nazionali di comparto per il quadriennio 1998-2001 che consente alle singole amministrazioni, in analogia con quanto avviene nel settore privato, di immettere risorse proprie per il trattamento accessorio del personale, aggiuntive a quelle a ciò destinate dal contratto di livello superiore, purché finalizzate alla attivazione di nuovi servizi o di processi di riorganizzazione degli enti, non sottoposte a particolari vincoli se non l'individuazione della copertura finanziaria nell'ambito delle capacità di bilancio degli enti stessi (Vignocchi 2007; Bordogna 2007).

Questa valorizzazione del metodo contrattuale si abbinava, almeno nelle originarie intenzioni programmatiche, a due elementi strettamente connessi. Da un lato, una riforma in senso meno cogestionale e più 'volontarista' delle relazioni sindacali, che non escludesse la possibilità di una regolamentazione unilaterale delle amministrazioni pubbliche, una volta esaurita senza successo la trattativa (per una sottolineatura recente di questo aspetto, Carinci 2009c, in particolare p.

32)⁵⁷. Dall'altro, una maggiore responsabilizzazione del datore di lavoro pubblico (anche) come gestore delle relazioni di lavoro e della contrattazione collettiva. In breve, si sceglieva di privilegiare la regolazione congiunta dei rapporti di lavoro, conferendo grande autonomia alle parti (anche a livello decentrato, dopo la seconda privatizzazione del 1997-98), ma al contempo si intendeva rafforzare il binomio virtuoso autonomia/responsabilità degli attori, sul quale soltanto si fondano gli effetti benefici del metodo negoziale di regolazione degli interessi. Essenziale a tale scopo, come hanno sottolineato i teorici inglesi del pluralismo, è l'esistenza di un genuino contrasto di interessi tra le parti, ed il connesso "rischio che un accettabile compromesso non sia sempre inevitabile o disponibile". Se manca questo contrasto, se il rischio di non raggiungere l'accordo è inesistente "la contrattazione collettiva sarebbe una mistificazione" (Clegg 1975). Non solo, ma il metodo negoziale, invece di produrre effetti virtuosi, permettendo l'aggiustamento libero e volontario degli interessi in campo, rischia di generare comportamenti collusivi tra gli attori, i cui costi ricadono inevitabilmente su terze parti non coinvolte nell'accordo – nel caso in questione, utenti dei servizi pubblici, contribuenti e cittadini in senso lato. Perché si produca questo contrasto è essenziale, a sua volta, la presenza di una dirigenza forte e responsabile, portatrice degli interessi dell'amministrazione come tale e direttamente interessata al suo buon andamento, rispettosa ovviamente degli indirizzi del vertice politico ma da questo autonoma nei propri comportamenti gestionali e negoziali, così come autonoma nei confronti della controparte sindacale. È opportuno sottolineare, per evitare equivoci, che genuino contrasto di interessi non significa conflitto e contrapposizione fini a se stessi, negazione aprioristica della possibilità di accordo e di cooperazione tra le parti, essendo peraltro la cooperazione spesso essenziale per il buon funzionamento delle amministrazioni e la qualità dei servizi offerti. Ma significa che l'accordo deve servire gli interessi di entrambe le parti, quelli dei lavoratori e dei sindacati da un lato, e quelli dell'amministrazione dall'altro, i quali ultimi possono essere fatti valere solo da una dirigenza autorevole, autonoma e responsabile, dal momento che, diversamente dal settore privato, non esiste nella Pubblica amministrazione un datore di lavoro che *naturaliter* conosce e tutela gli interessi della propria organizzazione.

L'esperienza applicativa, come noto, ha dimostrato serie debolezze sul terreno della responsabilizzazione della dirigenza, specie a livello decentrato, con una molteplicità di effetti distorsivi. Nell'ambito delle relazioni sindacali, questi effetti si sono manifestati, tra l'altro, attraverso esiti della contrattazione integrativa e delle dinamiche retributive successive al 1999-2000 molto distanti da quelli del settore privato nello stesso periodo (Dell'Aringa 2007; Vignocchi 2007; Tronti 2006 e 2007, dove però sono segnalati scostamenti attenuati in un più lungo periodo, dai primi anni '90). Ma, essendo la ridefinizione del ruolo della dirigenza una componente cruciale dell'intero disegno riformatore degli anni Novanta, e soprattutto della seconda privatizzazione, le conseguenze negative di questa mancata responsabilizzazione vanno ben al di là dei pur importanti

⁵⁷ V. anche Zoppi (2009c: 241), dove si sottolinea che, nel quadro normativo vigente, "è assolutamente pacifico che, grazie all'*habitat* privatistico, le amministrazioni pubbliche non hanno più alcun obbligo né a trattare né a contrarre", sebbene l'Autore stesso avverta poche righe dopo come questa regola subisca una rilevante attenuazione, in quanto la previsione che "il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi" (d. lgs. 165/2001, art. 45, comma 1) introduce a favore della contrattazione una sorta di riserva di competenza relativamente a questa importante materia. Rusciano (2008: 30), d'altro canto, ricorda come la dimensione del potere unilaterale del dirigente pubblico sia stata "stemperata" nella seconda privatizzazione, grazie all'inglobamento nell'area privatizzata della c.d. micro-organizzazione, e come ciò si possa rimarcare, in particolare, nel passaggio dall'art. 10 del d.lgs. 29/1993, che salvaguardava, in ultima istanza, "l'autonoma determinazione definitiva e la responsabilità dei dirigenti" in materia di gestione dei rapporti di lavoro, all'art. 9 del d.lgs. 165/2001, dove questa clausola è lasciata cadere. V. in proposito anche Carinci 2009a: 9.

effetti sulla contrattazione decentrata, per coinvolgere il più generale processo di rinnovamento della Pubblica amministrazione come tale.

2. I due versanti dell'autonomia dirigenziale

Non sorprende, quindi, che il tema della dirigenza e della regolazione del ruolo dirigenziale sia quasi costantemente al centro delle riflessioni critiche sull'esperienza applicativa del processo di riforma degli anni Novanta, in particolare della seconda privatizzazione. Una riflessione critica che spesso dall'esperienza applicativa risale allo stesso quadro normativo, sia pure con toni e accenti diversi e diversi gradi di insoddisfazione da un autore all'altro.

Così, ad esempio, e senza alcuna pretesa di esaustività, in un recente bilancio a dieci anni di distanza dai provvedimenti del 1997-98 (Zoppoli 2008), il tema in questione, nei suoi vari aspetti, ricorre in tutti i tipi di soluzione che, secondo l'Autore, "non hanno funzionato", a causa o di carenze normative all'origine, o di inadeguata applicazione, o infine di mancata attuazione. Tra le prime rientra soprattutto la carente o irrealistica configurazione del ruolo datoriale e organizzativo/gestionale del dirigente, nel suo rapporto con il vertice politico da un lato, ma anche nella sua veste di controparte sindacale. Tra le soluzioni male applicate, ma bisognose probabilmente anche di correttivi di tipo legislativo, è segnalata la disciplina degli incarichi dirigenziali, sia ai dirigenti con rapporto di lavoro a tempo indeterminato che ai dirigenti cosiddetti esterni, assunti con contratto a termine e senza selezione pubblica, ed il connesso problema dello *spoils system*. Tra le terze, infine, la valutazione della dirigenza, che non è mai decollata o non ha prodotto gli effetti auspicati -e non solo, a dire il vero, per negligenza dei soggetti coinvolti, ma perché mal disegnata, come suggeriscono altre considerazioni dello stesso Zoppoli (*ivi*, p. 28, e 2009a: 161-2) e come sottolinea con forza, tra altri, Pallini (2009: 136-37).

Analogamente, altri studiosi, in una prospettiva di "manutenzione anche profonda della riforma" stessa, sia pure senza stravolgimenti, sottolineano l'esigenza di mettere al centro di eventuali nuovi interventi regolativi il "funzionamento dell'amministrazione come datore di lavoro" e quindi il tema della dirigenza, "vero cuore pulsante della riforma" (Caruso-Zappalà 2007: 7). Opportunamente le ragioni delle inefficienze a valle, con effetti sull'erogazione dei servizi, vengono individuate in "blocchi e vischiosità nella parte iniziale della catena di funzionamento e comando delle amministrazioni" (p. 8)⁵⁸. In particolare, il mancato decollo del circolo virtuoso che la riforma si proponeva di attivare tra disciplina degli incarichi dirigenziali, procedure di valutazione e responsabilità dei dirigenti viene sì ricondotto a fattori contingenti e a cattive pratiche che questi hanno generato (mancata individuazione degli obiettivi della dirigenza, valutazioni solo formali, non funzionamento dei meccanismi di imputazione della responsabilità dirigenziale e disciplinare, distribuzione a pioggia degli incentivi economici senza controllo dei risultati), ma, pur evitando generalizzazioni e tenendo conto delle diversità delle pubbliche amministrazioni, vengono richiamate anche "alcune strutturali opacità dell'attuale quadro normativo", con un focus particolare sui "legami eccessivi, non controllati e non controllabili, tra politica e gestione" (p.8-9).

⁵⁸ Detto con il linguaggio delle teorie economiche dell'organizzazione, nel caso in questione l'eventuale opportunismo degli agenti è un problema derivato, il vero problema essendo la debolezza del principale (Bordogna 2008). Ed è quindi intervenendo su questo punto che si può sperare di ottenere risultati più rilevanti.

La ricognizione della recente letteratura sul tema potrebbe ampiamente continuare (oltre ai testi già citati, v., tra altri, D'Alessio 2007, 2008, 2008a, 2008b; D'Alessio, Ferrante, Pioggia 2008; Carinci 2006 e 2009a; Talamo 2007; Treu 2007; da ultimo Bellavista 2009, con ricchi riferimenti).

Ciò che importa sottolineare, tuttavia, è che quasi sempre al centro dell'attenzione viene posto il rapporto tra organo politico e dirigenza amministrativa: è su questo crinale, della tutela dalle interferenze della politica, che viene declinato il problema di come garantire l'autonomia della dirigenza, quale condizione per realizzare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento delle pubbliche amministrazioni. Una condizione di importanza preminente, che sembra diventare talora quasi condizione esclusiva e in sé sufficiente, non solo necessaria. Di qui il ritorno martellante della discussione sulla questione circa la maggiore o minore adeguatezza della soluzione individuata nella seconda privatizzazione al problema, davvero rilevante, della ambivalenza della figura del dirigente nella pubblica amministrazione, specie dell'alta dirigenza. Una figura caratterizzata da una "insanabile doppiezza", che è insieme datore di lavoro e lavoratore dipendente, collaboratore stretto del politico e garante dell'imparzialità e del buon andamento degli uffici pubblici, "Giano bifronte", "figura bicefala", "soggetto composito", "figura organizzativa scissa a funzione doppia", per ricordare alcune delle qualificazioni più ricorrenti (ad esempio Nicosia 2009: 67; Zoppoli 2009a: 152-3; Esposito 2009: 242; Caruso-Zappalà 2007: 11). La soluzione, come è noto, è basata sulla distinzione tra stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, al quale si accede per pubblico concorso, da un lato, e temporaneità dell'incarico dirigenziale dall'altro, dal quale dipende in realtà lo status e il prestigio professionale del dirigente in questione, ed anche il trattamento economico. Di qui, quindi, la centralità dell'atto di conferimento dell'incarico (con qualche distinzione tra dirigenza apicale e di base; Carinci 2009a: 11), con tre connesse questioni, strettamente interrelate. La questione relativa alla natura giuridica dell'atto in questione. Ovvero, se contratto tra le parti, in cui si definiscono consensualmente oggetto, obiettivi, durata e trattamento economico dell'incarico stesso, con una conseguente, o presunta, responsabilizzazione del dirigente sul raggiungimento degli obiettivi concordati, oppure provvedimento unilaterale che vede il momento negoziale-consensuale limitato al solo trattamento economico e quindi una minore responsabilizzazione sugli obiettivi. In secondo luogo la questione concernente gli spazi di discrezionalità dell'organo politico in merito al conferimento, rinnovo e revoca dell'incarico stesso, e quindi il tema dello *spoils system*, all'italiana o meno che sia, a regime o *una tantum*. E infine l'assoluta rilevanza, nell'architettura della seconda privatizzazione, della valutazione della dirigenza, come "elemento di chiusura di tutto il sistema" (Talamo 2007: 137), anello indispensabile sia per attivare il circolo virtuoso autonomia/responsabilità, al servizio del principio di buon andamento, sia per porre un argine alla discrezionalità dell'organo politico a tutela dell'autonomia dei dirigenti e dell'imparzialità della loro azione. Una rilevanza che non mette tuttavia il momento della valutazione al riparo da una sorta di situazione schizofrenica, o di dilemma paralizzante, tale per cui se da un lato senza valutazione dei risultati "manca l'essenza stessa della privatizzazione", dall'altro l'esigenza di garantire l'indipendenza del dirigente imporrebbe il rispetto di garanzie procedurali tanto rigide da paralizzare lo stesso processo di valutazione, riportando la situazione al punto da cui si era partiti con il disegno di riforma (Zoppoli 2009a: 154-5). D'altro canto, "senza garanzie procedurali la valutazione finisce dritta dritta nelle mani del politico di turno". In breve, o si privilegia il risultato dell'azione amministrativa, con il rischio di sottomissione del dirigente al politico momentaneamente in carica, o si garantisce formalmente l'indipendenza del dirigente, con il rischio però di rendere più difficile e irrealistica la valutazione del risultato.

Come già osservato, è dunque sul versante del rapporto tra dirigenti e organo politico che in queste ricostruzioni critiche si gioca l'autonomia della dirigenza, ed è questa la dimensione problematica considerata come assolutamente preminente nella contrattualizzazione della dirigenza pubblica. In effetti, questo complesso di rapporti, e le soluzioni individuate per districarne il groviglio, costituiscono uno snodo tanto originale quanto cruciale dell'assetto della seconda privatizzazione, la cui oggettiva importanza è tale da giustificare i fiumi di inchiostro dedicati al tema da giuristi del lavoro e giuristi amministrativi. Con posizioni differenziate tra uno studioso e l'altro non tanto circa i limiti attuativi di questa parte della riforma –sulle difficoltà o addirittura il fallimento in proposito la convergenza è elevata– quanto piuttosto relativamente al giudizio sul grado di realismo della soluzione individuata, sulla sua capacità di garantire un equilibrato bilanciamento tra l'autonomia della dirigenza apicale dall'organo di governo politico e la responsabilità rispetto alla realizzazione degli obiettivi e degli indirizzi da questo dettati (Pallini 2009: 123-4), o viceversa sulla più o meno radicale inadeguatezza della soluzione normativa in questione⁵⁹. L'orientamento più apertamente critico in proposito è probabilmente quello espresso da Rusciano, in un articolo peraltro dal titolo quanto mai esplicito (“Contro la *privatizzazione* dell'alta dirigenza”). In esso si pone infatti la domanda se sia “coerente, per garantire una equilibrata relazione orizzontale fra ‘politica’ e ‘amministrazione’, vero fulcro della riforma della dirigenza, utilizzare lo strumento contrattuale”, avanzando seri dubbi sulla congruenza del mezzo rispetto al fine (Rusciano 2005: 630). Una domanda particolarmente pertinente con riferimento all'alta dirigenza, “datore di lavoro in carne e ossa” che “va spesso visto come controparte degli *altri* dipendenti”, per la quale, secondo l'Autore, è difficile negare che “lo spirito dell'*esercizio del potere* prevalga su quello della *prestazione d'opera*, fino ad assorbirlo”, tale per cui le garanzie, se mai, andrebbero assicurate alla funzione esercitata, non alla persona che la esercita (*ivi*: 624, enfasi originaria). In tal modo viene del tutto rovesciata l'interpretazione di chi vede nella contrattualizzazione e nella condivisione negoziale degli obiettivi tra dirigenza e organo politico all'atto del conferimento dell'incarico la condizione indispensabile per l'autonomia e la responsabilizzazione dei dirigenti.

Differenze a parte, tuttavia, qui preme sottolineare come non altrettanta attenzione sia in genere riservata all'altra importante componente dell'autonomia dirigenziale implicata dal processo di contrattualizzazione, quella sul versante del rapporto con i sindacati. Questo aspetto resta relativamente in secondo piano, se non del tutto trascurato, rispetto a quella che, probabilmente a ragione, viene considerata la questione principale. Eppure non si tratta di una dimensione irrilevante ai fini della responsabilizzazione e del rafforzamento dell'autorità della dirigenza pubblica, specie di grado più elevato. Tra i due versanti dell'autonomia dirigenziale, quello verso la politica e quello verso i sindacati, c'è un nesso che non sempre viene colto, con poche eccezioni. Secondo Rusciano, ad esempio, se l'incardinamento dell'alto dirigente nella funzione mediante contratto può compromettere la distinzione tra l'interesse generale e gli interessi particolari dei contraenti, con conseguenze sull'imparzialità dell'azione amministrativa, le spinte alla sindacalizzazione dell'alta dirigenza contrattualizzata potrebbero avere addirittura effetti devastanti sull'assetto

⁵⁹ Per sfumature varie, Pallini 2009; Zoppoli 2009a; Caruso-Zappalà 2007; Carinci 2009a, dove si parla, a proposito della distinzione tra rapporto di lavoro e rapporto di incarico, di “soluzione altamente problematica da ogni punto di vista, teorico e pratico” (p.10); fino alle posizioni più critiche di Talamo 2007, dove si suggerisce di eliminare il termine di durata dell'incarico, salvo per una ristretta fascia di posizioni fiduciarie, ricomponendo in tal modo la scissione tra rapporto di lavoro e incarico (p. 145), e di Rusciano 2005, ripreso più ampiamente nel testo.

politico-istituzionale, data la capacità di esprimere pressioni alle quali nessun politico sarebbe in grado di resistere (Rusciano 2005: 630).

Un segnale di questa capacità di pressione si può forse cogliere anche nella dinamica retributiva dell'alta dirigenza negli anni successivi alla seconda privatizzazione, estremamente più accentuata rispetto a quella della dirigenza di base e alla dinamica generale del pubblico impiego, combinata a sua volta con un notevole aumento della quota variabile della retribuzione rispetto alla componente fissa, sconosciuto nella dirigenza di base. Queste dinamiche sarebbero state rese possibili, secondo alcuni osservatori (Talamo 2007: 139; Torchia 2009: 296-7), dalle norme della seconda privatizzazione che hanno ammesso la contrattazione individuale del trattamento retributivo fondamentale e accessorio per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale, possibilità invece non riconosciuta alla dirigenza di base⁶⁰. Questa divaricazione di esiti potrebbe suggerire che è la combinazione tra elevata sindacalizzazione e possibilità di contrattazione individuale, a partire dai minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva, ad avere effetti dirompenti. Effetti tali da condizionare gli organi politici, ma anche da generare dubbi se per tale strada non passi allo stesso tempo non già l'autonomia ma una dipendenza dell'alta dirigenza dal vertice politico, in un rapporto distorto: forte abbastanza, l'alta dirigenza contrattualizzata e sindacalizzata, per imporre dinamiche retributive molto spinte, ma allo stesso tempo legata a filo doppio al vertice politico, dal quale dipendono in ultima istanza queste dinamiche, oltre a processi di valutazione disattenti o generosi che fanno scattare la retribuzione di risultato in forma generalizzata e ai massimi livelli.

In aggiunta a queste considerazioni, c'è poi da domandarsi quanto la contrattualizzazione delle condizioni di impiego dei dirigenti, e soprattutto degli alti dirigenti, con una regolazione collettiva che vede tra i protagonisti i medesimi soggetti sindacali che rappresentano i loro stessi dipendenti, abbia concorso al mancato funzionamento del modello privatistico nel settore pubblico. Una domanda pertinente se è vero, come è stato osservato, che il mancato funzionamento di tale modello si sarebbe verificato non tanto perché esso è incompatibile in linea di principio con il sistema amministrativo pubblico, bensì "perché si è avuta la pretesa di farlo funzionare senza un pezzo fondamentale: una vera dirigenza, preparata, autonoma, autorevole... capace, quindi, di atteggiarsi come vera 'controparte' nell'innovazione/scontro con il sindacato" (Rusciano 2008: 31). Ma come è possibile, viene da aggiungere, che si sviluppi un tale atteggiamento, una tale capacità di resistere alle pressioni sindacali in una contrattazione collettiva virtuosa, se in certi casi la dirigenza rischia di trovarsi a giocare il ruolo di controparte di se stessa, tanto da dovere prevedere nei contratti collettivi una apposita clausola per impedire che ciò si verifichi?⁶¹

⁶⁰ Secondo l'art. 24, comma 2, d.lgs 165/2001, "per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale, ... , con contratto individuale è stabilito il trattamento economico fondamentale, assumendo come parametri di base i valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, e sono determinati gli istituti del trattamento economico accessorio collegato al livello di responsabilità attribuito con l'incarico di funzione e ai risultati conseguiti nell'attività amministrativa e di gestione, ed i relativi importi". Secondo Torchia (2009: 296), nel decennio 1993-2003 gli stipendi medi dei dirigenti generali sarebbero aumentati di circa il 160%, contro una crescita retributiva della dirigenza di base sostanzialmente in linea con le dinamiche generali del pubblico impiego nello stesso periodo (poco oltre il 40%).

⁶¹ V. ad esempio l'art. 11 (*Composizione delle delegazioni*), comma 3, del CCNL 1998-2001 per la dirigenza dell'Area I, che recita: "Il dirigente che sia componente di una delle rappresentanze sindacali di cui all'art. 10 non può essere soggetto di relazioni sindacali in nome dell'ente per l'area della dirigenza". Detta clausola è ribadita, con variazioni marginali, nel CCNL 2001-05 sempre per l'Area I, art. 13, comma 3.

Per tutte queste ragioni è condivisibile la considerazione che, tra le condizioni di contesto per la creazione di una dirigenza pubblica autorevole, autonoma e responsabilizzata, “rientra anche una definizione corretta dei rapporti fra dirigenza pubblica e organizzazioni sindacali su basi di autonomia reciproca” (Treu 2007: 295).

3. Una proposta

La proposta che viene qui formulata nelle sue linee essenziali è ispirata alle considerazioni sopra svolte. Essa vorrebbe concorrere a creare il contesto per una maggiore autonomia della dirigenza pubblica, specie dell’alta dirigenza, sul versante –forse secondario ma importante- del rapporto con i sindacati. Autonomia intesa a sua volta come condizione indispensabile per un utilizzo virtuoso della contrattazione collettiva quale metodo privilegiato di regolazione del lavoro pubblico. Come tale, la proposta che segue intende restare nel solco principale della riforma del lavoro pubblico avviata nel 1992-93, collocandosi tra le operazioni di manutenzione forse “anche profonda” della riforma, ricordate da Caruso e Zappalà (2007), ma senza stravolgimenti rispetto all’impianto fondamentale, incluso quello della seconda privatizzazione. Semmai, essa si propone come un contributo, sia pure limitato e indiretto, affinché la nota previsione del secondo comma dell’art. 5 del d.lgs 165/2001, il richiamo “alle capacità ed ai poteri del privato datore di lavoro” nelle determinazioni inerenti l’organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro, non continui a restare una mera finzione retorica. La proposta potrebbe poi anche concorrere a rimediare alcuni degli effetti distorti, sopra richiamati, della contrattualizzazione individuale dei trattamenti economici dell’alta dirigenza. Effetti distorti sia per le dinamiche retributive che hanno messo in moto, sia soprattutto con riferimento ad una effettiva autonomia dell’alta dirigenza dagli organi politici, da cui quelle dinamiche dipendono.

La proposta consiste essenzialmente nel superamento della contrattazione collettiva e della contrattazione individuale per la determinazione dei trattamenti economici e di eventuali altri aspetti delle condizioni di impiego dell’alta dirigenza, sostituendola con un meccanismo che non è in senso stretto né regolazione unilaterale da parte del potere politico né contrattazione collettiva. Tale meccanismo si ispira a quello dei cosiddetti *pay review bodies* dell’esperienza britannica, presente già nei primi anni settanta per alcuni gruppi di dipendenti pubblici (ad esempio medici e dentisti del Sistema Sanitario Nazionale), ed esteso a varie altre categorie nei decenni successivi sia sotto i governi conservatori che laburisti, fino ad abbracciare negli anni più recenti oltre il 30 dei dipendenti pubblici inglesi, e forse più (tra cui gli insegnanti delle scuole pubbliche e tutti i dipendenti del servizio sanitario nazionale). Qualche cenno a questa esperienza può essere utile per comprendere il senso della proposta qui formulata, nella consapevolezza ovviamente che nessuna meccanica trasposizione è possibile né auspicabile.

I *pay review bodies* sono organismi di esperti nominati dal governo⁶², uno per ciascun gruppo di dipendenti interessati, che periodicamente forniscono al governo stesso *independent advice* circa

⁶² I Presidenti dei Pay Review Bodies sono nominati dal Primo Ministro, i componenti dal Primo Ministro o dai ministri competenti. Attualmente sono attivi 7 organismi, relativi rispettivamente alle forze armate, ai medici e dentisti, al personale del NHS, al personale delle prigioni, agli insegnanti pubblici, all’alta dirigenza pubblica (*senior civil service*) e (con caratteristiche leggermente diverse) al personale di polizia. Il numero di componenti dei vari organismi varia da un minimo di 2 a un massimo di 10, rispettivamente per quello del personale di polizia e quello per il *senior civil service*; per gli altri è compreso tra 5 e 9.

la retribuzione ed altri aspetti delle condizioni di impiego del gruppo in questione. Queste raccomandazioni sono espresse in Rapporti, in genere a cadenza annuale, che vengono redatti al termine di un processo che prevede la raccolta ed elaborazione indipendente della documentazione necessaria sulle caratteristiche del mercato del lavoro per le figure interessate, la comparazione con dinamiche di mercato di figure analoghe del settore privato, la predisposizione di studi *ad hoc*, ad esempio sull'inflazione ed il costo della vita, anche con l'ausilio tecnico di esperti del Tesoro, l'ascolto (separatamente) delle 'parti sociali', ovvero dei sindacati dei lavoratori e delle associazioni dei datori di lavoro pubblici interessati, i quali possono anche fornire documenti scritti con dati, evidenza empirica e considerazioni che ritengono opportuno fare presente alla commissione. Al termine di questo processo, come detto, l'organismo redige un *Rapporto* che consegna al governo con le raccomandazioni circa gli incrementi retributivi da riconoscere alle categorie interessate nel periodo successivo (in genere 12 mesi) ed altri aggiustamenti nelle condizioni di impiego. Il governo di norma accoglie queste raccomandazioni, salvo eccezioni molto rare (una proprio nella primavera del 2009; v. *infra*).

L'organismo che qui ci interessa è quello relativo all'alta dirigenza dello Stato, i *Senior Civil Servants* (SCS), circa 4200 alti dirigenti su un totale di circa 500 mila dipendenti del *Civil Service*. Secondo quanto informa l'*Office of Manpower Economics*, questo organismo, con il nome di *Review Body on Top Salaries*, è stato nominato nel Maggio 1971, parzialmente riformato e rinominato come *Review Body on Senior Salaries* (SSRB) nel 1993, con varie modificazioni negli anni dei *terms of reference*, ovvero delle linee-guida a cui deve attenersi, per tenere conto di orientamenti più generali del governo (come ad es. nel 2001, come conseguenza della *Comprehensive Spending Review*) o per adeguarsi a normative europee (ad es. nel 2003), o altre ragioni. Nel formulare le proprie raccomandazioni il *Senior Salaries Review Body* deve attenersi a criteri quali l'esigenza di reclutare, trattenere e motivare il personale qualificato a svolgere compiti differenziati di elevata responsabilità; le variazioni regionali e locali del mercato del lavoro; considerare le politiche governative per il miglioramento dei servizi pubblici e i requisiti dei singoli ministeri per il perseguimento dei rispettivi target; i vincoli dei fondi disponibili per i ministeri; l'obiettivo di inflazione del Governo. Deve anche considerare le differenze nelle condizioni di impiego tra settore pubblico e settore privato, tenendo conto della sicurezza relativa del posto di lavoro e del valore dei benefits non monetari.

Il personale a cui si applicano le raccomandazioni del SSRB riguardano i 40 *Permanent Secretaries* ed il personale delle tre fasce immediatamente inferiori (più una quarta banda, 1A, a cavallo tra la 2 e la 1, che è la fascia più bassa), secondo lo schema seguente: 179 dirigenti nella fascia 3; 755 nella fascia 2; 204 nella 1A e 3007 nella fascia 1. Lo stesso organismo formula raccomandazioni anche per le dinamiche retributive degli Ufficiali Superiori delle Forze Armate, il personale di grado più elevato dell'apparato giudiziario (*The judiciary*) e, dal 2007, i dirigenti di grado più elevato del Sistema Sanitario Nazionale.

I *Rapporti* non si limitano a raccomandare gli incrementi retributivi in senso stretto⁶³, ma includono anche analisi e suggerimenti sulla struttura della retribuzione e sulla consistenza e articolazione degli incentivi. Ad esempio, il *Rapporto* del 2007 segnala che nel 2006 l'ammontare dei *non-consolidated bonus awards*, miranti a compensare il contributo personale agli obiettivi organizzativi, è stato equivalente al 6,5% del monte salari complessivo (con l'obiettivo del governo di portarlo al 10% nel 2008) ed ha interessato circa il 67% dei Senior Civil Servants, contro il 75% dell'anno precedente⁶⁴. Nella medesima direzione, lo stesso *Rapporto* raccomanda per gli anni a venire di rafforzare ulteriormente il legame tra il sistema dei bonus riconosciuti ai *Senior Civil Servants* e la performance della struttura –un'esigenza sottolineata anche di recente dal Normington Report (2009)-, e considera "perverso" che tutti i dipartimenti dispongano della stessa quota di retribuzione da distribuire come bonus ai SCS indipendentemente dalla buona o cattiva performance di un particolare dipartimento in un determinato anno⁶⁵. Raccomandazioni che sono in linea con quelle del Cabinet Office nelle istruzioni da esso elaborate per la gestione della performance dei *Permanent Secretaries* e del *Senior Civil Service* per il 2007/08 e 2008/09, le quali indicano la necessità di un legame più stretto tra obiettivi strategici dei dipartimenti e obiettivi individuali ("*more explicit links between business and individual objectives*"), cui collegare il sistema di bonus annuali, facendo in proposito esplicito riferimento agli obiettivi definiti nei *Public Service Agreements* nell'ambito della *Comprehensive Spending Review* del 2007⁶⁶.

Inutile procedere ad illustrare nel dettaglio l'esperienza inglese. Quanto riportato dovrebbe essere sufficiente ad indicare la pertinenza, e potenziali benefici, di una soluzione analoga (con tutti gli adattamenti del caso) dal punto di vista del rafforzamento dell'autonomia della nostra alta dirigenza sia sul versante del rapporto con i sindacati sia su quello del rapporto con i vertici politici. L'esperienza esaminata non esclude spazi per differenziazioni individuali della remunerazione dell'alta dirigenza, ma dentro linee-guida tracciate da questi organismi indipendenti, più limitate nell'entità e non lasciate alla gestione discrezionale e quasi 'in isolamento' della contrattazione individuale tra dirigente interessato e vertice politico.

Quanto alla platea potenzialmente interessata, essa potrebbe riguardare i circa 550 dirigenti di I fascia dei ministeri, della Presidenza del Consiglio e delle agenzie fiscali, con la possibilità di estensione, pur non senza problemi che non è qui possibile considerare, anche all'alta dirigenza del comparto sanità (es. i circa 940 direttori generali) e degli enti locali. Quanto infine alla eventuale collocazione istituzionale di un simile organismo, e delle competenze ad esso attribuite, il problema potrebbe forse essere affrontato nel processo di attuazione della legge 15/2009. Ma, se la proposta qui formulata fosse ritenuta utile, non si tratterebbe dell'unica possibilità.

⁶³ La raccomandazione per il periodo con inizio 1 aprile 2009 era di un incremento generale di 2,1%, che il Governo, considerando le difficoltà dell'economia e delle finanze pubbliche, ha però deciso di non accogliere, riducendolo a 1,5%. V. Review Body on Senior Salary, 2009.

⁶⁴ Review Body on Senior Salaries, *Twenty-Ninth Report on Senior Salaries 2007*, Presented to Parliament by the Prime Minister, March 2007, p. 14. Il Rapporto del 2009 raccomanda che per il 2009-10 la proporzione del monte retributivo complessivo dei *Permanent Secretaries* destinata ai *non-consolidated, performance-related payments* sia pari all'8,6%.

⁶⁵ Review Body on Senior Salaries, *Twenty-Ninth Report on Senior Salaries 2007*, March 2007, p. 28, paragrafi 3.13-3.15.

⁶⁶ Cabinet Office, *Performance Management Guidance 2007/08 for Permanent Secretaries and the Senior Civil Service*, March 2007, p. 7-8. Nello stesso contesto, sia detto qui per inciso per segnalare come alcuni problemi non sono solo nostri, vengono sottolineati la scarsa qualità e i gravi ritardi del processo di definizione formale degli obiettivi con i propri collaboratori da parte di molti dirigenti.

Riferimenti

- Bassanini F. (2008), "I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione tra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza", in D'Alessio (a cura di), pp. 31-61
- Bellavista A. (2009), "La figura del datore di lavoro pubblico", Congresso Aidlass, Catania, maggio, pp. 1-74
- Bordogna L. (2007), "La contrattazione collettiva: un nuovo equilibrio tra centralizzazione e decentramento?", in Dell'Aringa, Della Rocca (a cura di), pp. 63-91
- Bordogna L. (2008), "Moral Hazard, Transaction Costs and the Reform of Public Service Employment Relations", in *European Journal of Industrial Relations*, 4, pp. 381-400
- Bordogna L. (2008b), "Audizione" del 10.9.08 al Senato della Repubblica, I Commissione Affari Costituzionali, ora in *Arannewsletter*, 4-5, inserto, pp. III-XVII
- Cabinet Office (2007), *Performance Management Guidance 2007/08 for Permanent Secretaries and the Senior Civil Service*, London: March
- Cabinet Office, Senior Civil Service (2009), *HR Practitioners' Guide to SCS Reward, Benefits & Recruitment, Final for 2008/09*, London: March
- Carinci F. (2006), "Di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno", in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, pp.
- Carinci F. (2009a), "Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato", in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 31, pp. 7-16
- Carinci F. (2009b), *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla L. n. 133/2008 alla L.D. n. 15/2009*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 88/2009
- Carinci F. (2009c), "Massimo D'Antona e la 'contrattualizzazione' del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.31, pp. 25-51
- Caruso B., Zappalà L. (2007), "La riforma 'continua' delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?", in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, pp. 1-24
- D'Alessio G. (2008) (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna: Il Mulino
- D'Alessio G. (2008a), "Introduzione", in D'Alessio (a cura di), pp. 7-30
- D'Alessio G. (2008b), "Audizione" del 10.9.08 al Senato della Repubblica, I Commissione Affari Costituzionali, ora in *Arannewsletter*, 4-5, inserto, pp. XVII-XXVIII
- D'Alessio G., Ferrante A., Pioggia A. (2008), "La disciplina degli incarichi della dirigenza professionale", in D'Alessio (a cura di), pp. 125-157
- Dell'Aringa C., Della Rocca G. (2007) (a cura di), *Pubblici dipendenti: una nuova riforma?*, Soveria Mannelli: Rubbettino
- Esposito M. (2009), "La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica e amministrazione", in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 31, pp. 241-257

- Hood, C. (1991) "A Public Management for All Seasons?", *Public Administration* 69, pp. 3–19
- Hood, C. (1995) "The 'New Public Management' in the 1980s: Variations on a Theme", *Accounting, Organizations and Society* 20(2/3), pp. 93–109.
- Merloni F. (2008), "Gli incarichi fiduciari", in D'Alessio (a cura di), pp. 117-123
- Mezzacapo D. (2009), "Il conferimento degli incarichi tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa", in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 31, pp. 177-207
- Nicosia G. (2009), "Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la 'buona' amministrazione", in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 31, pp. 65-109
- Oecd (1995), *Governance in Transition: Public Management Reforms in Oecd Countries*, Paris: Oecd
- Oecd (2005), *Modernising Government: The Way Forward*, Paris: Oecd Directorate for Public Governance and Territorial Development
- Oecd (2007), *Governance of Decentralized Pay Setting in Selected Oecd Countries*, Paris: Oecd Working Papers on Public Governance, 3
- Pallini M. (2009), "Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica", in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 31, pp. 111-147
- Review Body on Senior Salaries (2009), *Twenty-Ninth Report on Senior Salaries 2007*, Report No. 66, London: Crown Copyright
- Review Body on Senior Salaries (2009), *Thirty-First Report on Senior Salaries 2009*, Report No. 68, London: Crown Copyright
- Rusciano M. (2005) "Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica", in *Diritti Lavori Mercati*, 3, pp. 621-632
- Rusciano M. (2007), "A margine del Memorandum 'Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche'", in *Diritti Lavori Mercati*, 2, pp. 229-237
- Rusciano M. (2008), "Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni", in Tursi A., Periti E. (a cura di), pp. 21-43
- Steering Group on Senior Civil Service (2008), *Senior Civil Service Workforce and Reward Strategy. Report to the Cabinet Secretary*, London, November (Normington Report)
- Vignocchi C. (2007), "Tre tornate di contrattazione negli enti locali: cosa salvare di un'esperienza controversa", in Dell'Aringa, Della Rocca (a cura di), pp. 33-61
- Talamo V. (2007), "Per una dirigenza pubblica riformata", in Dell'Aringa, Della Rocca (a cura di), pp. 119-166
- Talamo V. (2009), *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*,
- WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *IT* – 90/2009, poi in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, pp. 468-475
- Torchia L. (2009) (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna: Il Mulino

- Treu T. (2007), "Le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni", in *Lavoro e Diritto*, 2, pp. 285-296
- Tronti L. (2006), *Pubblico e privato nelle retribuzioni*, in www.lavoce.info, 14 dicembre
- Tronti, L. (2007), *Retribuzioni pubbliche, inflazione, produttività*, in www.lavoce.info, 6 febbraio
- Tursi A., Periti E. (a cura di), *Lavoro, cambiamento organizzativo e contrattazione collettiva nelle università*, Bologna: Il Mulino, 2008
- Zoppoli L. (2008), "A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale", in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, p. 1-36
- Zoppoli L. (2008b), "Audizione" del 10.9.08 al Senato della Repubblica, I Commissione Affari Costituzionali, ora in *Arannewsletter*, 4-5, inserto, pp. XXVIII-XXXVIII
- Zoppoli L. (2009a), "La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di 'apprendimento istituzionale'", in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 31, pp. 149-175
- Zoppoli L. (2009b), *La contrattazione collettiva dopo la delega*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 87/2009
- Zoppoli L. (2009c), "Problemi giuridico-istituzionali della riforma del contratto collettivo. A proposito della 'riforma Brunetta'", in Carrieri M.-Nastasi V. (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Bologna: Il Mulino, pp. 231-257

Sul carattere fondamentale dei Diritti sociali*

Maria Luisa Serrano

1. Premessa	51
2. Dai diritti fondamentali alle origini dei diritti sociali	52
2.1. L'inestricabile legame tra antropologia culturale, forma di Stato e <i>status</i> dei diritti fondamentali	53
2.2. Il contributo del costituzionalismo moderno alla teoria dei diritti fondamentali	61
2.2. Attuale fisionomia dei diritti fondamentali	76
2.3 La transizione dall'individualismo al pluralismo all'origine dei diritti sociali	81
2.4 Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nel riconoscimento dei diritti sociali	85
3. I diritti sociali: mera espressione semantica descrittiva o categoria ontologica di diritti?	93
4. Riferimenti bibliografici	97

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 70/2009

1. Premessa

L'espressione diritti sociali fondamentali, divenuta di uso corrente, è utilizzata nei dibattiti teorico-giuridico-politici dalla metà dello scorso secolo. Negli ultimi anni, in conseguenza della grande sfida culturale ed intellettuale lanciata dalla globalizzazione⁶⁷, essa ha conosciuto una rinnovata vivacità⁶⁸.

La carica evocativa che ne connota l'uso e che le assegna una sorta di auto-evidenza non deve, tuttavia, indurre l'interprete a dimenticare che il "discorso sui diritti sociali"⁶⁹ è un discorso complesso, che reca in sé un "sovraccarico" metafisico, ideologico e sociologico che ha profondamente influito sulla dimensione giuridica. Le implicazioni 'metagiuridiche', ontologicamente connesse al tema dei diritti, *a fortiori* dei diritti sociali, non consentono un'acritica accettazione della *vulgata* in materia. In altri termini, la pluralità di piani e di angoli visuali sotto cui è possibile osservare il tema in questione suggerisce una minore dose di retorica⁷⁰ e maggior rigore allorché lo si affronti. La stessa aggettivazione 'fondamentali', spesso affiancata a 'diritti sociali', è generatrice di non poche ambiguità⁷¹ e induce ad una riflessione approfondita circa il senso da attribuire alla già di per sé 'ellittica'⁷² espressione diritti sociali fondamentali, anche e soprattutto al fine di, una volta individuato il carattere "fondamentale", arginarne ogni tentativo di manipolazione o, peggio ancora, di riduzione.

Non va taciuto, inoltre, che anche la dimensione sovranazionale aggiunge ulteriori elementi di complessità. Le spinte sempre più energiche e pressanti derivanti dalla "nuova espansione capitalistica" verso una revisione dei diritti sociali⁷³ e, ancor di più, nella direzione di una destrutturazione del modello sociale cd. europeo⁷⁴, da un lato, e la costituzionalizzazione dei diritti sociali in atto a livello comunitario, dall'altro, nonché il mutamento del quadro sociale di riferimento impongono un'attenta analisi delle nozioni fondamentali in materia, prima ancora di una loro "ricategorizzazione"⁷⁵, nella prospettiva di dimostrarne la tenuta e, dunque, il carattere "irresistibile" dinanzi al travolgente fenomeno dell'integrazione globale dei mercati. Ciò che desta forti perplessità è, invero, la constatazione che a livello sovranazionale si assista di fatto ad una esecrabile rievocazione dell'annosa dicotomia diritti fondamentali-diritti sociali. Le preoccupazioni dei più sembrano indirizzate a fornire una tutela *multilivello* in modo precipuo ai diritti cd. umani, lasciando che le spire della globalizzazione si stringano in misura crescente attorno all'inerte *corpus* dei diritti sociali, riproponendone in maniera strisciante la vulnerabilità. Indagare se ed in quale misura una simile tendenza affondi le radici su solide basi teoriche o se rifletta esclusivamente opzioni di carattere politico, può essere utile ai fini della tenuta di un modello fondato sulla pari dignità tra le due categorie di diritti almeno sotto il profilo concettuale.

⁶⁷ Cantaro 2006, p.89. Per un'attenta meditazione sull'impatto del fenomeno 'globalizzazione' sui diritti sociali, v. il volume a cura di Hepple 2002.

⁶⁸ Tale vivacità era già stata segnalata da Bobbio 1997, p. 49, il quale scorgeva nel dibattito sempre più ampio ed intenso sui diritti dell'uomo, un segno premonitore del progresso morale dell'umanità.

⁶⁹ L'espressione è frequentemente utilizzata da Cantaro 2006, *passim*.

⁷⁰ V. ancora Bobbio 1997, p. XIX.

⁷¹ Sulle insidie delle scelte terminologiche e definitorie, v. Guastini 2002, p.43 e ss; Zolo 2002, p. 49 e ss.

⁷² Luciani 1994, p. 99.

⁷³ Sul punto, v. Habermas 2002, cap. I.

⁷⁴ Per approfondimenti in tale direzione v., tra i tanti, Ferrera 2004; Bucci G.- Patruno L. 2005.

⁷⁵ Baldassarre 1989b, p. 6.

In tale direzione, appare imprescindibile, da un punto di vista concettuale, - ed è ciò che costituisce l'oggetto di questo scritto - individuare le coordinate teoriche del tema, analizzando la stretta correlazione esistente tra la categoria dei diritti fondamentali classici e quella dei diritti sociali. Occorre focalizzare l'attenzione, oltre che sulle caratteristiche proprie di entrambe, sulla natura di tale rapporto, al fine di comprendere se si tratta di un rapporto di *genus a species* o se, piuttosto, i diritti sociali non costituiscano una categoria ontologica e, dunque, dotata di una autonoma fisionomia/identità. Com'è evidente, in tale ultimo caso, sconfessare le teorie sulla ontologica subalternità dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà contribuirebbe a creare attorno ai diritti sociali un terrapieno difficilmente superabile dalle offensive ideologiche del momento.

Resta, com'è intuibile, l'esigenza di trasferire la riflessione sul tema dei diritti sociali dalla dimensione temporale a quella spaziale, proiettandoli in una prospettiva che, partendo da un'analisi delle Costituzioni nazionali, ne superi i rispettivi confini. Ma questo costituirà oggetto di una futura riflessione.

2. Dai diritti fondamentali alle origini dei diritti sociali

Il discorso sui diritti fondamentali si presta agevolmente ad essere affrontato secondo una prospettiva diacronica. Solo in tal modo, infatti, si ha la possibilità di orientarsi in un panorama piuttosto variegato, delineato da concezioni giusnaturalistiche (trascendentali, liberali, naturalistiche) e concezioni positivistiche che, di volta in volta, rintracciano il presupposto di tali diritti in una fonte extra-positiva, che gli ordinamenti possono solo rivelare o riconoscere, ovvero in una norma di stretto diritto positivo. Conseguente a tale differenza di impostazione teorica è la terminologia utilizzata per esprimere concetti molto affini tra loro: diritti fondamentali, diritti inviolabili, diritti umani, diritti innati, diritti naturali, diritti pubblici soggettivi. Tutti questi termini, lungi dal rappresentare l'espressione di una mera scelta linguistica, rivelano connessioni culturali e significati derivati da un determinato contesto storico, da opzioni ideologiche e scientifiche di fondo e da "divaricazioni metodologiche" esistenti tra le diverse branche del diritto⁷⁶.

Proprio alla luce di ciò, sia consentito chiarire da subito che tra i sintagmi sopra citati, si è qui optato per l'espressione diritti fondamentali. Sebbene non compaia espressamente nella Carta costituzionale italiana e in altre carte costituzionali, essa rende chiara la stretta connessione tra giuridico e metagiuridico, tra il posto e il presupposto.

Al medesimo scopo, si rende necessaria un'ultima precisazione. L'opzione qui prescelta di individuare i passaggi cruciali del lungo percorso verso il riconoscimento dei diritti fondamentali, presentandoli senza soluzione di continuità, potrebbe indurre a ritenere erroneamente che si tratti

⁷⁶ Sulle difficoltà interpretative derivanti dall'uso promiscuo di termini (diritti fondamentali, diritti dell'uomo, diritti naturali, diritti assoluti, diritti inviolabili, ecc..) che solo parzialmente ed apparentemente sono sinonimi avverte Spadaro 1995, p. 235 e ss. Per tale autore la causa della "paradossale endiadi" evidenza-oscurità che circonda il termine diritti fondamentali è da rintracciarsi nella natura stessa dell'oggetto dell'indagine che alimenta costantemente le riflessioni di giuristi, politologi, filosofi del diritto, filosofi e, persino, teologi. Per una ricognizione completa delle differenti terminologie utilizzate per indicare i diritti fondamentali è imprescindibile la lettura di Peces-Barba 1993, il quale dopo aver analiticamente passato in rassegna le differenti accezioni terminologiche e aver dato conto dei riduzionismi susseguitisi nel tempo sull'argomento, predilige il termine diritti fondamentali per indicare l'oggetto della propria indagine.

di un unico percorso lineare. Al contrario, proprio la consapevolezza di analizzare esperienze storiche, filosofiche e giuridiche profondamente distanti tra loro ha reso necessaria un'opzione di indagine che tenta di evidenziare l'interazione tra i fattori che hanno generato quel percorso, per poi verificarla successivamente in relazione ai diritti sociali.

2.1. L'inestricabile legame tra antropologia culturale, forma di Stato e *status* dei diritti fondamentali

La "faticosa marcia"⁷⁷ dei diritti fondamentali ha origini assai remote⁷⁸. Preliminarmente va segnalato che sin dalle origini l'evoluzione storica dei diritti si è costantemente sviluppata secondo uno schema binario: l'affermazione e il riconoscimento dei diritti ha implicato, da un lato, l'apposizione di limiti sostanziali al potere politico e, dall'altro, la progressiva individuazione dei sistemi di garanzia. Al contrario, le alternative teoriche di volta in volta formulate dalla dottrina in relazione al fondamento teorico dei diritti hanno seguito un percorso tutt'altro che lineare, frutto della ricorrente alternanza tra concezioni giusnaturalistiche e positivistiche.

La prima rappresentazione dei diritti fondamentali come libertà negative o "diritti di difesa"⁷⁹ o, com'è stato efficacemente detto, "diritti cetuali di libertà"⁸⁰, vale a dire come pretese di una collettività ad un'astensione del potere sovrano da alcune sfere, ritenute intangibili, dell'autonomia privata da parte dei pubblici poteri, risente profondamente dell'eco giusnaturalistica dell'epoca che individua nel diritto non il prodotto della *voluntas* umana, ma una realtà oggettiva dipendente da un'autorità superiore e trascendente, che sola può fissare i limiti al potere, cioè i diritti, "pretese di *status*" che sono, perciò, conformi all'ordine vero e giusto"⁸¹.

Una simile concezione riflette, ed è l'aspetto che qui maggiormente rileva, il modello socio-politico del tempo: in una struttura sociale definita dalla mancanza di uno Stato in senso moderno e dall'interlocuzione tra signori e ceti in merito alla gestione del potere, i diritti e le libertà assumono una dimensione corporativa, goduti dagli individui solo in quanto membri di quelle collettività⁸². Si tratta, in ultima analisi, di un primo paradigma di diritti dell'uomo innegabilmente connotati in senso particolaristico, difficilmente riconducibili all'idea dei diritti fondamentali caratterizzati dall'universalità, auspicata da più parti⁸³.

⁷⁷ Così Veneziani 2000, p. 781 e ss., sebbene con riferimento all'ordinamento comunitario.

⁷⁸ La dottrina più autorevole concordemente riconduce l'origine dei diritti fondamentali al momento del superamento della cultura oggettivistica e comunitaria del Medioevo e dell'affermazione della cultura individualista ed antropocentrica dell'età moderna. V. Bobbio 1997, p. 22 e ss.; Peces-Barba 1993, p. 95 e ss.; Zagrebelsky 1992, p. 97 e ss.; Bongiovanni 2000, p. 67 e ss. In senso parzialmente difforme, Oestreich 2001, per il quale almeno il patrimonio ideale dei diritti dell'uomo ha una tradizione bimillenaria, risalente alla dottrina stoica individualistica e cosmopolita sull'uguaglianza, che influenzò in buona misura anche il cristianesimo delle origini. Intravede barlumi di diritti fondamentali nell'antichità anche Ferrajoli 2002, p. 121 ss. ma spec. pp. 135-136, il quale giunge ad affermare l'esistenza di diritti fondamentali nel mondo classico greco e romano (intesi come privilegi di alcune classi sociali), ma l'affermazione deve essere contestualizzata, poiché l'autore la esprime in relazione alla peculiare definizione formale di diritti fondamentali che informa l'intera sua speculazione.

⁷⁹ Così Rimoli, p. 2; v. anche Schmitt 1984, p. 221.

⁸⁰ Oestreich 2001, p. 25.

⁸¹ Zagrebelsky 1995, p. 25; ma anche Bongiovanni 2000, p. 70 e ss.

⁸² Caretti 2002, p. 4; Fioravanti 1995.

⁸³ V. Ferrajoli 2002, *passim* e Oestreich 2001, *passim*.

Il capovolgimento di tale impostazione organica presuppone, com'è ovvio, un ribaltamento del punto di osservazione⁸⁴. Occorre considerare il problema morale non più solo dal punto di vista della società ma dal punto di vista degli individui, proiettare il mondo in una prospettiva finalmente antropocentrica. La svolta epocale *de qua* è stata il risultato di un coacervo di fattori coevi e concomitanti. Una forte spinta a tale processo di rinnovamento è stata data dallo spirito individualista della borghesia nascente, che, superate le chiusure corporative medievali, ha favorito la nascita della libera concorrenza e della prima forma di capitalismo (commerciale). Snodo importante nella genesi dei diritti fondamentali⁸⁵, ove si consideri che proprio la forza economica acquisita ha posto la borghesia in condizione di reclamare ed ottenere nuove pretese nei confronti dello Stato assoluto, dei diritti, che pur connotati in senso elitario e disegualitario, hanno la caratteristica di essere diritti individuali, antesignani dei diritti fondamentali universali. La rivendicazione di libertà civili e politiche da parte della classe in ascesa può essere più agevolmente compresa se la si colloca in un quadro in cui il potere politico muta profondamente i propri lineamenti, attraverso la celebrazione del definitivo superamento del localismo feudale e l'accentramento del potere nelle mani di una sola persona, il monarca assoluto, che non riconosce nulla al di sopra di se stesso. Nasce lo Stato moderno, fondato sulla sovranità come potere assoluto⁸⁶ e centrale, in cui il sovrano ha il monopolio della produzione normativa, coadiuvato dall'apparato burocratico e dai giudici e in cui la borghesia economicamente in ascesa non gode ancora di quelle libertà politiche, precedentemente appannaggio di una nobiltà ormai politicamente esautorata.

In segno di profondo dissenso con le concezioni del passato, si delineano i lineamenti caratteristici del pensiero del periodo: naturalismo, razionalismo ed individualismo⁸⁷; mentre il primo, attraverso la teoria dello stato di natura, avvicina al concetto di uguaglianza giuridica, il secondo individua nella ragione lo strumento eletto di conoscenza, attraverso il quale dominare la natura, funzionale alla concezione individualista predominante. All'idea di una legge rivelata da un Dio-legislatore, pertanto, si sostituisce col tempo la convinzione che la giustificazione del diritto debba essere rintracciata nella natura e nella ragione.

Tali idee, in particolare la teoria dello stato di natura, hanno ispirato le teorie contrattualistiche

⁸⁴ Bobbio 1997, p. 55, a tal proposito, parla di *rivoluzione copernicana*.

⁸⁵ Autorevole dottrina rintraccia proprio in questo dissenso tra borghesia e monarchia l'origine del consenso su una filosofia che limitasse, regolamentasse e razionalizzasse il potere, una filosofia dei diritti fondamentali. Peces-Barba 1993, p. 120

⁸⁶ Per sovranità doveva intendersi sommo potere, *summa potestas*, quel potere al di sopra del quale non ce n'è un altro, quel potere riconosciuto, nel Medioevo, a Dio e che in una società secolarizzata come quella divenenda apparteneva allo Stato. Per un'analisi più approfondita del concetto di sovranità come potere assoluto, v. Trombino 2000, p. 195.

⁸⁷ È da dire, tuttavia, che il merito maggiore dell'affermazione seppur difficile dell'individualismo va ascritto ai due movimenti di pensiero e coscienza più significativi dell'epoca, i fattori ideologici propulsivi verso il cambiamento: Riforma e giusnaturalismo. La rottura dell'unità religiosa e del monopolio della Chiesa cattolica sui costumi e sulle conoscenze dell'uomo che ha caratterizzato il primo millennio dopo Cristo e oltre, da un lato, induce il superamento dell'etica cristiana, attraverso un processo di secolarizzazione o mondanizzazione della cultura e, dall'altro, avvia quel processo di separazione dell'etica dalla politica, proprio del giusnaturalismo moderno razionalista, destinato a divenire il *leit motiv* nei secoli successivi. Lo sviluppo della scienza moderna e l'affermarsi della teoria geocentrica dell'universo minano in maniera irreparabile il potere assoluto di controllo della teologia cattolica sulla conoscenza nelle sue varie forme. Le guerre di religione, inoltre, provocano un radicale mutamento di prospettiva, introducendo il diritto del singolo a non essere oppresso. Insomma, "col passaggio all'età moderna... per capire la società bisogna partire dal basso, cioè dagli individui che la compongono", Bobbio 1997, p. XI.

del XVI e XVII secolo, che introducono la concezione individualistica dello Stato, come *homo artificialis* (espressione artificiale dell'individuo), cui gli individui d'accordo tra loro trasferiscono la sovranità. Il percorso argomentativo che conduce ad una simile concezione dello Stato non è stato, tuttavia, univoco per i grandi pensatori giusnaturalisti del periodo. I due caposcuola, Hobbes e Locke, pur partendo da un'idea di fondo comune, quella di uno stato di natura diverso dallo stato civile, approdano ad esiti alquanto divergenti. L'elaborazione di Hobbes, che autorevole dottrina ritiene l'iniziatore della teoria dello Stato moderno⁸⁸, nonostante l'approccio individualistico e l'elezione del consenso come fonte di legittimazione del potere⁸⁹, mette in ombra o, peggio ancora, sacrifica sull'altare dello Stato uno dei pilastri del pensiero giusnaturalista⁹⁰, l'idea dei diritti naturali da preservare. In realtà, i diritti naturali per Hobbes sono "dettami della retta ragione" comune a tutti gli uomini, antecedenti cioè rispetto alle singole esperienze positive e individuali e il cui riconoscimento da parte dei sovrani è auspicabile se questi vogliono perseguire il buon governo. Ma proprio in quanto auspicabili, essi appaiono privi di una propria forza normativa, configurandosi piuttosto come principi ispiratori della buona politica e vincolanti solo nel caso in cui vengano incorporati in norme di diritto positivo⁹¹.

Pur basando la propria speculazione su un apparato concettuale simile a quello hobbesiano, Locke giunge a conclusioni politiche del tutto divergenti, consegnando alla storia un'idea dei diritti fondamentali che sarebbe divenuta da allora in poi classica. Secondo il filosofo inglese, lo stato non esiste in natura, esiste solo lo stato di natura in cui gli individui nascono uguali, liberi e dotati dei diritti (fondamentali) naturali alla vita, alla libertà e alla proprietà, nonché dei diritti sussidiari di resistenza e di ribellione. La mancanza di regolarità e di sicurezza nell'esercizio di questi ultimi diritti, costantemente esposti alla violazione da parte di altri, causate dall'assenza di una legge riconosciuta da tutti come comune regola del diritto e del torto, dall'assenza di un giudice riconosciuto ed imparziale, e di un potere che vigili sul rispetto sia della legge che delle sentenze, induce gli individui a costituirsi in società e a trasferire il potere per contratto ad un'autorità sovrana, conservando, tuttavia, intatti i diritti innati-fondamentali. Ed è questo uno dei passaggi che lo allontanano maggiormente dalla prospettiva razionalistica (a tratti incredibilmente vicina al primo positivismo) adottata da Hobbes. Nella teorizzazione di Locke, insomma, i diritti innati sono diritti di libertà e giocano un ruolo fondamentale, essendo allo stesso tempo *ratio* costitutiva e limite dello stato civile; né il sovrano né le leggi da questi emanate, in quanto positivizzazione

⁸⁸ Bobbio 1988.

⁸⁹ Lo stato di natura è lo stato in cui gli uomini hanno diritti innati e vivono senza (o, meglio, non rispettando le) leggi, caratterizzato dallo *ius in omnia*, che genera *bellum omnium contra omnes*, in altri termini nello stato di natura *homo homini lupus*. Per uscire da questo stato quasi ferino, egli elabora la teoria dell'accordo, del contratto sociale, il contratto con cui gli individui trasferiscono il potere allo stato e che, nella sua elaborazione, racchiude in sé i due contratti che nell'età medioevale originavano la società: il *pactum societatis*, attraverso il quale gli individui si accordavano tra loro dando vita alla società, che non era ancora stato, e il *pactum subiectionis*, o patto di assoggettamento o di signoria, attraverso il quale gli individui delegavano all'autorità sovrana il potere di prendere decisioni nell'interesse comune o di vigilare sull'ordine e la sicurezza. Lo Stato che nasce da tale patto è l'esempio tipico dello stato assoluto, il sovrano è *legibus solutus*, non può essere messo sotto accusa dai sudditi, i quali essendosi spogliati a suo favore di qualsiasi diritto naturale, non possono revocargli la delega (salvo che egli non sia in grado di preservare la loro stessa vita). Nella elaborazione di Hobbes, pertanto, lo Stato assume le sembianze di un "Dio mortale", che l'autore chiama con il nome del mostro biblico, nei cui confronti non v'era potere paragonabile, il Leviatano.

⁹⁰ Lo stridente contrasto tra punto di partenza individualistico e concezione organica dello Stato in Hobbes è rilevato anche da Bobbio 1997, p. 58.

⁹¹ Così Baldassarre 1989, p. 5.

della legge naturale su cui i diritti innati si fondano, possono ledere in alcun modo quelle *civil liberties* dei consociati, da Locke individuate nella *property*, (che comprende la vita, la libertà e il patrimonio⁹²).

Vanno rimarcati, a tal punto, due elementi caratterizzanti del pensiero di questo periodo destinati ad essere ripresi ed approfonditi in tempi successivi: in primo luogo, tale elaborazione introduce accanto al concetto di libertà negativa⁹³, come garanzia di intangibilità di alcune sfere, quello di libertà positiva, intesa come libertà politica, come capacità di legittimazione del potere e di individuazione degli spazi in cui questo può muoversi⁹⁴, legittimando in caso di superamento di tali limiti il diritto di ribellione. Inoltre, il ruolo assegnato alla legge nell'elaborazione lockiana lascia intravedere all'orizzonte il fenomeno di positivizzazione dei diritti, destinato a caratterizzare il paradigma dei diritti nei secoli a venire⁹⁵.

Ma è alle grandi dichiarazioni dei diritti del '700 che la marcia dei diritti fondamentali deve il tributo più alto. La tradizione rivoluzionaria assegna al tema dei diritti nuova linfa e nuovi significati. È indubbio che le due dichiarazioni di diritti adottate in seguito agli eventi rivoluzionari in America e in Francia, abbiano segnato una svolta epocale, non soltanto, com'è evidente, dal punto di vista storico-politico, ma anche sotto un profilo eminentemente giuridico. Se da un lato, infatti, le due dichiarazioni rappresentano la prima espressione compiuta di quel processo di positivizzazione dei diritti fondamentali destinato a caratterizzare i secoli seguenti, dall'altro, esse introducono un nuovo modello di rapporto tra Stato e individui, tra governante e governati, tra legge e diritti, pur presentando forti elementi di difformità tra loro⁹⁶. Com'è stato affermato, mentre i testi americani sono influenzati dall'etica della grazia, come si vedrà, il modello francese è forgiato sull'etica, tutta laica, della libertà⁹⁷. L'etica religiosa e l'antropologia sociale giusnaturalistica vengono mutate dagli insorti per giustificare la propria azione e inducono i coloni a porre a fondamento dello Stato i diritti dell'uomo e ad introdurre tra questi il principio di libertà di religione e di tolleranza. Le dichiarazioni americane (quelle del 1776, in particolar modo) operano

⁹² Locke 1960, pp. 237-441, § 87; in realtà, autorevole dottrina attribuisce l'ideazione della triade dei *just rights and liberties* (libertà personale, vita e proprietà), come *birthright o inheritance* (da haereditas) bene ereditario di ogni suddito britannico, tutelato dal *common law* "by due process of law", a sir Edward Coke, eminente giurista e leader parlamentare d'opposizione; v. Oestreich 2001, p. 45.

⁹³ *Ibidem*, cap. VI, § 61. Per una chiara ricostruzione delle teorie su tali concetti v. Baldassarre 1990, il quale riconduce il concetto di libertà negativa a quello della non interferenza, dell'indipendenza e la libertà positiva a quello di autonomia, di autorealizzazione, di potere, nel senso di avere garantita la propria capacità di scelta, la propria progettualità indipendentemente dalle decisioni altrui. Più in particolare, sulla libertà negativa, come libertà tipicamente liberale, v. Barberis 2006, p. 77 e ss., spec. p. 81.

⁹⁴ Bongiovanni 2000, p. 77-78.

⁹⁵ Non è, d'altro canto, un caso che nasca e si sviluppi nell'Inghilterra del tempo il primo costituzionalismo, di cui Locke può forse considerarsi l'anticipatore. Può dirsi, invero, che quello inglese rappresenta il primo modello di positivizzazione dei diritti fondamentali, seppur nell'ambito di una concezione non volontaristica ma giusnaturalistica-razionalistica del diritto, che si innerva su un modello di Stato, forgiato dal nascente costituzionalismo liberale e fondato, da un lato, sulla *common law* e, dall'altro, sulla "sovereignty of Parliament". Caratteristiche queste che, indirettamente, delineano un modello di diritti fondamentali in decisa continuità con il passato medievale insulare.

⁹⁶ Per un'acuta riflessione sulle differenze tra le costituzioni americane e le dichiarazioni nascenti dalla rivoluzione francese, v. Bobbio 1997, p. 101 ss.

⁹⁷ V. Peces-Barba 1993, p. 131.

in tal modo un vero capovolgimento epocale⁹⁸ rispetto alla tradizione del diritto pubblico europeo, che scorgeva il fondamento dei diritti dei singoli nello Stato. Esse, in altri termini, sanciscono nettamente la linea di separazione tra legge e diritti, collocando il fondamento di questi ultimi in una sfera giuridica che precede il diritto, che può essere posto da qualunque legislatore e che trova nei diritti dell'uomo il proprio limite⁹⁹ (*ius e libertas* prevalgono su *potestas*). Spicca, in tale preambolo, il riferimento alla felicità, come meta da raggiungere, riferimento che scompare del tutto nella dichiarazione francese.

Le dichiarazioni di diritti francesi, invece, vedono la luce in un contesto storico-istituzionale, oltre che culturale, molto diverso da quello americano. Mentre la rivoluzione americana mira alla libertà, all'indipendenza dalla madrepatria, configurandosi come una rivoluzione giuridico-istituzionale, la rivoluzione francese si configura, come una vera rivoluzione sociale¹⁰⁰, che mira alla liberazione dall'*ancien régime* e dai suoi privilegi, all'abbattimento di un regime politico e di un assetto sociale ormai completamente estranei al popolo e al perseguimento di libertà, uguaglianza e fratellanza, valori fino al momento sconosciuti. Il succedersi degli eventi rivoluzionari in Francia conduce alla stesura di un unico testo (a differenza della molteplicità dei testi americani) fondato, da un lato, sulla proclamazione di un nucleo di diritti inviolabili dell'uomo e del cittadino, intesi come diritti naturali, e, dall'altro, su un nuovo concetto di Stato. In primo luogo, dunque, anche la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, così come quella americana, rintraccia la propria fonte d'ispirazione nel diritto naturale, definendo (art. 2) 'imprescrittibili' quei diritti originari, precedenti ogni potere, che permangono nel patrimonio di ogni uomo anche in assenza di esercizio e che del potere costituiscono il limite: la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione¹⁰¹. In entrambi i casi è evidente il cambiamento di prospettiva con cui si guarda al rapporto politico ed alla società, *ex parte civium* e non più *ex parte principis*, attraverso la lente dell'individualismo.

Nella dichiarazione del 1789 molti dei caratteri finora analizzati giungono a maturazione e pregi ed incoerenze vengono amplificati. In primo luogo, la *Déclaration* rappresenta la massima eco della concezione individualistica della società da cui, grazie all'influenza del giusnaturalismo razionalista, dell'opera di Montesquieu e del contrattualismo rousseauviano, che assegna un ruolo preminente all'assemblea dei cittadini e, dunque, alla volontà generale, nasce l'idea stessa di democrazia moderna come potere degli individui, singolarmente considerati¹⁰². È opinione comune, infatti, che la dichiarazione costituisca ben più di una semplice proclamazione dei diritti¹⁰³; in essa

⁹⁸ In tal senso, v. Bobbio 1997, p. 256 e ss., per il quale "la proclamazione dei diritti dell'uomo ha tagliato in due il corso storico dell'umanità, per quel che riguarda la concezione del rapporto politico". Sul punto anche Baldassarre 1989, secondo cui le dichiarazioni americane rappresentano la prima compiuta teorizzazione (e affermazione positiva) dei diritti dell'uomo in senso moderno.

⁹⁹ Zagrebelsky 1992, p. 68.

¹⁰⁰ Arendt 1983, p. 44.

¹⁰¹ Articolo 2: Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione.

¹⁰² Bobbio 1997, p. 127 definisce così la democrazia nel senso moderno della parola "il potere di tutti gli individui che compongono una società retta da alcune regole essenziali tra cui quella fondamentale che attribuisce a ciascuno, alla pari di tutti gli altri, il diritto a partecipare liberamente alla presa delle decisioni collettive, ovvero delle decisioni vincolanti per tutta la collettività".

¹⁰³ Sia Bobbio 1997, p. 130, che Peces Barba 1993, p. 134, ne sottolineano la straordinaria rilevanza, ben nota, peraltro, agli stessi costituenti che l'approvarono in un testo a sé stante, al fine da renderla eternamente gloriosa.

sono esplicitati i caratteri fondamentali del costituzionalismo moderno: imperio della legge, eguaglianza formale, sovranità popolare e separazione dei poteri.

In particolare, il ruolo riservato alla legge dalla dichiarazione e dalla Costituzione stimola due riflessioni contrastanti. Se da un lato, infatti, esso è il corollario della riflessione giusnaturalista-contrattualista, che vede nella legge, uguale per tutti, "l'espressione della volontà popolare", poiché ogni cittadino può concorrere a formarla (art. 6), dall'altro, tale *légicentrisme*¹⁰⁴ implica la positivizzazione dei diritti dell'uomo, che pare stridere con la centralità (di matrice giusnaturalistica, artt.1-2) che la dichiarazione assegna al *corpus* dei diritti innati e con quella vocazione universalistica che traspare dalla formulazione della stessa dichiarazione che, ricorrendo a concetti astratti, evidentemente aspira ad offrirsi come modello per l'intera umanità¹⁰⁵. Ad ogni modo, nonostante tali contraddizioni e le critiche che negli anni si sono susseguite¹⁰⁶, va detto che la netta cesura che il riconoscimento dell'inviolabilità di alcuni diritti e la separazione dei poteri, contenuti nella dichiarazione del 1789, operano rispetto al passato ne certificano il suo spirito autenticamente rivoluzionario.

Quanto finora analizzato consente di procedere ad un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, da un lato, è emerso l'indissolubile legame tra i diritti fondamentali e quel modello ideologico che ha caratterizzato (e continua a farlo) buona parte della storia mondiale, il modello borghese-liberale. Dall'altro, altrettanto chiara è risultata la correlazione tra il paradigma dei diritti e la dimensione degli *interessi* ad essi sottesi, tradotti in istanze politiche e istituzionali già nello Stato monoclasse. In altri termini, ha iniziato a delinearsi il *proprium* di ogni ordinamento giuridico: quella reciproca interazione tra fini, valori e interessi che è alla base delle decisioni politiche fondanti il sistema¹⁰⁷. Ma sul punto si ritornerà oltre.

In secondo luogo, è del tutto evidente che il crinale lungo cui il tema dei diritti fondamentali si è mosso sin dalle scaturigini è quello tra un approccio rigorosamente storicistico¹⁰⁸ ed un approccio 'astorico', proprio del pensiero giusnaturalista¹⁰⁹. È altrettanto evidente, tuttavia, che con l'emergere di teorie filosofiche – in particolare il giuspositivismo – in netta antitesi concettuale rispetto

¹⁰⁴ A proposito del quale Zagrebelsky 1992, p. 66 così si esprime: "Si verificò così quello che può apparire un paradosso: nel Paese in cui contributo saliente allo sviluppo delle concezioni costituzionali è rappresentato senza dubbio dai diritti umani, ciò che si affermò non fu la centralità dei diritti ma quello che si è denominato il «légicentrisme». Non si ebbe così la sottoposizione della legge alla centralità dei diritti, la cui vera «costituzione» giuridicamente operante non fu la *Déclaration* ma il Code civil, non per nulla frequentemente denominato la «Costituzione della borghesia» liberale".

¹⁰⁵ Questa non è l'unica contraddizione rintracciabile: è singolare, infatti, il contrasto tra l'enfasi quasi religiosa della dichiarazione e il carattere assolutamente laico dei diritti ivi sanciti. Laicità che emerge laddove, nell'art. 10, si configura la libertà religiosa quale una delle possibili dimensioni della libertà di pensiero e di opinione e che la differenziano ulteriormente dalla dichiarazione d'indipendenza americana.

¹⁰⁶ Sul punto v. Bobbio 1997, p. 130 e ss.

¹⁰⁷ In tal senso Rimoli.

¹⁰⁸ Caratterizzato da una visione dei diritti e del costituzionalismo – incentrato sul principio della separazione dei poteri, sul principio di legalità e sulla riserva di legge – quali strumenti deputati alla necessaria limitazione del potere politico e, dunque, esposti all'evoluzione storica dei rapporti socio-politici di ciascun ordinamento statale.

¹⁰⁹ Orientato, nella prospettiva di rendere il paradigma dei diritti sostanzialmente indifferente ai mutamenti sociali, economici e politici e prescindendo dal carattere religioso-trascendente o laico-razionalistico di tempo in tempo assunto dal giusnaturalismo stesso al radicamento del modello assiologico eletto. In realtà, in un'ottica meramente utilitaristica, ne accetta quei tratti indispensabili a per-

a quel pensiero, protagonista indiscusso del panorama filosofico per oltre due secoli, anche il fondamento teorico dei diritti proclamati nel 1789 sia stato nuovamente posto in discussione.

Sotto l'influsso del pensiero giuspositivista¹¹⁰, nella nuova visione oggettiva della società il ruolo fondante è assegnato al diritto positivo dello Stato e i diritti dei singoli sono la risultante di un atto di autolimitazione da parte di quest'ultimo, che viene concepito allo stesso tempo come fonte e misura dei diritti stessi. L'elemento caratterizzante di tale concezione è da rintracciarsi senza dubbio nel primato della legge, ovviamente della legge del tempo – il codice – sistematica, generale ed astratta in cui i diritti trovano la loro positivizzazione. Con la teorizzazione dello Stato liberale di diritto, infatti, si rende incompatibile il fondamento contrattuale dei diritti e dello Stato e la preesistenza dei primi rispetto al secondo. Partendo, infatti, dall'affermazione di alcuni dogmi di diritto strettamente positivo, quali la completezza dell'ordinamento e la esclusività del diritto prodotto dallo Stato, Gerber, Jellinek e Santi Romano giungono ad elaborare la teoria dei diritti pubblici soggettivi, quali "effetti riflessi"¹¹¹ della potestà statale e, dunque, non preesistenti all'opera del legislatore, il cui contenuto può essere individuato esclusivamente dallo Stato. Più in particolare, sulla base di una netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, tale elaborata costruzione teorica individua nell'alveo del diritto pubblico, oltre al congenito rapporto di subordinazione tra individui e Stato-persona, anche altre situazioni giuridiche soggettive (*status civitatis*, *status activae civitatis* e *status libertatis*)¹¹² da cui derivano altrettante pretese giuridiche (diritti pubblici soggettivi = diritti fondamentali¹¹³), che altro non sono che "il potere di attivare al proprio individuale vantaggio le norme giuridiche"¹¹⁴. In realtà, una volta assunto il presupposto

petuare il modello originario; cosa che spinge, tra gli altri, Rimoli, p. 5, a rilevare l'incongruenza di fondo, il "vizio logico" del giusnaturalismo, nella negazione della coesistenzialità tra diritti e norme, intese come proposizioni deontiche. Per una rassegna dei riduzionismi laici e religiosi della teoria dei diritti fondamentali è imprescindibile la lettura di G. Peces-Barba 1993, p. 62 e ss.

¹¹⁰ Particolarmente significativa è la riflessione tedesca che prende vita, da un lato, dagli esiti del Vormärz e, dall'altro, dallo stesso principio cardine della monarchia costituzionale, in base al quale i diritti sono una libera concessione dei sovrani e, dunque, in una monarchia costituzionale diritti posti e stabiliti dalla legge. La dottrina giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento configura lo Stato come persona giuridica, in quanto ciò gli consente di "parlare dello Stato come di un soggetto unitario, astratto ma capace attraverso i suoi organi di volontà e di azioni concrete, la cui vita è regolata dal diritto" di cui lo Stato costituisce allo stesso tempo punto di partenza e punto di ritorno. *Amplius* Faralli 2000, p. 186 e ss.; per Jellinek G., 1912, p.215 e ss., la sovranità dello Stato "si presume piena fin quando esso medesimo non la limiti con un proprio atto di volontà, costitutivo dei medesimi diritti degli individui" e ancora in merito alla funzionalizzazione dei diritti pubblici dei cittadini all'interesse generale: «Gli interessi individuali si distinguono in interessi costituiti prevalentemente da scopi individuali e in interessi costituiti prevalentemente da scopi generali. L'interesse individuale riconosciuto prevalentemente nell'interesse generale costituisce il contenuto del diritto pubblico» (p. 58); «qualunque diritto pubblico esiste nell'interesse generale, il quale è identico con l'interesse dello Stato» (p. 78).

¹¹¹ La teoria dei diritti riflessi spogliava i diritti fondamentali di ogni autonomia giusnaturalistica dallo Stato. V. Von Gerber 1971, p. 5 ss.; v. anche Romano 1900, p. 159 e ss.

¹¹² Dallo *status civitatis*, che si instaura quando lo Stato-persona concede ai cittadini posizioni attive nei suoi confronti, derivano i diritti ad avere date prestazioni da parte dello Stato; dallo *status activae civitatis*, (quando lo Stato-persona per agire giuridicamente affida l'esercizio di talune competenze a persone fisiche) conseguono i diritti a partecipare a funzioni statali ed investire cariche; infine, dallo *status libertatis* (che indica quello spazio in cui l'individuo, non essendo sottoposto a precetti imperativi dello Stato-persona e non interferendo con sfere giuridiche altrui, vanta una certa libertà d'azione) discendono diritti al riconoscimento degli attributi essenziali della personalità e di determinati spazi di libertà. Per una ricostruzione dettagliata di tali teorie, v. Baldassarre 1989a, p. 6-7; Pace 2003, spec. 59 ss.

¹¹³ Per Kelsen, che rappresenta probabilmente rappresenta il punto più alto della teoria giuridica positivistica, il diritto soggettivo di un soggetto presuppone l'obbligo di un altro ed esiste proprio quando all'individuo viene concessa dall'ordinamento giuridico la possibilità di rendere effettivo l'obbligo altrui attraverso un'azione in giudizio e la eventuale conseguente sanzione. Cfr. Kelsen 1967, p. 194-195.

¹¹⁴ Jellinek 1912, p. 56.

statalistico dell'assoluta supremazia dello Stato-persona sull'individuo, il corollario che ne consegue è che i diritti pubblici soggettivi, almeno quelli derivanti dallo *status libertatis* (diritti di libertà) – che sono quelli più immediatamente rilevanti ai fini che qui interessano - non possano configurarsi come pretese ad una mera astensione da parte dello Stato (*agēre licēre*), ma debbano configurarsi come un *agēre posse*, come diritti di agire a tutela delle libertà, individuate, peraltro, dallo Stato stesso (attraverso la legge). Com'è stato acutamente rilevato¹¹⁵, in tale costruzione il concetto di diritti di libertà oscilla costantemente tra lemmi opposti: sono diritti derivanti dallo *status libertatis*, che, secondo lo stesso autore, afferisce ad una sfera non statale, e tuttavia consistono fondamentalmente in un diritto di agire contro gli atti amministrativi *contra legem*, che cioè violano le disposizioni con cui essi vengono concessi ai privati. Non può tacersi, tuttavia, che l'ambiguità del compromesso così raggiunto sul tema dei diritti di libertà, sconta la difficoltà che pervade buona parte della riflessione giuspositivistica, ma soprattutto questa prima fase, nel conciliare una visione statalista del diritto pubblico soggettivo e una visione, più liberale, dei diritti di libertà come diritti assoluti della persona umana. D'altro canto, va rimarcata la funzionalizzazione di tale elaborazione del concetto di diritti rispetto ad un modello di Stato onnipervasivo. Il sistema così edificato, pertanto, sradica i diritti fondamentali dal tessuto del contrattualismo politico e dell'etica liberale nel quale sono nati e li affida interamente al diritto statale, alla legge, non più intesa come espressione della sovranità popolare, bensì come strumento attraverso cui lo Stato - che è nella sua essenza *auctoritas* e non *veritas* (*auctoritas non veritas facit legem*) – garantisce la propria imparzialità di fronte ai cittadini e la conseguente eguaglianza giuridica di questi ultimi. Ora, se è vero che tale concezione presuppone un modello di Stato forte e stabile tanto da garantire libertà e godimento dei diritti, è altrettanto vero che essa reca in sé il rischio di esiti autoritari e dispotici: l'autorità, infatti, è volontà e la volontà può farsi arbitrio, così come può *porre* diritti, allo stesso modo può toglierli¹¹⁶. Nemmeno l'elaborazione normativistica kelseniana¹¹⁷, infatti, riesce a scongiurare il rischio di un'involuzione totalitaria (avvenuta poi con l'avvento dei regimi nazi-fascisti)¹¹⁸, causata dall'accentuazione dell'elemento autoritario insito nel modello statalista appena descritto e, in particolare, dal diminuito ruolo di garante dei diritti dell'individuo assegnato da tale modello alle solenni enunciazioni costituzionali. Abusi del legislatore e violazione dei diritti soggettivi non trovano nella legge statale adeguato argine. Si assiste alla deriva del modello verso altri incentrati su un soggetto di raccordo tra società civile ed istituzioni, sia esso una sola persona o un partito unico, che si pone come unico interprete degli interessi generali, cui i

¹¹⁵ Baldassarre 1989a, p. 7.

¹¹⁶ Pintore 2002.

¹¹⁷ Kelsen, infatti, pur sostenendo che ciò che costituisce il diritto come tale è la validità, non vuole sicuramente affermare che il diritto valido sia anche giusto, ma soltanto che vi è una differenza tra concetto giuridico e concetto sociologico del diritto e dello stato. Cfr. Kelsen 1967, p. 173 e ss.

¹¹⁸ I limiti mostrati dal giuspositivismo sono ben illustrati da Rimoli, p. 5 e 7, secondo cui il giuspositivismo "ha mostrato, secondo i suoi critici, di non saper sufficientemente combattere contro le aberrazioni dei totalitarismi del Novecento, e ha dunque trovato nel suo maggior pregio apparente, quello della neutralità assiologica, il suo peggior difetto, quello della debolezza di un pensiero relativista scivolato – secondo un esito nient'affatto necessario – inesorabilmente nel nichilismo etico. Esso non sarebbe dunque riuscito, sul piano giuridico-istituzionale, a garantire la permanenza del nucleo fondante dello Stato di diritto, non avendo saputo impedire la negazione del principio di separazione dei poteri, né, dunque, il mantenimento del patrimonio dei diritti fondamentali tutelato (almeno formalmente) dallo Stato liberale.

diritti di libertà vengono funzionalizzati¹¹⁹.

Insomma, sulla scorta di quanto finora riferito, sembra possibile evidenziare dei punti fermi nel percorso verso un'affermazione dei diritti fondamentali. In primo luogo, si deve rimarcare come volutamente si siano utilizzate espressioni, di volta in volta mutate dalla dottrina presa in esame (vale a dire: diritti fondamentali, diritti inviolabili, diritti umani, diritti innati, diritti pubblici soggetti), solo apparentemente sinonime. Tale ambiguità, segnalata già all'inizio di questo scritto, che sconta diversità di approcci metodologici, di presupposti ideologici e un'oggettiva complessità del tema in oggetto, sembra riferirsi esclusivamente all'attributo 'fondamentali' del sostantivo 'diritti'. Sembra indubitabile che si tratti di diritti soggettivi, di un sottoinsieme di questi ultimi. Non che si possa parlare di diritti soggettivi *tout court*, e soprattutto della loro natura, senza tema di smentita: le riflessioni che si sono avvicendate negli ultimi tre secoli lo dimostrano. Tuttavia, un dato emerge con chiarezza: si tratta di situazioni giuridiche patrimonio del mondo occidentale e ciò consente di contestualizzare e storicizzare anche la speculazione sui diritti fondamentali. In altri termini, la nascita del concetto e, lentamente, di una teoria dei diritti fondamentali è storicamente e culturalmente (intendo tale termine nell'accezione più vasta possibile) connessa alla tradizione politica e giuridica occidentale, così come i contenuti ed i caratteri che via via sono stati loro attribuiti¹²⁰. Tale considerazione deve costituire la stella polare nel momento in cui ci si avventuri in una speculazione su tale tema; qualsivoglia tentativo di allargare l'ambito d'indagine oltre le 'colonne d'Ercole' della cultura giuridica 'occidentale' deve fare i conti con l'atto di nascita dei diritti fondamentali.

2.2. Il contributo del costituzionalismo moderno alla teoria dei diritti fondamentali

Si è visto come tra diritti fondamentali e costituzionalismo esista un nesso inscindibile. Entrambi sorgono per soddisfare un'esigenza indifferibile, la limitazione del potere politico, e vedono la loro storia intrecciarsi continuamente¹²¹. La parabola più che secolare del costituzionalismo¹²²

¹¹⁹ Per un approfondimento sulla transizione verso una concezione autoritaria dello statalismo v. Caretti 2002, p. 14; Costa 2001; Arendt 1996, spec. 372 ss. e 502 ss.; Rimoli, p. 7, il quale afferma che le distorsioni autoritarie dello statalismo "schiacciarono l'individualismo proprio della concezione liberale della società nell'olismo corporativo, ben radicato nella tradizione germanica, e divenuto presupposto tipico dei modelli basati sul potere carismatico del capo, ovvero su un *Führerprinzip* che riduceva coattivamente ogni forma di pluralismo, e in esso lo spazio dei singoli rispetto al potere, entro una mera possibilità di adesione alle opzioni del vertice".

¹²⁰ *Amplius* si veda la lucida analisi compiuta da Baccelli 2002, p. 205 ss., il quale non solo afferma che "la storia dell'elaborazione del linguaggio dei diritti, ed anche la storia dell'attribuzione ad essi di un valore universale, è una storia tipicamente occidentale, tanto che lo stesso concetto di diritto soggettivo è pressoché in traducibile in altre culture giuridiche ed in altre tradizioni etiche" - egemonia culturale immediatamente evidente anche in vari documenti internazionali in materia (prima tra tutti, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948) - ma si interroga anche sull'interculturalità dei diritti fondamentali.

¹²¹ Nella sua forma più matura, infatti, il costituzionalismo del XVIII-XIX secolo si regge sui due pilastri della garanzia dei diritti e della separazione dei poteri, nonostante le differenti anime - quella giacobina e quella anglosassone, partecipativa ed ispirata ai principi democratici emersi dalla Rivoluzione francese, la prima, ispirata ai principi liberali e di derivazione anglosassone, la seconda - in cui si specifica in quel periodo. Se da un lato, infatti, si preoccupa di stabilire l'insieme di regole idonee ad assicurare in qualsiasi forma di convivenza politica l'esercizio dei diritti inviolabili e il godimento delle libertà fondamentali, dall'altro, istituisce quel complesso di norme che limitano l'autorità statale, determinando la separazione dei poteri.

¹²² Espressione con cui Ferrara G., *L'instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale* - Relazione al convegno annuale della A.I.C. - Torino 1996, Padova, 2000, p. 65 e ss., allude "alla massiccia e parodistica compressione [del costituzionalismo] che dalla grande stagione rivoluzionaria era residua nella prima e nella seconda restaurazione monarchica (1814 e 1815), alla monarchia di luglio, allo scoppio della rivoluzione europea del 1848, con la II repubblica francese ed il ritorno del bonapartismo, alla cesura nella storia statale e costituzionale tedesca tra *Vormärz* e il *Nachmärz*, alle vicende della sua trasfigurazione liberal-statuale nelle monarchie

attraversa l'Ottocento monarchico e liberale e si allunga almeno fino alla metà del XX secolo, come esito del secondo dopoguerra, seguendo una traiettoria connotata da conquiste, arretramenti, avanzate e sconfitte e da una crescente tensione ad assumere, come obiettivi propri, le nuove esigenze sociali, traducendole in termini di diritti soggettivi e di compiti dello Stato. Dopo una prima esperienza di costituzioni *octroyées*, essa conosce l'apice con la promulgazione delle prime costituzioni lunghe¹²³ del XX secolo.

Al fine di comprendere la portata della Carta costituzionale del 1948, tuttavia, è opportuno prendere in esame, seppur brevemente, il quadro giuridico e teorico in cui essa interviene, iniziando con la prima esperienza costituzionale vissuta in Italia, lo Statuto albertino del 1848¹²⁴; ritenuto dalla dottrina maggioritaria una Costituzione flessibile e fondato sul principio della riserva di legge, nello Statuto è rinvenibile la prima forma compiuta di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano, considerato che esso dedica una parte, intitolata *Dei diritti e dei doveri dei cittadini* (ben 9 articoli), ai diritti di libertà, tra i quali spicca l'affermazione del principio di uguaglianza, intesa, tuttavia, in senso formale. Si è ancora lungi, coerentemente con "i postulati del costituzionalismo liberale ottocentesco" in cui si iscrive lo Statuto, dall'affermazione di un'eguaglianza formale che travalichi l'appartenenza ad uno *status* sociale od economico determinato, si tratta di un'eguaglianza dei punti di partenza. E coerentemente con il pensiero positivistico-statalista del tempo si pone la concezione degli altri diritti fondamentali. Lo Stato è allo stesso tempo fonte e misura dei diritti: da un lato, infatti, lo Statuto provvede ad affermare il diritto, dall'altro, la legge provvederà a specificarlo. I diritti fondamentali si configurano quali libertà individuali negative (o libertà dallo stato)¹²⁵, che mirano a tutelare una sfera di autonomia privata del singolo nei confronti di ogni ingerenza esterna, soprattutto da parte dei pubblici poteri. E tale configurazione dei diritti è comune anche alle altre coeve Carte costituzionali concesse (*octroyées*).

In tale quadro, verso la fine dell'Ottocento, la scienza costituzionale italiana subisce la forte influenza della "dogmatica del diritto statale tedesco", che si protrarrà almeno fino alla prima metà del XX secolo. L'*appel* esercitato dalla dottrina dei diritti pubblici soggettivi sulla dottrina pubblicistica italiana della fine del XIX sec. trova una giustificazione in un duplice ordine di motivazioni. Da un lato, così come per la Germania, quella teoria impostata sulla forza dello Stato-autorità

costituzionali, alla crisi del parlamentarismo liberale, alla conquista del suffragio universale (almeno maschile), agli effetti costituzionali prodotti in Europa dalla rivoluzione del 1917, con Weimar e la crisi della più «addottrinata» delle costituzioni, fino ai primi vagiti dello stato nella periferia settentrionale del nostro continente e nell'America di Roosevelt. Nel mentre, nel cuore dell'Europa, con l'avvento del fascismo in Italia, del nazismo undici anni dopo in Germania e, in Spagna, con la sconfitta della Repubblica, si preannunciava la catastrofe del costituzionalismo e quindi della civiltà politica".

¹²³ Ci si riferisce a quelle costituzioni del XX secolo, caratterizzate dalla presenza di ampi e dettagliati cataloghi di diritti fondamentali, oltre alle disposizioni sull'organizzazione dello Stato; Costituzioni in cui la lunghezza deriva dall'idea di estendere la democrazia dalla sfera della politica a quella dell'economia. Sul punto v. Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 329.

¹²⁴ Concesso da Carlo Alberto come legge suprema del regno di Sardegna e destinato a diventare la prima costituzione del Regno d'Italia, in vigore almeno formalmente fino alla promulgazione di quella del 1948.

¹²⁵ Oltre al principio di eguaglianza formale sopra citato, lo Statuto prevedeva: la libertà personale (art. 26), che in base alla dottrina dell'epoca comprendeva anche la libertà di circolazione e soggiorno, di espatrio e di emigrazione e la cui ampiezza fu progressivamente determinata attraverso la legislazione in materia di processo penale, la libertà di domicilio (art. 27), la libertà di stampa (art. 28), la proprietà come inviolabile (art. 29) e la libertà collettiva di riunione (art. 32).

forniva basi solide al processo di formazione e rinsaldamento dell'unità-identità nazionale necessario in un periodo di massicci mutamenti economico-sociali e in assenza di una società civile e di un mercato forti e consapevoli; dall'altro, si trattava di una teoria con una precisa identità ed un'autonoma rilevanza scientifica, caratteristiche di cui la dottrina pubblicistica italiana era assolutamente manchevole in quel periodo¹²⁶. Il centro sistemico di tale impalcatura teorica, come si è detto, risiedeva nel concetto di Stato-persona, che crea con atti propri l'ordinamento e che assegna a questi i contenuti che ritiene giusti ed opportuni, e nel conseguente corollario per cui i giuristi possono comprendere ed ordinare solo le manifestazioni esterne e formali degli atti dell'autorità, vale a dire solo la forma e l'efficacia di tali decisioni, essendo loro impossibile penetrare l'intimo contenuto derivante da una realtà esterna al diritto, sia essa morale, politica, ecc... In altri termini, si trattava di una concezione dogmatica razionalistica e formalistica che utilizzava l'indifferenza verso i valori e i contenuti non in funzione dell'affermazione di un'eguaglianza di tutti i soggetti, così come avveniva nell'elaborazione privatistica ad opera della pandettistica tedesca – da cui pure era stata mutuata – ma in funzione di un'ulteriore affermazione dell'intangibilità del rapporto asimmetrico tra Stato e cittadini. Tale indifferenza del potere sovrano rispetto a qualsiasi contenuto e valore – il vero cardine del sistema – imponeva una visione dei diritti molto lontana da quella affermata con lo Stato liberale di diritto.

Occorre ritornare brevemente sulla sopra citata teoria dei diritti riflessi per comprendere l'impatto che la Costituzione di Weimar, la prima Costituzione democratica del XX secolo, ha avuto nel panorama giuspubblicistico e, più in generale, giuridico dell'epoca. Alla vigilia della Costituzione del secondo Reich del 1919, la "dogmatica del diritto statale", nata in Germania ed importata anche in Italia ad opera di V.E. Orlando, non concepiva altri paradigmi di validità degli atti normativi che non fossero paradigmi meramente formali e, dunque, negava quel ruolo preminente che il costituzionalismo successivo avrebbe assegnato ai valori nella costituzione dell'ordinamento giuridico. In tale ambito, i diritti erano la risultante di un atto di autolimitazione dello Stato e non, come la concezione liberale, prima, e quella democratica, poi, avrebbero affermato, degli argini intangibili o anche solo una misura al potere legislativo. Tali premesse teoriche mal si conciliavano con le istanze politiche, economiche e sociali della fine del XIX e gli inizi del XX secolo, espresse in maniera più articolata per la prima volta grazie all'esperienza della Repubblica di Weimar, che rappresenta "un momento particolarissimo della storia europea nel passaggio dallo Stato parlamentare ottocentesco allo stato costituzionale del Novecento..... una resa dei conti delle principali ideologie e dei più rilevanti interessi sociali che si scontravano nella Germania di allora"¹²⁷. Un momento in cui si riassegna un ruolo fondante a valori e interessi e in cui le istanze democratiche assumono una fisionomia definita.

L'esperienza di Weimar rappresenta un momento importante nel passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale; essa testimonia la crisi del modello ottocentesco di Stato-sovranià-diritti sopra esposto avvenuta nel momento in cui cadono i presupposti sociali che ne

¹²⁶ Per una più ampia e sofisticata analisi del fenomeno è imprescindibile la lettura di Baldassarre 1991, p. 641 e ss.

¹²⁷ Baldassarre 1991, p. 649. La costituzione di Weimar, approvata e promulgata all'indomani della rivoluzione tedesca del 1918, risente profondamente dell'eco socialista concretatasi nella costituzione dell'Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, emanata nel 1936, e del precedente catalogo tedesco dei diritti del 1848. Grazie all'apporto di Friedrich Naumann, l'iniziale scarso progetto di una mera esposizione di principi basilari si tramuta in un testo contenente sia un imponente e dettagliato catalogo di diritti sia un articolato programma democratico. La seconda parte della Costituzione, infatti, è intitolata ai "diritti e doveri fondamentali dei tedeschi" e si articola in cinque capitoli (persona singola, vita collettiva, religione, educazione ed istruzione, economia) in cui accanto alle classiche *civil liberties* si affacciano le finalità sociali.

costituivano il fondamento. Non si tratta più di ideare un sistema attraverso cui dare stabilità ai poteri costituiti, ma occorre dare una risposta alle istanze sociali pluralistiche che reclamano a gran voce un ruolo nell'ordinamento. Nel momento in cui nell'arena politica scendono partiti di massa, sindacati, forze diverse da quelle fin ad allora protagoniste esclusive della scena politica, deve essere rivista necessariamente la concezione dello Stato e del potere. Finché i protagonisti sono esponenti della *middle class* o della nobiltà, il problema dell'unità politica non si pone, ma quando gli esiti della rivoluzione industriale si consolidano, il pensiero socialista per voce dei suoi massimi esponenti introduce problematiche sociali nuove e rivoluzionarie, la geografia sociale si articola e si frammenta, il problema si pone in maniera forte e dirompente. Occorre rispondere a siffatte istanze pluralistiche con progetti più ampi di strutturazione sociale oltre che di riforma ordinamentale. Di fronte a tali sollecitazioni, la scienza costituzionale vive un periodo di straordinario attivismo. Si assiste, infatti, ad una proliferazione di nuove teorie della Costituzione, dirette alcune ad assecondare l'affermazione dei principi democratici, altre a limitarne la portata¹²⁸ ed altre ancora a contraddirli e contrastarli.

Tra le prime che inducono il declino della costruzione teorica dei diritti pubblici soggettivi, un ruolo preminente deve essere assegnato alla critica di Kelsen, il quale ritenendo la democrazia assolutamente inconciliabile con una concezione ipostatica-autoritaria dello Stato, come quella dello stato-persona, sottopone a revisione radicale tali principi assegnando una posizione prioritaria al momento normativo piuttosto che a quello dell'autorità o a quello istituzionale. Il percorso verso una teoria costituzionale nuova basata sulla centralità della *grundnorm*, su una moderna cultura democratica pluralista ed una sempre più forte consapevolezza della dimensione cosmopolita del diritto trova nella elaborazione kelseniana un alfiere vibrante. Egli, assegnando alla norma giuridica il significato di giudizio di valore, le consente di riappropriarsi dei contenuti, dei principi di cui era stata spogliata dalla dogmatica statale tedesca. In realtà, eleggendo la democrazia a metodo finalizzato ad assicurare a qualsiasi valore e/o interesse la possibilità di divenire dominanti, egli sancisce l'apertura totale a qualsiasi valore e, dunque, paradossalmente l'indifferenza verso qualsiasi contenuto¹²⁹, ribadendo, in altre parole, il carattere formale della norma. Tale *impasse* non toglie, tuttavia, il merito all'elaborazione kelseniana di aver riconosciuto come preminente il momento normativo all'interno di un ordinamento democratico, di aver compreso che da allora in poi la teoria dello Stato sarebbe stata necessariamente una teoria della costituzione e, soprattutto, di aver messo a fuoco la differente logica dello Stato costituzionale rispetto a quello liberale. La logica dei valori diviene la logica della costituzione e dello Stato che su di essa si fonda, allo Stato fondato sull'autorità si sostituisce lo Stato costituzionale, fondato su valori superiori e potenzialmente universali¹³⁰.

¹²⁸ Tale orientamento fa capo a Rudolf Smend, per il quale lo Stato vive in un continuo processo d'integrazione tra individuo e comunità e la costituzione non è un sistema di norme giuridiche astratte da interpretare e svolgere, ma è l'ordinamento giuridico di quel processo di integrazione, di formazione di sviluppo dei valori, in cui consiste la comunità nazionale-Stato. V. Smend R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 18.

¹²⁹ V. *amplius* Baldassarre 1991, p. 651.

¹³⁰ Si prende atto della complessità della società e della sua dimensione cosmopolita, dell'esistenza di valori universali. Ed è anche rispetto a questi che nello Stato costituzionale dovrà essere valutata la razionalità del suo operato, la legalità costituzionale che risponde a logiche di ragionevolezza, intesa come razionalità rispetto ai valori di cui esso stesso è portatore.

Se la costruzione teorica appena riferita definisce lo Stato come un ordinamento astratto, dato da un ordine normativo che assume la forma di una costituzione, intesa come tavola normativa dei valori, come norma di convivenza e garanzia dei diritti, il pensiero schmittiano, in profonda antitesi con il formalismo kelseniano, definisce lo Stato come ordine concreto, in cui la costituzione è frutto di una “decisione politica fondamentale del potere costituente”¹³¹, sia esso il popolo o il monarca. Per Schmitt, dunque, la costituzione è un atto consapevole di scelta per una determinata forma di Stato¹³², di cui il governo assicurerà la realizzazione concreta, che garantisce i diritti fondamentali. Questi ultimi “sono essenzialmente diritti del singolo uomo libero e precisamente diritti che egli ha di fronte allo Stato... in forza di un suo diritto naturale”¹³³. Pur ancorato ad una visione oggettiva e concreta dello Stato, Schmitt ritorna, dunque, verso l’idea ‘giusnaturalistica’ dei diritti, come diritti umani prestatati, validi per tutti gli uomini a prescindere da status ed appartenenza, assoluti in quanto il loro contenuto non deriva dalla legge, proclamati dalla Costituzione e garantiti dal custode di questa¹³⁴.

Pur collocate agli antipodi tra loro e nonostante la malcelata insofferenza schmittiana nei confronti dei valori di fondo del costituzionalismo, tali costruzioni donano nuova linfa al dibattito costituzionalistico e, di riflesso, anche alle elaborazioni in materia di diritti fondamentali: se da un lato, infatti, Kelsen immette nella discussione costituzionale l’elemento democratico e pluralistico, individuando nella Costituzione una “tavola dei valori” su cui sono iscritti garanzie e limiti dei diritti, dall’altro, la riflessione schmittiana mette a fuoco la rilevanza dell’elemento politico, negando aprioristicamente il pluralismo politico e sociale ed accollando alla Costituzione il compito di risolvere qualsiasi conflitto si affacci nella società. E le costituzioni del Novecento si avviano così su un percorso diverso, lontano dal formalismo ottocentesco e sensibile alle istanze democratiche e pluralistiche. In particolare, ai fini che qui interessano, il dibattito weimariano appena riferito e, prima ancora, le rivoluzioni settecentesche consegnano al XX secolo due differenti modelli di costituzione, intesa in senso prescrittivo: la costituzione-garanzia, che rintraccia nella Costituzione la suprema norma giuridica di garanzia e che entro tali limiti lascia libero spazio al gioco delle forze politiche, e la costituzione-indirizzo, che scorge nella costituzione il principio primo di

¹³¹ Schmitt 1984, p. 41 e p. 110 e ss. Considerato il maggior artefice della cosiddetta concezione istituzionalistica, l’autore prende nettamente le distanze dalla teoria kelseniana sull’astrattezza dell’ordinamento giuridico costituzionale, “non vi è nessuna costituzione che sia interamente nient’altro che un sistema di norme giuridiche a protezione del singolo di fronte allo Stato...Il politico non può essere separato dallo Stato”, *ibidem*, p. 171 ed ancora circa la costituzione di Weimar, pur rimarcandone il carattere marcatamente compromissorio tra un ordinamento sociale borghese ed uno socialista (p. 50 e 218) che ne fa una giustapposizione di principi disparati lungi dal pathos politico che l’aveva reclamata, la ritiene un esempio della decisione del popolo tedesco (p. 88). Nel solco tracciato da Schmitt anche Romano S., per il quale alla base del diritto vi è l’istituzione, il corpo sociale, che riduce ad unità gli elementi che lo compongono, dando vita ad un ordinamento che impedisce i conflitti. Il diritto, prima di divenire norma, è struttura della stessa società e, in tal modo, dalla considerazione che “*ubi societas ibi jus*”, si passa all’affermazione che “ogni ordinamento giuridico è una istituzione, ed ogni istituzione è un ordinamento giuridico”. Viene riconosciuta la patente della giuridicità alle più varie organizzazioni: politiche, economiche, professionali, etc. (stato-comunità), che entrano a comporre una pluralità di ordinamenti giuridici. In altri termini, lo Stato non ha un ordinamento giuridico, ma è un ordinamento giuridico e nella società vi è una pluralità degli ordinamenti giuridici. Tale elaborazione porrà il problema dei rapporti fra ordinamento giuridico e ordinamenti internazionali, ma su questo si ritornerà oltre.

¹³² Fioravanti 1993, p. 210.

¹³³ Schmitt 1984, p. 220.

¹³⁴ Schmitt 1981; in senso analogo sul punto, anche la riflessione di Barile 1958, citato in Bongiovanni 1997, p. 75 e ss.

unità politica, il cui scopo è ricondurre il pluralismo ad una dimensione comune, unitaria, teleologicamente “orientata da una preliminare e vincolante scelta di valori”¹³⁵. È evidente che sia il primo di tali modelli a rappresentare la Costituzione come una tavola di valori e a fornire un grande spazio ad un catalogo di diritti fondamentali. E tale modello si afferma nella maggior parte degli Stati europei all’indomani della seconda guerra mondiale e delle profonde crisi nazionali a questa conseguenti.

Nel secondo dopoguerra, infatti, si affacciano nel panorama giuspubblicistico europeo le nuove costituzioni, le cd. Costituzioni lunghe, le quali oltre ad una serie di norme sull’organizzazione dei poteri, inseriscono un articolato catalogo di diritti fondamentali. Il superamento dello Stato liberal-democratico ad opera dello Stato sociale, nonché la “riproposizione di certe venature di diffuso giusnaturalismo di matrice cattolica”, impongono l’introduzione nelle carte costituzionali europee di un nuovo catalogo di diritti, “arricchito dai nuovi diritti sociali, e soprattutto dal pervadente fine-valore dell’eguaglianza sostanziale, inteso anzitutto come vincolo costituzionale imposto al legislatore ordinario e come parametro effettivo di valutazione delle leggi per l’attività dei giudici costituzionali, alla luce di una sostanziale equiparazione tra norme precettive e programmatiche”¹³⁶. Non si tratta di un processo di facile gestione, considerate le innumerevoli pressioni sociali che connotano il passaggio tra Stato liberale e Stato democratico, considerato lo stato di salute della maggior parte dei Paesi nel secondo dopoguerra, devastati da fratture sociali e culturali di notevole entità, considerati i nuovi assetti politico-economici. Il che presuppone ed, allo stesso tempo, implica un mutato rapporto tra legge, cittadini ed amministrazione, un diverso concetto di legalità, una concezione del diritto e delle fonti di produzione normativa non più fondata sul primato della legge generale ed astratta. La diversificazione sociale, la moltiplicazione di interessi e forme di pressione sul legislatore, da un lato, innesca un progressivo fenomeno di polverizzazione della legge, che dura ancora oggi, e, dall’altro, snatura la legge come atto astratto, generale, impersonale, legandola sempre di più ai diversi interessi che affollano il panorama pluralista e inducendo una evidente eterogeneità dei contenuti¹³⁷. La costituzione si pone in tale scenario come nuovo strumento di unità, un insieme di valori e principi superiori, sui quali si realizza il consenso sociale, “indisponibile da parte degli occasionali signori della legge”, cui ancorare l’attività dell’esecutivo e, prima ancora, del legislatore e che impedisce la degenerazione in anarchia normativa¹³⁸. Ma soprattutto essa celebra il rinnovato interesse per i diritti dell’uomo. Nella centralità dei diritti all’interno delle costituzioni del secondo dopoguerra è difficile non scorgere i segni di una forte reazione politica – nei confronti di ogni tentativo di ipostatizzare una sfera di

¹³⁵ Fioravanti 1993, p. 211. Si tratta della visione ‘organicista’ del costituzionalismo, che assegna al potere sovrano (dei giudici) il compito di soddisfare le esigenze di equità e giustizia sostanziale nell’ottica del raggiungimento del bene comune e fa dipendere la validità della costituzione dalla qualità del potere costituente. Visione che si oppone a quella sopra citata cd. neo-contrattualista che, eleggendo la costituzione a limite entro il quale deve dispiegarsi la normale dialettica pluralista, le riconosce la sovranità necessaria, indipendentemente dalle qualità del potere costituente, relegato, pertanto ad un ruolo meramente fattuale. V. anche Bongiovanni 1997, p. 85.

¹³⁶ Così Rimoli, p. 8. Va detto, tuttavia, che la struttura del catalogo dei diritti nelle carte costituzionali europee, fortemente condizionate dal momento storico, ossia dalle condizioni contingenti e dalle forze in esso egemoni presenta più di qualche significativa differenza. Sul punto v. Allegretti 1997, p. 129 ss.

¹³⁷ *Amplius* v. la lucida ricostruzione del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale effettuata da Zagrebelsky 1992, p. 20 e ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 48.

diritti in senso esclusivamente oggettivo (proprio dei regimi totalitari) – e giuridica – verso la concezione positivista dello Stato e dei diritti – pur nella negazione di ogni suggestione neo-giusnaturalistica (di matrice cattolica, fondamentale), coerentemente con i principi democratici ad esse sottesi. Insomma, nelle società pluraliste contemporanee, contraddistinte “dalla presenza di una varietà di gruppi sociali, portatori di interessi, ideologie e progetti differenziati ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti e quindi da fornire la base materiale della sovranità statale nel senso del passato, cioè le società dotate, nel loro insieme, di un certo grado di relativismo” alla Costituzione viene assegnato un compito differente dal passato; essa deve garantire la condizione di possibilità della vita comune e non realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune¹³⁹. Essa, dunque rappresenta la “garanzia di legittimità” per ciascuna delle parti costitutive della società, sulla base della quale a secondo dell’esito del compromesso costituzionale sarà eletto uno o l’altro indirizzo politico.

Frutto di un nuovo costituzionalismo, le nuove Costituzioni rappresentano il portato di un mutamento sostanziale e strutturale degli assetti socio-politici. Le recenti esperienze storico-politiche, infatti, hanno lasciato in eredità una profonda diffidenza nei confronti di quelle costruzioni teoriche che sono servite da terreno di coltura all’assolutizzazione del potere statale, conducendo, nelle loro manifestazioni più esecrabili all’affermazione dei regimi totalitari. L’esigenza di disancorare le sorti dell’ordinamento giuridico da un ente (sia esso il sovrano o il legislatore) superiore *legibus solutus*, per ancorarle a qualcosa di oggettivo, superiore alle ideologie e alle volontà politiche contingenti, induce gli Stati alla ricerca (o al recupero) di punti di partenza incontrovertibili, slegati dall’ondivago affermarsi delle varie forze politiche, in quanto ad esse sovraordinati. Ed è per tale motivo che nelle costituzioni del dopoguerra ciò che muta non sono solo “le tecniche della cosiddetta “razionalizzazione del potere”¹⁴⁰ per garantire una migliore governabilità, l’effettiva separazione dei diversi poteri e centri di decisione, nonché la guida efficace dei sempre più vasti apparati pubblici”, ma fondamentale la disciplina “dei diritti e dei doveri dei singoli e dei gruppi sociali, ormai soggetti attivi dei processi decisionali e destinatari di molteplici servizi”¹⁴¹. In altri termini, quella salda ancora cui ormeggiare la nuova concezione dello Stato viene rinvenuta nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. Si assiste ad un doppio fenomeno: da un lato, i diritti vengono costituzionalizzati, vengono, cioè sottratti all’influenza diretta del potere politico e affermati come antecedenti l’autorità dello Stato, divenendo una “dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge”¹⁴². Dall’altro, la legge, che nella Costituzione trova il proprio fondamento, assume una propria funzione politica legata al perseguimento di interessi pubblici non riconducibili meramente alla realizzazione dei diritti o alla difesa e promozione di interessi individuali, ma alla regolamentazione della vita sociale.

¹³⁹ Zagrebelsky 1992, p. 9.

¹⁴⁰ Attraverso sistemi di “pesi e contrappesi” idonei a mantenere l’equilibrio tra i massimi organi dello Stato, consistenti nell’affiancare agli istituti tipici della democrazia rappresentativa altrettanto incisivi istituti di democrazia diretta, al sistema statale centrale un sistema articolato di autonomie locali, ad un forte ruolo del Parlamento una serie di contrappesi istituzionali e politici idonei a scongiurare la degenerazione del parlamentarismo ecc. Così, Caretti 2002, p. 88.

¹⁴¹ De Siervo U., *Il quadro storico-giuridico e i principi ispiratori della Costituzione* in <http://www.bdp.it/~costituz/tem02.htm>.

¹⁴² Zagrebelsky 1992, p. 63; sotto questo aspetto si distacca dalla concezione rivoluzionaria della Francia e si avvicina alla tradizione costituzionale nordamericana.

Per comprendere fino in fondo l'apporto del costituzionalismo del Novecento all'affermazione definitiva dei diritti fondamentali, può essere utilmente presa in considerazione l'esperienza costituzionale italiana, che appare paradigmatica al riguardo. All'indomani del secondo evento bellico, l'Italia si presentava afflitta da fratture sociali e culturali antiche, cui si sommavano quelle più recenti tra antifascisti e filofascisti, fra repubblicani e monarchici, fra portatori del "vento del Nord" e del "clima del Sud"; il tutto in un Paese appena uscito da un ventennio di radicale compressione delle libertà individuali e collettive. Insomma, la "Commissione dei 75" si trovava ad operare in un Paese che tentava di recuperare la propria sovranità nazionale. Il testo definitivo della Costituzione italiana discende da un accordo-compromesso tra le posizioni delle grandi componenti ideali presenti in seno all'Assemblea costituente. La non facile opera di mediazione¹⁴³ tra la visione cattolica, quella laica e quella socialista-comunista, articolate in una serie di filoni di pensiero interni, compiuta dalla sinistra cattolica verso le posizioni social-comuniste, consente di evidenziare come ancora in seno all'Assemblea Costituente la concezione dei diritti fondamentali o inviolabili era tutt'altro che univoca. Accanto a chi ne invocava un fondamento extra-positivo, vi era chi ne disconosceva il valore primario e fondante, relegandoli ad un ruolo meramente direttivo; accanto a chi affermava la loro discendenza dal principio di sovranità popolare, si scorgevano posizioni che li legavano all'affermazione del primato della persona. Nonostante tutte queste anime, tuttavia, in seno all'Assemblea il consenso si attestò su alcuni punti che l'o.d.g. Dossetti, prima, e la proposta La Pira-Basso, dopo, individuavano nell'antiorità dei diritti della persona¹⁴⁴ e delle "forme sociali nelle quali esso [l'uomo] organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona" e nella equiordinazione assiologica tra i valori 'personalistici' della dignità umana e quelli 'sociali' della solidarietà-socialità. Il compromesso raggiunto in seno all'Assemblea Costituente¹⁴⁵ si attestava, al di là delle differenti formulazioni terminologiche, su diritti supremi, permanentemente validi, sottratti all'effimero gioco delle maggioranze parlamentari, superiori alla legge e immodificabili e ineliminabili anche da procedure di revisione costituzionale, che per tale motivo dovevano trovare collocazione nel testo della promulganda costituzione¹⁴⁶. L'accordo raggiunto non deve sottacere le dure contrapposizioni e le reciproche incomprensioni iniziali in seno all'assemblea, soprattutto sull'inserimento nel testo costituzionale delle disposizioni programmatiche e dei diritti sociali¹⁴⁷. Il fatto di aver trovato un compromesso su posizioni tanto avanzate, tuttavia, disvela la reale portata del documento, efficacemente espressa dalle parole di Togliatti – in polemica risposta ai dubbi di Calamandrei – allorché, citando Dante, ricordava che chi procede nel buio recando un lume, illumina prevalentemente la via a chi lo segue ("come quei che va di notte, che porta il lume dietro e a sé non giova, ma dopo sé fa le persone dotte").

¹⁴³ Ricostruita in modo articolato da Baldassarre 1989, p. 9.

¹⁴⁴ Essi venivano definiti "inalienabili e sacri all'uomo" nel testo La Pira-Basso, malcelando il difficile compromesso tra le posizioni cristiane e quelle social-comuniste e tradendo ancora un'eco di vecchie concezioni giusnaturalistiche. V. http://legislature.cam-era.it/_dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf

¹⁴⁵ Alla Costituente le sinistre sarebbero state compensate della rinuncia ad un processo rivoluzionario con la promessa di una rivoluzione, contenuta appunto nella Costituzione repubblicana (cfr. Barile 1980, p. 15 ss.; sulla rilevanza dell'elemento della socialità nella Costituzione, v. Rossi 1989).

¹⁴⁶ E non nel preambolo, come avrebbero preferito personaggi di spicco, come Calamandrei, anche al fine di svolgere quella funzione educativa, più volte evocata da Aldo Moro nei suoi interventi, di orientamento nella lotta per la libertà e la giustizia sociale, dotando il Paese di uno zoccolo comune di valori e di regole. Per la ricostruzione v. Baldassarre 1989, p. 9.

¹⁴⁷ Sul punto v. *infra*.

Prima ancora di verificare qual è il significato dato alla parola inviolabili nell'art. 2, infatti, già la sua collocazione sistematica a ridosso della norma di apertura e prima dell'enunciazione del principio d'eguaglianza è sicuro indice del ruolo dei diritti fondamentali all'interno della Repubblica democratica. Essi ne delineano la nuova fisionomia, ponendo al centro dell'ordinamento giuridico statale la persona umana, facendo del riconoscimento inequivocabile dei diritti dell'uomo, prima che del cittadino, la base irremovibile della nuova società oltre che del nuovo Stato. Insomma, la sola collocazione sistematica della norma sui diritti inviolabili è sintomatica della volontà dei padri costituenti di delineare uno Stato democratico, fondato sui diritti della persona e informato ad un principio di eguaglianza, che sancisce il definitivo superamento¹⁴⁸ della concezione ottocentesca statocentrica, in cui i diritti individuali risultavano da un atto di autolimitazione dello Stato. La Costituzione del 1948 (al pari di ogni altra costituzione democratica), dunque, adotta una visione tri-dimensionale dello spazio giuridico, dove l'individuale, il sociale e il pubblico rappresentano tre componenti distinte anche se interagenti e intrecciate tra loro¹⁴⁹.

Ora, se da un punto di vista sistematico si è visto la rilevanza dell'opzione effettuata dall'Assemblea, è imprescindibile comprendere il senso dell'espressione utilizzata nell'art. 2, cioè qual è il significato da attribuire all'attributo 'inviolabili'. Anche a tale scopo soccorrono i lavori preparatori della costituzione. Se si analizzano le proposte provenute dagli esponenti delle varie correnti ideologiche all'interno della 'Commissione dei 75', è agevole vedere che ancora nel XX secolo il giusnaturalismo conserva pressoché intatta un'incredibile forza di suggestione, se è vero che tra le prime proposte relative all'articolo in questione spiccava quella di derivazione marcatamente cattolica del riconoscimento dei diritti "inalienabili e sacri all'uomo", che solo dopo molte travagliate discussioni veniva depurata da ogni accento meta-positivo, assumendo la formula oggi conosciuta. È da chiedersi, comunque, se, nonostante l'eliminazione degli attributi maggiormente intrisi di retaggi giusnaturalistici, l'attuale formulazione dell'art. 2 non contenga egualmente un rinvio al diritto naturale. Sotto un profilo eminentemente formale, l'uso del verbo *riconoscere*, così come, da un punto di vista sostanziale, il riferimento a diritti pre-statali, potrebbero indurre l'interprete a rinvenire nell'articolo in questione una forte influenza giusnaturalistica. Tuttavia, sembrano convincenti gli argomenti di chi fugge i dubbi su siffatta ipotesi, soprattutto laddove viene posto in rilievo che parlare di pre-statalità non significa necessariamente riferirsi al diritto naturale, se non cedendo al pregiudizio ideologico del carattere necessariamente statualistico del diritto positivo. Al contrario, in un sistema democratico si deve accedere alla tesi contraria, secondo cui, essendo il presupposto di uno stato democratico la libera volontà del popolo di costituirsi in Stato, i diritti e libertà di questo devono necessariamente essere anteriori o superiori allo stesso Stato, che è semplicemente la forma giuridica prescelta per vivere in comune¹⁵⁰.

Scongiurato il fondamento giusnaturalistico o, comunque, meta-positivo dei diritti inviolabili garantiti e riconosciuti dalla costituzione italiana, resta da interrogarsi su quale sia il fondamento di valore di tali diritti. Si tratta, in effetti, di sciogliere il nodo gordiano del fondamento dei diritti inviolabili, accogliendo l'avvertenza di carattere meta-teorico svolta da Ferrajoli, in base alla quale

¹⁴⁸ Per alcuni non si può parlare di definitivo superamento, bensì di incrinatura nelle concezioni statocentriche ottocentesche. V. Gambino 2002, p. 4.

¹⁴⁹ Baldassarre 1989a, p. 11.

¹⁵⁰ Baldassarre 1989, p. 11. Per una condivisibile critica al fondamento dei diritti pre-statali sulla sovranità popolare, v. Spadaro 1995, p. 241, in cui l'A. sottolinea che identificare la sovranità popolare con l'origine dei diritti fondamentali mal si concilia con la funzione da essi talvolta detenuta di limite alla stessa.

quando si parla di fondamento dei diritti fondamentali, l'errore più frequente in cui si incorre è confondere il fondamento teorico, quello assiologico, quello giuridico e quello storico-sociologico. La sovrapposizione dei piani di indagine ha, infatti, creato spesso incomprensioni ed ambiguità che, unitamente all'intrinseca enigmatica dell'oggetto di analisi, hanno generato, come si è detto, un quadro piuttosto confuso. In effetti, una cosa è tentare la via definitoria, ben altra cosa è rintracciare la giustificazione etico-politica, il fondamento di valore di tali diritti. Se nel primo caso la speculazione, condotta al fine di comprendere la *ratio* di un diritto, presuppone ed implica una risposta di tipo descrittivo, in altri termini, una definizione, nel secondo caso, la riflessione deve essere finalisticamente orientata a comprendere quali siano i valori e quei principi che, definendoli come diritti fondamentali, l'ordinamento ha voluto tutelare. Operazione quest'ultima che, com'è evidente, non può essere meramente assertiva, ma normativa, investigando quali sono le opzioni assiologiche fondanti di un sistema, per rintracciare i valori che ciascun ordinamento democratico pone dietro (o dentro) l'individuazione e la tutela dei diritti, quale fondamento di sé e della propria legittimazione¹⁵¹. Così come l'approccio diretto a ricercare il fondamento storico-sociologico dei diritti, che prende in esame dati storici, sociali, politici, economici, culturali e giuridici, tutti egualmente verificabili da un punto di vista empirico, si presenta differente dalla ricerca finalizzata a rintracciare il fondamento giuridico positivo – la fonte – di ciascuno dei diritti¹⁵².

Da quanto fin qui delineato, appare evidente che l'ordinamento costituzionale sancisce una serie di principi e di valori che si pongono al di sopra di ogni potere autoritativo pubblico, anche al di sopra dello stesso legislatore (presente e futuro). Considerato il carattere di rigidità conferito alla carta costituzionale, infatti, essi rappresentano un limite invalicabile allo stesso potere di revisione costituzionale¹⁵³. Ciò vale a dire che la Costituzione non consente, né rende negoziabile, la discussione sui principi e sui valori supremi dell'ordinamento costituzionale, "il cui mantenimento è essenziale per la conservazione della stessa identità dell'ordine costituzionale vigente, sicché l'eliminazione di quei principi determinerebbe allo stesso tempo la distruzione dell'intera Costituzione e la sua sostituzione con un ordine costituzionale completamente diverso"¹⁵⁴. La costituzione italiana, pertanto, recepisce il *proprium* del costituzionalismo moderno - la sua valenza assiologica e prescrittiva - assegnando la preminenza ai valori, al momento assiologico-sostanziale piuttosto che, come avveniva con le costituzioni dell'Ottocento, al momento gerarchico-formale. I diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2, allora, altro non sono che i valori non negoziabili e indisponibili, sottratti sia alla volontà politica sia alla sovranità popolare, "perciò stesso diretti a unificare tutti i soggetti e le parti operanti in un determinato ordinamento *under the Constitution*".¹⁵⁵

¹⁵¹ V. Rimoli, p 2 e la bibliografia ivi citata; in particolare, sul punto, Luhmann 2002; Häberle 1993.

¹⁵² Come condivisibilmente argomentato da Ferrajoli 2002, p. 298 e ss., solo questi ultimi approcci al problema del fondamento forniscono delle risposte empiricamente verificabili.

¹⁵³ Baldassarre 1989, p. 10; Gambino 2002a, p. 8. Il giudice costituzionale, da parte sua, ha reiteratamente confermato l'esistenza di limiti impliciti alla revisione della Costituzione. Lo ha fatto in modo organico con la sent. 1146 del 1988, nella quale ha affermato che "la Costituzione italiana contiene taluni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali".

¹⁵⁴ Luciani 1996.

¹⁵⁵ Baldassarre 2002, p. 273.

In quanto valori tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento, alla composizione¹⁵⁶, inevitabile corollario del processo di positivizzazione in un sistema democratico¹⁵⁷.

Nelle costituzioni democratiche contemporanee, normative e prescrittive si verifica il passaggio dei diritti fondamentali da meri principi direttivi a contenuto di norme giuridiche precettive; le norme sui diritti inviolabili non sono più meramente descrittive, non si limitano più a tradurre in termini positivi i diritti naturali, esse prevedono l'affermazione di una libertà o di un diritto inserendoli, allo stesso tempo, in una "strutturazione di valori". A ben guardare, la stessa struttura di tali norme conferma la loro relativizzazione rispetto ad altri valori: l'individuazione di un limite implica l'affermazione di una gerarchia di valori, in cui la libertà o il diritto garantiti dalla norma risultano subordinati – si badi, sotto un profilo contenutistico e non assiologico - al valore di riferimento posto come limite. Insomma, in un sistema democratico-pluralistico, il cui "nucleo assiologico primigenio, il *dover essere, l'a priori* positivo", è costituito dalla centralità della persona umana, considerata nella sua socialità¹⁵⁸, la positivizzazione dei diritti corre necessariamente in parallelo con la loro relativizzazione.

Se quanto detto, da un lato, autorizza ad affermare l'evidenza di un vero e proprio sinallagma funzionale tra sistema democratico e diritti inviolabili e consente di individuare il fondamento assiologico dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano, dall'altro impone di approfondire l'analisi in una duplice direzione.

Innanzitutto, non può tacersi che l'aver istituito un forte "rapporto di condizionalità tra diritti inviolabili e il principio democratico" ed averli perciò sottratti alle decisioni della maggioranza e racchiusi nella "sfera dell'indecidibile"¹⁵⁹ (data l'intangibilità conseguente alla rigidità costituzionale) avvicina paradossalmente la concezione positivista fondante la nostra costituzione ad una

¹⁵⁶ Modugno 1995a, p. 41, per il quale "I diritti inviolabili prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive sono valori e in quanto tali tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento, alla composizione".

¹⁵⁷ L'esperienza di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali si iscrive in quel fenomeno di positivizzazione dei diritti dell'uomo che, presente già, sebbene in fase embrionale, nelle esperienze costituzionali del XVII secolo, ha progressivamente interessato tutti gli Stati occidentali nel XX secolo. La tendenza alla positivizzazione si coniuga dapprima con quella forte verso una generalizzazione dei diritti fondamentali, già presente nelle due dichiarazioni dei diritti settecentesche, e successivamente con quella imprescindibile verso una internazionalizzazione degli stessi. Per una ricognizione dettagliata di tale fenomeno v. Peces-Barba 1993, p. 136 e ss.; ma anche, sebbene in riferimento alle esperienze tedesca ed americana, Baldassarre 1989, p. 12-13. "L'introduzione della problematica dei diritti fondamentali nell'orizzonte della democrazia ha comportato un mutamento radicale sia della concezione della libertà individuale, sia di quella della persona umana e, conseguentemente, dei diritti inviolabili", mentre la prima in una democrazia ha senso solo come espressione di libertà positiva, i secondi si possono configurare o come espressione di un insieme di valori sovraordinati o, secondo alcuni, come "condizioni di possibilità (o categorie trascendentali) di una democrazia pluralistica che possono essere dedotti dalle norme costituzionali dirette a riconoscere una forma di stato in qualche modo riconducibile al concetto di democrazia pluralistica. In altri termini, tale teoria fa derivare la primarietà e l'invulnerabilità di alcuni diritti da un valore primario ed assoluto, che non consiste in un dover essere meta-positivo o trascendentale come nelle elaborazioni giusnaturalistiche, ma in un concetto politico-costituzionale, dunque, positivo, quello della libertà positiva o della democrazia pluralistica". Baldassarre 1989, p. 15.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 16, in cui l'A. afferma, non senza enfasi, che i diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 possono essere definiti come le categorie a priori o trascendentali della democrazia. D'altro canto, anche i lavori preparatori depongono in tal senso, affermando che l'intersoggettività e la socialità sono paradigmi della società democratica pluralista la quale non coincide più, o comunque non si esaurisce nello Stato, l'individuo non deve essere più considerato soltanto uti singulus. Ulteriore riprova è riscontrabile nello stesso testo dell'art. 2, in cui la tutela della persona umana viene garantita sotto il duplice ed inscindibile profilo dell'individuo in quanto tale ed in quanto parte delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

¹⁵⁹ Ferrajoli 2002: "Politica e mercato si configurano in tal modo come la *sfera del decidibile*, rigidamente delimitata dai diritti fondamentali: i quali, proprio perché garantiti a tutti e sottratti alla disponibilità sia del mercato che della politica, determinano la *sfera di*

concezione quasi teologica dei diritti. Circostanza comprensibile se si tiene conto che il “vizio” della matrice giuspositivista consiste appunto “nell’insostenibilità di una dimensione di intangibilità assiologica delle scelte, ovvero impone la costante rivedibilità delle scelte stesse. In altri termini, tale impostazione determina *chi* individua, di tempo in tempo, i diritti fondamentali in un certo ordinamento, e *come* tali diritti siano sanciti e garantiti, ma non può dire, se non *hic et nunc* e solo in base al diritto positivo vigente, *quali* essi siano”¹⁶⁰. Ciò implica che un ulteriore passo nel percorso che ci si è prefissi di compiere debba necessariamente riguardare l’esame del significato da assegnare all’attributo inviolabili, evidentemente connesso alla questione dell’individuazione di quali sono tali diritti nella costituzione italiana e, ancor di più, con quella della possibile identificazione del carattere dell’invulnerabilità con quello della fundamentalità.

Originariamente l’attributo della invulnerabilità era riferito esclusivamente a quei diritti fondamentali cd. generali, i classici “diritti dell’uomo e del cittadino”, definendone l’intangibilità e l’ineliminabilità da parte dei poteri regi. Con il passaggio dalla tradizione monarchica a quella liberal-democratica e con l’apparizione dei diritti fondamentali cd. speciali¹⁶¹, connessi all’appartenenza ad uno status peculiare differente dallo *status naturae* o *civitatis*, si è assistito ad una progressiva traslitterazione dei caratteri tradizionalmente propri dei diritti dell’uomo in una categoria più ampia, che comprende i diritti fondamentali generali e quelli speciali, cui si è riferito il carattere dell’invulnerabilità, per evidenziarne l’indiscussa superiorità assiologica, l’originarietà, l’indisponibilità, l’inalienabilità, l’intrasmissibilità, l’irrinunciabilità, l’imprescrittibilità, l’intangibilità assoluta sia ad opera del legislatore (sia ordinario che costituzionale) sia ad opera di privati. D’altro canto, il riferimento all’invulnerabilità di quei diritti nell’art. 2 rivela la ferma volontà degli stessi Costituenti di ancorare la costruzione del nuovo ordinamento democratico ed, in particolare, la nuova *Grundnorm* a dei valori incancellabili, definiti *sub specie aeternitatis*, espressione di una civiltà prima ancora che di un regime costituzionale, così radicati da far avvertire una qualsiasi loro modificazione come un tentativo di rovesciamento di quell’ordine a fondamento del quale sono stati posti. In altri termini, con la qualificazione di invulnerabilità di taluni diritti, il Costituente ha voluto conferire loro un valore speciale, ponendoli al di sopra degli altri¹⁶², assegnando loro (al loro “contenuto essenziale”) il carattere dell’immodificabilità, in quanto fondamenta dello stato democratico¹⁶³, ponendo così il loro *contenuto di valore* al riparo da future revisioni costituzionali.

ciò che non dev’essere o dev’essere deciso, non potendo nessuna maggioranza, neppure l’unanimità, legittimamente decidere di violarli o di non soddisfarli”.

¹⁶⁰ Rimoli, p. 10, che pone in rilievo il ruolo determinante della giurisprudenza costituzionale nella individuazione del ‘fondamento giuridico’ dei diritti inviolabili nel nostro ordinamento, con tutti i problemi che ne derivano.

¹⁶¹ Procede a tale articolazione Baldassarre 1989, p. 27, il quale annovera tra i primi tre sottocategorie: diritti personali, civili e politici, e tra i secondi: diritti economici ed etico-sociali.

¹⁶² Pur non predisponendo una gerarchia dei valori completa o assoluta. È opportuno rimarcare, infatti, che la ragion d’essere dell’invulnerabilità non ha un contenuto uniforme e valido indifferentemente per tutti i diritti cui si riferisce l’articolo 2 della Costituzione, ma si diversifica piuttosto da categoria a categoria nel senso che il significato di quel concetto e le correlative garanzie variano in dipendenza della diversa giustificazione di volta in volta presente. Per la gerarchizzazione dei valori all’interno delle singole norme e non riferita in generale a tutto il corpus delle norme costituzionali, Baldassarre 1989, p. 14-15.

¹⁶³ Sull’equiparazione del concetto di invulnerabilità a quello della irriducibilità costituzionale, Barbera 1975, p. 117; Caretti 2002, p. 140 e ss., il quale opera una buona ricostruzione della cd. teoria dei limiti impliciti alla revisione costituzionale; Barile 1984, p. 53 il quale, appellandosi alla lettera del sostantivo, rileva che invulnerabilità è sinonima di inderogabilità e inabrogabilità costituzionale; *contra*, Pace 2003, p. 8, il quale nega che tali diritti costituiscano un limite alla revisione costituzionale; Pace 2000, p. 107 e ss. e Baldassarre 1989, p. 37, il quale precisa che confondere i due concetti equivale a confondere i due piani della legittimità e della legalità, snaturando, in

Ma quali sono i diritti cui il costituente ha riconosciuto tale valore superiore? Sono solo quelli costituzionalmente protetti in modo espresso o vi sono altre situazioni giuridiche cui, anche se non in maniera espressa, va riconosciuto una dignità assiologica superiore? In altri termini quali sono i diritti fondamentali? La copiosa letteratura sul tema¹⁶⁴ può sostanzialmente essere ricondotta a due posizioni: da un lato, la tesi cd. restrittiva, in base alla quale l'art. 2 si limita a conferire il *crisma dell'inviolabilità* ai diritti menzionati in Costituzione (o a quelli ad essi conseguenti), fungendo da matrice e garante dei diritti di libertà e non da fonte di altri diritti¹⁶⁵; dall'altro, la tesi cd. estensiva che rintraccia nell'art. 2 Cost. una norma a fattispecie aperta, idonea a dare adeguata copertura costituzionale a tutti quei "nuovi" diritti, che emergano a livello della Costituzione materiale, elaborati dalla coscienza sociale, non deducibili esplicitamente né implicitamente – se non a costo di una pericolosa concessione di discrezionalità all'interprete costituzionale – dai diritti già enumerati negli artt. 13 e ss. Cost.¹⁶⁶. Secondo tale impostazione, in altri termini, l'art. 2 sarebbe fonte autonoma di diritti ulteriori rispetto a quelli espressamente riconosciuti e garantiti dal testo costituzionale, non desumibili altrimenti dalla Costituzione¹⁶⁷.

A ben guardare, il problema del "quali sono i diritti inviolabili" risulta fortemente connesso con quello del loro fondamento. Laddove il fondamento dei diritti fondamentali venga rintracciato in un *quid* meta-giuridico, comunque esterno all'ordinamento, è evidente che l'art. 2 Cost. si debba configurare come una clausola aperta, idonea a comprendere tutti quei diritti fondamentali,

tal modo l'art. 2 del suo più significativo spessore giuridico. Per quanto riguarda il riferimento al "contenuto essenziale", si tratta – come nota Baldassarre – di uno dei meccanismi concettuali, vere e proprie regole di salvaguardia, attraverso cui si è cercato di porre un argine insuperabile oltre il quale il bilanciamento tra valori non può oscillare; si tratta, in altri termini, dell'individuazione dell'ambito della inviolabilità dei diritti costituzionalmente garantiti.

¹⁶⁴ Per un'analisi degli orientamenti della Corte costituzionale italiana, cfr. Modugno 1995a, p. 82 ss. e Baldassarre 1989, p. 19 e ss.; sulla clausola, aperta o chiusa, di cui alla citata norma costituzionale, v. a favore della *tesi* restrittiva Barile 1984, p. 54 e ss.; Pace 2003, p. 20 ss. per il quale, data l'insistenza dei diritti fondamentali anche nella sfera dei rapporti interprivati, il riconoscimento di un diritto, che *ex se* comporta un corrispondente obbligo a carico di un altro soggetto, non può essere un riconoscimento inespresso; Caretti 2002, p. 137 e ss.; Baldassarre 1989, p. 20-21, il quale, tuttavia, pur negando alla fine la copertura da parte dell'art. 2 di diritti diversi da quelli enumerati, esplicitamente o implicitamente, in Costituzione, riconosce la possibilità che esistano situazioni giuridiche o aree di libertà conseguenti al libero sviluppo della persona umana che non sono espressamente tipizzate in disposizioni costituzionali, la cui inviolabilità, sarà comunque garantita grazie all'incredibilmente ampio ed elastico potenziale semantico e normativo delle stesse disposizioni costituzionali. A favore della *tesi* estensiva (che va distinta dall'*interpretazione* estensiva dello stesso art. 2), v. Barbera 1975, p. 70 ss.; Spadaro 1995, p. 244 e ss.; seppur in riferimento all'esperienza gius-costituzionale tedesca, Häberle 1993, p. 79 ss.

¹⁶⁵ Barile 1984, p. 56 e ss. I fautori di tale impostazione concordano nel negare qualsiasi dignità di fonte all'articolo in questione, sostenendo la riconducibilità dei "nuovi diritti" a quelli espressamente enumerati nella carta costituzionale. Si tratta, per tale orientamento dottrinario e giurisprudenziale, di diritti "impliciti" o "trasversali", che possono ritenersi indirettamente riconosciuti e garantiti - ora isolatamente ora in combinato disposto - attraverso le norme degli artt. 13 e ss. Cost. All'art. 2 Cost., pertanto, non deve essere riconosciuta la natura di clausola aperta, ma una grande forza maieutica idonea a fornire, attraverso un'interpretazione estensiva, adeguata copertura costituzionale ai diritti conseguenti a quelli espressamente enumerati in Costituzione. Così anche Baldassarre 1989, p. 20-21.

¹⁶⁶ Si tratta della tesi prevalente sia nella giurisprudenza costituzionale (tra le pronunce più recenti, v. C. Cost. n. 39/2009; C. Cost. n. 398/2008; C. Cost. n. 120/2001; C. Cost. n.13/1994, tutte consultabili in www.giurcost.org) che in quella di legittimità (Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2001, n. 6507 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 529).

¹⁶⁷ L'evidente rischio connesso a tale impostazione, quello di un eccesso di discrezionalità nell'individuazione dei diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.* o, per dirla con Barile, i labili contorni degli istituti di libertà avvolti nella nebbia dell'incertezza del diritto, è scongiurato dai sostenitori della "clausola aperta" attraverso il ricorso alla "cornice assiologica" delle disposizioni costituzionali. In altri termini, una volta individuata tale cornice - il fondamento dei diritti definiti inviolabili dai padri costituenti - entro cui è imprescindibile muoversi anche nell'interpretazione delle norme dei cd diritti inviolabili enumerati, sarà questa stessa cornice ad arginare ogni tentativo di arbitraria determinazione-creazione di diritti ulteriori rispetto a quelli costituzionalizzati espressamente. Così Spadaro 1995, p. 254 e ss.

quelle situazioni giuridiche non ancora tipizzate eppure espressione di valori propri dello stesso ordinamento. Così come è chiaro che il favore verso la tesi restrittiva della clausola chiusa sia sintomatico dell'opzione verso il fondamento positivo dei diritti fondamentali: se essi sono tali solo in quanto posti dall'ordinamento, è evidente che essi possano essere soltanto quelli enumerati in Costituzione e quelli ad essi conseguenti. In questa sede, tuttavia, senza avventurarsi in un discorso che condurrebbe inevitabilmente troppo oltre i confini della presente ricerca, è utile porre l'accento ancora una volta sul ruolo svolto dalla "cornice assiologica", dall'insieme di valori sottesi all'intero testo costituzionale nell'individuazione dei diritti fondamentali, prescindendo dallo schieramento in favore dell'una o dell'altra tesi interpretativa dell'art. 2 della Cost. Da quanto finora riferito appare evidente che i padri costituenti si sono trovati di fronte all'esigenza di garantire quell'assetto di valori connessi al complesso concetto di persona umana - posta al centro dell'ordinamento stesso - valori che albergavano nella coscienza comune, attraverso l'affermazione di diritti, definiti inviolabili per le ragioni sopra esposte. E questo i costituenti hanno fatto, assicurando il passaggio da un livello, per così dire, meta-giuridico ad un livello giuridico¹⁶⁸, dai valori ai diritti, avendo cura di garantire, attraverso la formulazione dell'art. 2, la possibilità di individuare "nuovi diritti", in tanto tutelabili in quanto conformi al quadro assiologico-culturale di riferimento. Lo si desume, del resto, dal potenziale semantico e normativo delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali, talmente ampio ed elastico da ricomprendere qualsiasi nuova situazione giuridica legata al libero sviluppo della personalità umana e della coscienza sociale, fermi restando gli argini costituiti dal "nucleo essenziale" dei valori costituzionali, considerati sia unitariamente che congiuntamente¹⁶⁹. Ed allora, se l'individuazione del fondamento assiologico orienta anche la difficile opera dell'interprete costituzionale nella creazione o nell'estrapolazione di diritti non contemplati dalle norme costituzionali, è evidente che il problema del fondamento dei diritti fondamentali non è meno importante di quello, altrettanto imprescindibile, delle loro garanzie. Non sembra pienamente condivisibile, pertanto, l'opinione di chi ritiene che il vero problema dei diritti fondamentali sia "procedurale", dell'autorità che li amministra, quindi, "non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*"¹⁷⁰.

Com'è evidente, entrambi i temi sono di non poco momento nella speculazione sui diritti fondamentali. Una volta individuato il fondamento dell'invulnerabilità nella previsione costituzionale, infatti, non ci si può esimere dall'affrontare il tema delle garanzie di tali diritti e dell'effettività delle

¹⁶⁸ A tale proposito, è da richiamare la suggestiva tesi del doppio fondamento dei diritti fondamentali elaborata da Spadaro 1995, p. 266 e ss., per il quale i diritti inviolabili riconosciuti e protetti nelle costituzioni affondano le proprie radici in realtà meta-giuridiche, che diventano valori fondamentali pre-giuridici solo nel momento in cui maturano nella comune coscienza dei consociati, diventano oggetto di un idem sentire da parte della società e quindi idonei ad incidere nella dimensione sociale della persona umana. Solo "il passaggio dal *fondamento* metagiuridico al *fondamento* pregiuridico - quando e se avviene - consente così al diritto fondamentale di prendere vita e ambire non solo ad una protezione giuridica *astratta* (art. 2), ma a una tutela giuridica *concreta*, fattuale" (corsivo dell'A.). Insomma, il cammino verso il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali passa attraverso tre livelli consequenziali e necessari: meta-giuridico (ontologico), pre-giuridico e giuridico. Sul consenso sociale, il consenso di coloro che sono assoggettati alla Costituzione, v. Mortati 1975, p. 6.

¹⁶⁹ Così Spadaro 1995, p. 273-274 e bibliografia ivi citata, il quale avverte sulla rilevanza da assegnare all'individuazione dei limiti alla cd. ermeneutica dei mutamenti costituzionali, in altri termini, sulla delicatezza del ruolo degli interpreti sia nella creazione che nella estrapolazione di nuovi diritti dalle disposizioni preesistenti del testo costituzionale. Essi sono comunque legati al quadro assiologico di riferimento, che può sì evolversi ma mai stravolgersi se non a costo di un totale cambiamento dello stesso ordinamento costituzionale. Sul punto v. anche Baldassarre 1989, p. 19.

¹⁷⁰ Bobbio 1997, p. 16 e Pintore 2002.

norme che li prevedono. Si tratta di un problema giuridico e politico, più che filosofico, che richiederebbe da solo un'approfondita trattazione; in questa sede, preme solo verificare se i diritti fondamentali siano solo quelli cui l'ordinamento mette a disposizione un regime di garanzie atte a renderli effettivi e in che cosa consistano sostanzialmente tali garanzie. Per procedere in tale direzione, è opportuno operare alcune puntualizzazioni concettuali. Innanzitutto, va detto che il dibattito in materia si è spesso incentrato sull'identificazione del concetto di esistenza dei diritti con quello della garanzia degli stessi, cioè sulla pretesa, di derivazione kelseniana, in base alla quale un diritto soggettivo esiste solo se garantito, poiché la garanzia è parte della struttura stessa del diritto¹⁷¹. Ne deriva che nell'ordinamento non potrebbero darsi lacune¹⁷² o antinomie attinenti il profilo giuridico, ma soltanto riferite a quello politico, morale o sociologico, colmabili, pertanto, solo attraverso interventi di carattere politico, morale o sociologico. La suddetta identificazione, tuttavia, è stata condivisibilmente oggetto di critiche da parte di quanti, pur all'interno di un'impostazione giuspositivistica, hanno ritenuto che un diritto soggettivo, come pretesa "ad esigere da un altro l'osservanza di un dovere che la norma impone nell'interesse del primo" (cd. garanzia primaria), non contenga in sé anche le cd. *garanzie secondarie*, i rimedi giurisdizionali contro la violazione dei diritti¹⁷³. Insomma, occorre distinguere il diritto dalla garanzia, il valore normativo del diritto dal momento della sua protezione, *a fortiori* quando si ha a che fare con un diritto fondamentale, la cui qualificazione come inviolabile ne costituisce la prima e più profonda forma di tutela. È, infatti, l'inviolabilità attribuita dal costituente a quei diritti espressione di valori riconosciuti come fondanti l'ordinamento democratico a garantirli nei confronti di qualsiasi intervento dello stesso legislatore costituzionale¹⁷⁴.

In secondo luogo, vanno tenuti distinti i due piani della completezza giuridica, cui appartiene il tema delle garanzie, e dell'effettività sociale. Come acutamente rilevato¹⁷⁵, su quest'ultimo piano esercitano la propria influenza non solo la possibilità di azionare in giudizio un diritto o l'esistenza di norme che a fronte del riconoscimento di un diritto, impongano obblighi e divieti corrispondenti, ma anche una serie di fattori extra giuridici attinenti al funzionamento del sistema sociale. Tale distinzione è di assoluta pregnanza allorché si affronti il tema sui diritti sociali (v. *infra*).

Ne consegue che a tutela dei diritti fondamentali il costituente, oltre a fornirli di una garanzia superiore individuata dalla loro inviolabilità, abbia apprestato un articolato sistema di garanzie cd. secondarie azionabili sia contro le lesioni provocate dai pubblici poteri sia da quelle cagionate

¹⁷¹ Sul punto v. anche Dicey 1959.

¹⁷² Per Kelsen 1967, p. 126, le lacune consistono in sensazioni di carenza confrontando l'ordinamento esistente con quello desiderato, perché ritenuto migliore. V. anche Palombella 1999.

¹⁷³ Tra gli altri v. Palombella 1999; Pintore 2002, e Ferrajoli 2002, anche se quest'ultimo, in realtà, attraverso la distinzione tra garanzie *primarie* e garanzie *secondarie*, cui logicamente conseguono lacune primarie (o deontiche) e secondarie (o giuridiche), a seconda che vi siano diritti che non prevedono un correlativo obbligo o divieto incumbente sull'altro o che esistano diritti a protezione dei quali non siano previste dall'ordinamento strumenti giurisdizionali adeguati, concepisce anche la possibilità che vi sia una norma che conferisca un diritto senza indicare i soggetti dell'obbligo corrispondente (privo in altri termini della garanzia primaria).

¹⁷⁴ V. *supra*. Qui occorre ricordare che l'art. 2 Cost. impone alla "Repubblica" – e quindi a tutti gli enti, statali e non, che la compongono, nonché agli organi amministrativi, legislativi e giurisdizionali – di considerare "inviolabili" e quindi di rispettare ("riconoscere") i diritti individuali e funzionali; e di farli rispettare.

¹⁷⁵ Palombella 1999.

da comportamenti dei privati¹⁷⁶. E d'altro canto l'elemento caratterizzante del linguaggio occidentale dei diritti, in senso positivo, pare essere proprio la compresenza dei tre momenti della valorizzazione dell'affermazione del diritto, della concettualizzazione dei bisogni ed aspettative e della conseguente ricerca degli strumenti giuridici atti a proteggerli¹⁷⁷.

2.2. Attuale fisionomia dei diritti fondamentali

Dovendo tirare le somme di quanto sinora riferito, vale la pena porre l'accento su alcuni tratti caratterizzanti i diritti fondamentali, nella prospettiva di rintracciare quale sia stata la *ratio* che ha portato all'affermazione dei diritti sociali e, soprattutto, al fine di comprendere quanti e quali dei caratteri sopra individuati possano essere agevolmente riferiti anche ai diritti sociali. Preliminarmente, da un punto di vista semantico, va precisato che nella congerie di espressioni atte ad individuare "quei diritti posti dall'autorità competente secondo procedure date in un determinato ordinamento (sistema) giuridico, formalmente, contenutisticamente e assiologicamente dotati del massimo grado di tutela"¹⁷⁸, sembra preferibile l'espressione di diritti fondamentali, perché unisce tanto la dimensione etica quanto quella giuridico-politica della nozione di diritti. Inoltre, nonostante una tendenziale quanto sommaria identificazione tra i "diritti fondamentali" e i "diritti umani", si deve avere presente che le due locuzioni individuano un rapporto di *genus a species*, in quanto se è vero che i diritti umani sono considerati ovunque diritti fondamentali, è altrettanto vero che esistono dei diritti fondamentali che lo sono solo in taluni contesti ordinamentali¹⁷⁹.

La marcia verso il riconoscimento come fondamentali dei diritti coincide con la tensione verso una loro generalizzazione, una loro universalizzazione. Affinché un diritto venga prima riconosciuto e poi tutelato come fondamentale, in altri termini, esso non può essere espressione di valori contingenti e particolari, ma universali e costanti.

Ma qual è il significato da attribuire all'universalità? Secondo la tesi di Ferrajoli¹⁸⁰, l'universalità consiste nella possibilità di ascrivere i diritti fondamentali a tutti, vale a dire nella presenza, all'in-

¹⁷⁶ Per una dettagliata trattazione di tali garanzie v. Caretti 2002, p. 115 e ss.

¹⁷⁷ Così Baccelli 2002, p. 210, che vi scorge l'elemento universalistico dei diritti fondamentali.

¹⁷⁸ Così Rimoli.

¹⁷⁹ Sul punto, *amplius*, Bovero 2002, 235 ss. ma spec. 241, il quale afferma che l'espressione "diritti umani", entrata nel parlare quotidiano, "è divenuta veicolo di una nozione vaga e imprecisa, tanto ambigua quanto predisposta ad usi retorici polivalenti e divergenti (come quelli dei cattolici e dei laici)"; l'autore salva però l'accezione più rigorosa della locuzione proposta da Ferrajoli, che li intende come sottospecie dei diritti fondamentali. Palombella 2002, p. 11 ss., secondo il quale l'espressione "diritti umani" è assoluta, e indipendente da ogni contesto, mentre quella "diritti fondamentali" è aperta e relativa: così, se i primi sono da ritenere inviolabili ovunque, dei secondi si può pretendere l'invulnerabilità "solo nell'*ambito* in cui questi sono fondamentali".

¹⁸⁰ V. Ferrajoli 2002, p. 5 e ss. e 280 e ss. il quale qualifica la propria definizione di diritti fondamentali come *stipulativa* ("né vera né falsa, ma solo più o meno adeguata alle finalità esplicative della teoria nei riguardi di qualunque ordinamento, quali che siano i diritti [e quand'anche non vi siano] in esso tutelati come fondamentali"), e *formale* ("volta a identificare i connotati strutturali che in funzione di tali finalità conveniamo di associare a questa espressione e che determinano l'estensione della classe dei diritti da essa denotati, quali che siano [o riteniamo giusto che siano] i loro argomenti o contenuti"). L'autore, poi, aggiunge che tale definizione non sarebbe inficiata, in quanto formale, affermando che un dato ordinamento giuridico, per esempio totalitario, è privo di diritti fondamentali, in quanto "la previsione di tali diritti da parte del diritto positivo di un determinato ordinamento è insomma condizione della loro esistenza o vigore in quell'ordinamento, ma non incide sul significato del concetto di diritti fondamentali" (*ibidem*, p. 6).

terno della formulazione della norma che riconosce e garantisce tali diritti, del quantificatore universale “tutti”¹⁸¹. In altri termini, ogni qualvolta la norma presenti i caratteri di generalità ed astrattezza, essa avrà quell’universalità ‘formale’, intesa come “elemento necessario di ‘credibilità’ del paradigma dei diritti fondamentali”; vale a dire che se certi diritti sono conformati nel modo descritto, e se essi sono attribuiti ai singoli da un certo ordinamento, essi sono (ossia possono essere) definiti fondamentali. Il che non risolve molto sul piano sostanziale. Il problema, infatti, è nel passaggio dal piano eminentemente stipulativo di tale definizione a quello contenutistico. Indispensabile è comprendere quando i diritti garantiti - e non la norma che li garantisce - possono essere considerati universali e perciò fondamentali. Onde evitare che l’universalità sia considerata come un concetto potenzialmente vuoto¹⁸², incapace di impedire la produzione di norme di fatto particolari, seppur formulate come universali/generali, è necessario andare oltre il tratto stipulativo. L’intento, pur meritorio, di fornire una definizione teorica¹⁸³, neutrale ed avalutativa, perciò universalmente valida, di diritto fondamentale, anche e soprattutto al fine di disancorare l’ascrizione di tali diritti dal fattore di cittadinanza¹⁸⁴ e, quindi, al fine di rendere le norme, nazionali ed internazionali, sui diritti fondamentali come valide in sé universalmente, trova non pochi ostacoli, il più rilevante dei quali sembra doversi rintracciare nella imprescindibilità di un approccio sostanziale (contenutistico ed assiologico) al tema. La tesi formale finirebbe paradossalmente per legittimare il richiamo di suggestioni giusnaturalistiche, poiché solo accedendo ad una concezione che considera i diritti come un *a priori* ontologico rispetto alla norma che li pone e li garantisce (e, quindi, esistenti in sé, nella dimensione metagiuridica e pregiuridica) sarebbe possibile rintracciare diritti propri di ogni essere umano, a prescindere da qualsiasi fattore di differenziazione¹⁸⁵. Si deve, inoltre, mettere in guardia circa il rischio di un’inversione logica relativa al nesso eziologico esistente tra i caratteri dell’inalienabilità e della non negoziabilità e quello della universalità. Non sono i primi due caratteri che sono conseguenza della universalizzazione dei diritti fondamentali, ma è in presenza di diritti che presentino quei caratteri che è possibile procedere ad una loro universalizzazione.

¹⁸¹ L’A. ritiene che l’universalità formale è comunque rispettata allorché la formulazione della norma (“tetica” nel lessico dell’autore, e dunque tale da identificare reciprocamente forma e contenuto) sia in sé generale e astratta. Egli, tuttavia, (p. 121 ss.), anche in replica alle eccezioni mossegli da Guastini 2002 (p. 43 e ss.), Zolo 2002 (p. 49 e ss.), Bovero 2002 (p. 237 e ss.), ecc., nello stesso testo, precisa che “*universale*, pur associato a ‘diritti’ non è perciò sinonimo di *fondamentale*, ma ha un significato più esteso. ‘Fondamentali’ sono tutti e solo i diritti ascritti non a qualsiasi classe di soggetti, ma a quei soggetti cui l’ordinamento conferisca o lo *status* di persone e/o quello di cittadini e/o quello di capaci d’agire. Questo non toglie che sotto le qualifiche non solo di ‘universali’ ma anche di ‘fondamentali’ vengano prodotte norme che mascherano privilegi” (ivi, pp. 135-136).

¹⁸² Come ben rilevato da Guastini 2002, p. 43 ss.

¹⁸³ Secondo l’A., tale definizione può dirsi “teorica” poiché stipulata “con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie”, ma indifferente alla circostanza di fatto “che in questo o quell’ordinamento tali diritti siano (o non siano) formulati in carte costituzionali o leggi fondamentali, e perfino dal fatto che essi siano (o non siano) enunciati in norme di diritto positivo”. Su tale base c’è chi l’ha definita anche non normativa; v. Bovero 2002, p. 237 e ss.

¹⁸⁴ La cittadinanza viene considerata da Ferrajoli come “l’ultima grande limitazione normativa al principio di eguaglianza giuridica” (p. 9), come una vera e propria fonte di disuguaglianza e di regresso nella democrazia, chiusa in un’area circoscritta del mondo, “a prezzo della non democrazia nel resto del mondo”, così da produrre “una definitiva qualificazione dei diritti fondamentali e del nostro modello di democrazia, la cui credibilità è interamente legata al loro proclamato universalismo” (p. 24). È evidente in tale passaggio sia l’adesione ad un modello Kantiano di diritto cosmopolitico che la critica alle teorie di Marshall 1976, *passim*.

¹⁸⁵ Così Rimoli, p. Non va taciuto un altro nodo della tesi *de qua*, condivisibilmente rilevato da Zolo 2002, p. 53 e ss., il quale avverte che una definizione dei diritti fondamentali formale, neutrale, teorica ed universale non può valere a fondare una teoria della democrazia costituzionale (finalità espressamente indicata dall’A.) che presuppone ontologicamente un approccio tutt’altro che avalutativo o ideologicamente neutrale.

Allora occorre andare alla ricerca di uno spessore, dell'aspetto sostanziale di tale carattere. Per farlo è necessario, in primo luogo, riferire quel quantificatore universale "tutti" – indicatore di generalità nella tesi ferrajoliana – ad una classe determinata di soggetti, avendo cura di procedere con cautela nell'esclusione di questa o quella classe di riferimento (cittadinanza *in primis*). In tal senso è sufficiente porre mente all'*iter* storico-giuridico della progressiva affermazione dei diritti fondamentali come diritti dei cittadini compiutosi nello stato moderno e contemporaneo, per comprendere che il collegamento tra cittadinanza e diritti fondamentali non può essere bypassato in maniera indolore. Inoltre, giova ricordare, a tal proposito che, pur affascinati dall'idea di alcuni diritti appartenenti per nascita a tutti gli esseri umani, i diritti sono espressione di una data cultura¹⁸⁶ e che, pertanto, occorre fare molta attenzione a non destoricizzare e non decontestualizzare la riflessione su di essi¹⁸⁷. Insomma, la tensione verso un universalismo dei diritti ha sempre dovuto fare i conti con il loro genetico particolarismo. Attrito ancora più palpabile nel momento in cui si è cercato di rintracciare valori comuni in un quadro di riferimento allargato da una specifica dimensione "microsociale", come quella nazionale, ad un ambito sempre più vasto, come quello sovranazionale. Mentre nella prima, infatti, si può giungere a registrare un consenso circa l'individuazione di determinati valori atti ad assurgere al ruolo di diritti fondamentali, in una dimensione allargata su scala mondiale è arduo individuare valori che, trascendendo l'*humus* culturale, sociale, politico e giuridico in cui sono gemmati, si pongano come transculturali e, dunque, capaci di registrare quell'*idem sentire* che consente loro di acquisire la necessaria veste giuridica.

Ed è a tale difficile passaggio che si deve riconnettere il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali sviluppatosi nel Novecento, soprattutto all'indomani della seconda guerra mondiale¹⁸⁸. Si tratta di un imponente e progressivo processo che si pone, in fin dei conti, in linea di continuità con il processo di generalizzazione sopra citato. Come quello, infatti, l'internazionalizzazione dei diritti mira ad una progressiva estensione, in senso planetario, dei soggetti titolari dei diritti fondamentali, alla creazione di quel *demos* globale, di quell'ideale cosmopolitico anelato sin dalla prima modernità¹⁸⁹ o, quantomeno, alla creazione "di un «esperanto» o di una

¹⁸⁶ L'intima correlazione tra cultura e diritto viene annoverata da Schindler tra i vari condizionamenti (morale-diritto; politica-diritto; cultura-diritto, etc...) che possono essere iscritti nella cd. *ambiance*, in altri termini il *milieu*, quello che sta intorno al diritto, l'extragiuridico che resta sullo sfondo, implicito rispetto a quanto trova esplicitazione nel diritto e che svolge, rispetto a quest'ultimo, un'azione compensativa. Si tratta, in altri termini, dell' "ambiente naturale e culturale nel suo complesso, le normali situazioni antropologiche, geografiche, etniche, economiche e sociali, al pari della normatività extragiuridica", presupposto di ogni ordinamento giuridico positivo, che in quanto non diritto muta, creando spesso situazioni di disarmonia. V. Schindler 1999, p. XXVII e p. 101 e ss. La teoria dell'*ambiance* è stata richiamata anche da Heller 1988, p. 393.

¹⁸⁷ Avvertono dei rischi connessi a simili operazioni Baccelli 2002, p. 201 e ss., secondo cui "il linguaggio dei diritti porta con sé i segni indelebili della nostra tradizione poetica e giuridica, e in particolare di quella vicenda che si dipana a partire dall'autonomizzazione del sistema giuridico nella Roma antica. È allora opportuno chiedersi fino a che punto i 'diritti fondamentali' presentano una validità interculturale" e Rimoli, p. 6.

¹⁸⁸ Anche se, in realtà, il primo segnale di una collaborazione internazionale, finalizzata all'affermazione di diritti umani cosmopoliti è probabilmente la lotta contro la schiavitù.

¹⁸⁹ Per una completa ricostruzione in tal senso, v. Zolo 1990, p. 21 e ss.; Zolo 2002, p. 49 e ss. in cui l'autore palesa i suoi forti dubbi "oltre che sulla fattibilità di un ordine mondiale cosmopolitico... anche sulla sua desiderabilità. Una struttura di potere globale sarebbe oggi inevitabilmente destinata a comprimere le differenze culturali del pianeta, a penalizzare i soggetti più deboli, a ridurre drasticamente la complessità delle strutture politiche intermedie. E provocherebbe molto probabilmente più forti reazioni del terrorismo internazionale contro i paesi industriali, la cui egemonia fungerebbe inevitabilmente da supporto politico-militare della nuova Cosmopolis".

«koinè» delle diverse lingue (e, quindi, tradizioni e culture)” dei diritti del mondo¹⁹⁰. E, in effetti, le dichiarazioni internazionali¹⁹¹, succedutesi sin dal secondo dopoguerra, hanno inteso travalicare i confini degli stati nazionali in materia di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, provvedendo, seppur soltanto da un punto di vista semantico, oltre che all’ampliamento dei tradizionali cataloghi dei diritti¹⁹², all’estensione dei diritti elencati a ciascun essere umano, senza considerare la cittadinanza in senso nazionale.

Non si pensi, tuttavia, che un’operazione di tale genere abbia suscitato entusiasmi plebiscitari. A livello sovranazionale, l’opera di individuazione e di tutela dei diritti fondamentali si è rivelata nel passato in tutta la sua difficoltà¹⁹³, dovuta principalmente ad un modo differente e non condiviso di ‘sentire’ valori e diritti. E non deve trarre in inganno la sensibile variazione di tendenza avvenuta a seguito della globalizzazione¹⁹⁴. Se, da un lato, infatti, il crescente consenso intorno ad un numero consistente di valori, costanti ed universali¹⁹⁵ può essere collegato alla ricerca di nuovi criteri ordinatori, essendo venuti meno il centro ordinante e tutte quelle categorie (non solo giuridiche) che hanno accompagnato il cammino dell’umanità per millenni. Dall’altro, una lettura realistica e disincantata suggerisce che l’attuale insistenza sul paradigma dei diritti a livello planetario è frutto di una strategia di politica internazionale prima ancora che un’aspirazione verso la costruzione di un nuovo *demos* globale¹⁹⁶ costituito da esseri umani cosmopoliti, che godono ovunque dei medesimi diritti fondamentali. Alla luce dei recenti accadimenti, infatti, sembra di poter condividere le preoccupazioni di quanti vedono, nell’attuale contesto globalizzato, il rinnovato interesse verso i diritti fondamentali come un “utile strumento di *captatio benevolentiae* nei con-

¹⁹⁰ Spadaro 1995, p. 279.

¹⁹¹ Su tutte vanno citate la carta delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, con le successive specificazioni: il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e quello sui diritti civili e politici del 1966, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959. Di estrema rilevanza, poi, anche perché corredate di un autonomo sistema di garanzia di effettività, sono la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950, (il primo precipitato storico della Dichiarazione del 1948, secondo Allegretti 1997, p. 184) con i successivi protocolli addizionali, e il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957, su cui v. *infra*. Maggiori informazioni su tali documenti e sul valore di ognuno di essi, imprescindibile Conforti B., *Diritto internazionale*, Napoli, ult. ed., p. 175 e ss.; v. anche Ignatieff M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, p. 7 e ss., soprattutto per l’ampio corredo bibliografico.

¹⁹² Oltre ai classici diritti di libertà, tali testi si preoccupano di prevedere la tutela di altre posizioni soggettive, primi tra tutte i diritti sociali.

¹⁹³ Basti pensare, da un lato, alle formule blande e compromissorie spesso utilizzate nei testi di tali dichiarazioni e, dall’altro, al lungo e tortuoso *iter* attraverso cui si è giunti all’istituzione di un organo giurisdizionale penale a livello sovranazionale atto a rendere sanzionabili le violazioni dei diritti fondamentali. L’accordo di Roma del 1998 sull’istituzione di una Corte penale internazionale non è tuttora stato ratificato da alcuni Stati (tra cui gli Stati Uniti (!)).

¹⁹⁴ Non è questa la sede per affrontare la complessità del tema, per cui è vivamente consigliabile la lettura di Stiglitz J.E., *La globalizzazione e i suoi oppositori (Globalization and its discontents)*, (trad. it. di Cavallini D.), Torino, 2002; Habermas 2002; Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2001; Baldassarre 2002; Sen A., *Globalizzazione e libertà*, Milano 2002; Allegretti 2002; nonché la relazione al Convegno 2003 dell’A.I.C. di Denninger E., *L’impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee* in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Va rilevato, tuttavia, un dato costante delle speculazioni sul tema e cioè la consapevolezza di trovarsi di fronte ad una “nebbia concettuale”, ad una problematica complessa non ancora giunta a conclusione, un processo in continuo movimento caratterizzato da un superamento dei confini spazio-temporali finora conosciuti, con conseguente aumento ed intensificazione delle relazioni, delle comunicazioni e degli scambi.

¹⁹⁵ Si interroga sulla sincerità e sull’autenticità di tale consenso, Spadaro 1995, p. 279.

¹⁹⁶ Conseguente al declino del *nomos* della terra come forma di un determinato ordinamento politico, sociale e religioso e, dunque, come elemento di individuazione della sovranità e dell’ordinamento giuridico.

fronti dell'opinione pubblica mondiale... perfettamente funzionale alle esigenze delle *élites* dominanti¹⁹⁷. In altri termini, nel momento in cui il declino del *nomos* della terra¹⁹⁸ mette di fronte ad una realtà in cui lo spazio vitale non coincide più con il territorio nazionale, in cui l'identità prende il posto della cittadinanza, in cui il principio di sovranità vive una crisi profonda, per alcuni irreversibile, in cui il sistema delle fonti si disarticola in una varietà di centri di produzione giuridica, si tende a dissimulare l'irresistibile cammino verso un mondo ancora di più caratterizzato da "libertà diseguali" e dal divario tra zone povere e zone ricche, catalizzando l'attenzione di tutti su temi di sicuro impatto come la sicurezza e i diritti umani. Circa questi ultimi, la tendenza verso una loro globalizzazione pone non poche perplessità legate sia, come si è appena detto, alla genuinità di tale operazione sia alla realizzabilità della stessa. La storia recentissima ci ha fatto assistere ad un pericolosissimo processo di "esportazione della democrazia"¹⁹⁹, il cui logico corollario è l'esportazione di un modello di diritti marcatamente occidentale che, oltre a non essere necessariamente il modello ontologicamente giusto²⁰⁰, deve fare i conti con gli insegnamenti di Kahn-Freund sul pericolo di rigetto conseguente a trapianti di modelli giuridici²⁰¹. La matrice dei diritti fondamentali, infatti, come si è più volte ripetuto, è tipicamente nazionale e ciò, se non preclude, rende perlomeno arduo rintracciare un paradigma dei diritti universalmente accettabile. Anche senza negare il ruolo crescente delle diverse Carte internazionali dei diritti dell'uomo, quasi universalmente «sottoscritte» dagli Stati aderenti all'O.N.U., si deve tuttavia "riconoscere il rischio della loro vacuità, proprio per il carattere spesso meramente declamatorio e retorico-ottativo che sembra circondare simili documenti²⁰²". Non è casuale, infatti, che tale materia resti sempre oggetto di una "disciplina giuridica icasticamente definita «diritto morbido» (*soft law*)" (in particolare, con riferimento ai diritti fondamentali di natura sociale) nonostante alcuni encomiabili sforzi, volti a rinforzare la natura «vincolante» degli accordi internazionali sui diritti umani.

D'altro canto, ragionare dei diritti fondamentali su scala globale amplifica i problemi che già a livello nazionale costituiscono i punti di crisi dello stesso paradigma. Il nodo delle garanzie e dell'effettività non è certamente più abordabile sul piano globale, considerando che, in tale sede, oltre al profilo essenzialmente tecnico, esso interessa anche quello più marcatamente politico-internazionale dell'assenza di organismi dotati della soggettività internazionale e del potere

¹⁹⁷ V. Rimoli, p. 15 e ss.; Zolo 2002.

¹⁹⁸ V. Rodotà 2001, p. 39 e ss., in cui l'A. dipinge con acume e chiarezza impareggiabili le fosche trame di un fenomeno ancora molto oscuro.

¹⁹⁹ Collegato ad un altrettanto preoccupante intento di 'intrusività missionaria', che prevede una serie di diritti tipici di una dimensione globale, come quello di ingerenza umanitaria. Anche tale fenomeno è da ricollegarsi alla crisi della sovranità (sia a livello nazionale che sovranazionale), che già da tempo Schmitt 1972, p. 90, aveva preconizzato, con straordinaria lungimiranza. Egli pronunciava l'elogio funebre dello *ius publicum europaeum*, come costruzione concettuale dello Stato moderno e dei suoi attributi sovrani, «la porzione europea dell'umanità ha vissuto, fino a poco tempo fa, in un'epoca i cui concetti giuridici erano totalmente improntati allo Stato e presupponevano lo Stato come modello dell'unità politica. L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con essa viene meno l'intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto dello Stato e internazionale eurocentrica, nel corso di un lavoro concettuale durato quattro secoli. Lo Stato come modello dell'unità politica, lo Stato come titolare del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica, questa fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale, sta per essere detronizzato».

²⁰⁰ Su tale punto, v. Habermas 1998, p. 216 e *passim*, il quale ritiene che i diritti soggettivi sono funzionalmente insostituibili e che anche le comunità extraeuropee, nel loro percorso verso la modernità, non possano farne a meno. Se è vero che i diritti soggettivi sono in dotazione alle singole persone giuridiche, è anche vero che lo *status* di persona giuridica si forma solo nel contesto di una comunità fondata sul riconoscimento reciproco dei membri liberamente associati.

²⁰¹ Kahn-Freund 1975.

²⁰² Spadaro 1995, p. 279; così anche Bronzini 2003, p. 81, che richiama i dubbi di molti sulla "densità ontologica" dell'ONU e sul carattere volontario del diritto internazionale pattizio.

coercitivo necessario a rendere effettivi i diritti sanciti dalle dichiarazioni e a sanzionarne le eventuali violazioni. Il processo di universalizzazione dei diritti fondamentali (passato attraverso le fasi della generalizzazione, dell'internazionalizzazione e della specificazione) incontra, dunque, una battuta di arresto nel momento in cui intende positivarli su scala globale. Laddove manchi quel sostrato politico, sociale e culturale condiviso la globalizzazione di economia, mercati, comunicazioni e tecnologia non si dimostra sufficiente a fondare un comune paradigma di diritti. A fronte di un diritto privato ormai capace di regolamentare la dimensione globale degli scambi, il diritto pubblico internazionale non vive un altrettanto periodo di fulgore. Pur auspicabile sotto vari punti di vista, la globalizzazione dei diritti è lontana dall'essere raggiunta e, soprattutto, si può presentare come un cavallo di Troia. Se non dovesse essere il frutto di un effettivo superamento della dimensione nazionale del diritto e di una articolata e complessa opera di ricerca di punti di incontro transculturali effettuata da organismi a ciò deputati (e non in pochi qualificatissimi studi legali collegati alle più importanti multinazionali), la globalizzazione dei diritti finirebbe con l'essere un 'regalo' confezionato da una potente oligarchia colmo di nuove sorgenti di disuguaglianza.

2.3 La transizione dall'individualismo al pluralismo all'origine dei diritti sociali

Una volta individuati i caratteri identificativi dei diritti fondamentali, occorre calarsi nello specifico tema oggetto della ricerca ed analizzare i diritti sociali. In particolare si intende qui verificare se è possibile parlare, a proposito di diritti sociali, di una categoria di diritti autonoma ed indipendente ovvero se con tale espressione si suole identificare esclusivamente una *species* del più ampio *genus* dei diritti fondamentali. Prima (e al fine) di procedere in tale direzione, tuttavia, è bene avere ben presente innanzitutto che anche per i diritti sociali non esiste tuttora una nozione sufficientemente condivisa²⁰³. Anche in questo caso, tuttavia, la storia può venire in soccorso e consentire di ricostruire i lineamenti di tale categoria di diritti.

I diritti sociali sono una "istituzione giovane", sotto il profilo del loro riconoscimento costituzionale²⁰⁴. La pressoché totale assenza di tali diritti dalle Dichiarazioni dei diritti settecentesche, in particolare quella francese "dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789, ne è la piena conferma²⁰⁵. Per il riconoscimento come fondamentali dei cd. diritti di seconda generazione - ivi compresi i diritti sociali - occorre attendere il passaggio dallo Stato liberale monoclasse allo Stato

²⁰³ Già Gurvitch 1949, p. 93, avvertiva che l'espressione 'diritto sociale' era largamente usata, ma con significati spesso diversi e, talora, anche assai vaghi, optando per ricomprendere "sotto il termine di diritto sociale semplicemente l'insieme delle regole giuridiche, e particolarmente delle leggi dello stato, che proteggono gli elementi deboli e non possidenti della società e regolano l'intervento dello Stato nella sfera economica". Anche Corso 1981, p. 783, ritiene improprio un uso del termine, non accompagnato dalla consapevolezza della molteplicità dei significati (e quindi della assoluta genericità e atecnicità della nozione). Per Luciani 1994, p. 80 e ss., "pochi oggetti di analisi sono però così difficili da dominare, se non si abbandonano certi pregiudizi e certe acquisizioni della tradizione, come il vasto campo che identifichiamo con l'ellittica espressione "diritti sociali". Le ragioni delle difficoltà sono ormai note, e si radicano nella storia profonda delle idee e delle istituzioni politiche, che ha determinato una netta divaricazione fra diritti di libertà e diritti sociali, nella quale i primi hanno finito per collocarsi al centro, ed i secondi ai margini della riflessione teorica". Sul punto v. anche l'interessante speculazione di Giorgis 1999 e Trujillo Pérez 2000, p. 43.

²⁰⁴ Un'interessante ricostruzione del percorso verso l'affermazione dei diritti sociali è stata compiuta recentemente da Costa 1997, p. 277 e ss.

²⁰⁵ Luciani 1994, p. 82, riportando quanto affermato da Mazziotti, rivela l'esistenza dell'intenzione da parte dei redattori della Dichiarazione di assegnare un fine sociale allo Stato, collegato ad un superiore ideale di giustizia, poi presente nella Costituzione del 1793. Fatta eccezione per l'art. 13 che garantisce la 'libertà di lavoro' e il sostegno allo sviluppo di altri temi sociali, l'esclusione dei diritti sociali dal testo della dichiarazione è, tuttavia, segno inequivocabile della netta preminenza dell'interesse verso l'affermazione del

democratico pluriclasse - quando nascono come risposta all'industrialismo e alla democratizzazione dei processi decisionali²⁰⁶, grazie alla pressione di molteplici spinte - e le "costituzioni lunghe" del dopoguerra, in cui i valori della libertà e dell'uguaglianza acquistano nuova linfa e significato. Accanto al concetto di libertà negativa, infatti, compaiono in un ruolo primario i concetti di libertà positiva, uguaglianza sostanziale, dignità umana e liberazione dai bisogni e, soprattutto, si stabilisce un nuovo equilibrio tra individualità e socialità. Prima di tale fase, tuttavia, il costituzionalismo moderno, come si è visto, si caratterizza per essere un progressivo ed inarrestabile percorso di valorizzazione, fino alla costituzionalizzazione, del principio di libertà, in cui evidentemente l'esigenza di affermazione della differenziazione, della dimensione individuale mal si concilia sia con l'affermazione di un'idea di società fondativa di un nuovo modello antropologico che con quel principio di eguaglianza il quale, propugnando l'omologazione e la parificazione nella libertà, è alla base della nascita stessa dei diritti sociali. L'antinomia tra i due concetti di libertà ed eguaglianza, alimentata da illustre dottrina ancora nel XX secolo²⁰⁷, ha inevitabilmente comportato il sacrificio dei diritti storicamente considerati 'minori' sull'altare del riconoscimento dei diritti di libertà, con conseguente ritardo del loro processo di positivizzazione.

Lo snodo libertà-uguaglianza è fondamentale per comprendere fino in fondo la relazione tra diritti fondamentali e diritti sociali. Come ben rilevato da Luciani, per un lungo periodo la differenziazione storica tra diritti sociali e diritti di libertà è stata tradotta in una supposta incompatibilità logica tra libertà ed uguaglianza, effettuando in tal modo un'operazione, non soltanto debole da un punto di vista concettuale, ma incompatibile con la concezione stessa di democrazia. Da un punto di vista storico, infatti, è indubbia la priorità dei diritti fondamentali e la pressoché totale assenza dei diritti sociali, difficilmente annoverabili all'interno delle categorie giuridiche e politiche dell'epoca. E questo per vari motivi. Innanzitutto, sotto un profilo eminentemente antropologico, nel periodo liberale l'affermazione del principio individualistico introduce un'idea di individuo, "signore delle facoltà che il potere pubblico gli riconosce come sue personali", signore del suo spazio vitale²⁰⁸, al di sopra del quale c'è solo il potere sovrano. In secondo luogo, occorre aver presente che, da un punto di vista pratico, le prestazioni che oggi sarebbero annoverate tra i diritti sociali, all'epoca, venivano erogate da istituzioni private. Infine, sotto il profilo giuridico, va considerato, ed è questo l'elemento maggiormente rilevante, che il concetto di diritto soggettivo dell'epoca era sostanzialmente differente da quello attuale, vicino piuttosto all'idea della libertà naturale del singolo che ad una pretesa giuridica soggettiva avanzata nei confronti del sovrano. Il diritto soggettivo, in altri termini, si radicava nell'ambito della libertà, a differenza dei doveri pubblici (tra cui alcuni tra i più significativi diritti sociali) ispirati al principio di eguaglianza, "recessivo (tuttavia) rispetto al fondamentale valore della libertà"²⁰⁹. È evidente, allora, che in un quadro siffatto, i diritti sociali non potessero trovare agevolmente cittadinanza. Tale priorità storica, tuttavia, non valeva a fondare l'assoluta incompatibilità logica tra libertà ed uguaglianza sostanziale

principio di libertà e della ancor viva antropologia liberale classica, imperniata su una concezione nettamente individualista senza alcuna concessione al principio di solidarietà. Nello stesso senso, v. Cantaro 2006, p. 143 e ss.

²⁰⁶ Per le ricostruzioni Baldassarre 1989b; Barile 1984; Luciani 1994; Bifulco 2003; Cantaro 2006.

²⁰⁷ Schmitt 1984, p. 164 e ss.

²⁰⁸ Baldassarre 1989b, p. 1.

²⁰⁹ *Ibidem*.

che ha dominato la scena fino allo scorso secolo ed eclissatasi, grazie all'intervento di fattori pratici e teorici, di ordine culturale, giuridico, politico e sociale, nel corso del Novecento a favore di una visione in base alla quale i due principi in questione si sono riscoperti coesenziali all'idea stessa di democrazia. Tra i vari fattori, il variegato quadro ideologico di appartenenza degli stati liberali interessati dalla grande trasformazione economica sociale e politica della fine del XIX secolo, sembrerebbe sminuire l'influenza esercitata dalle elaborazioni socialiste in materia²¹⁰. Ed invece, va riconosciuto che tali teorie, così come quelle solidaristiche, hanno giocato un ruolo di grande rilievo nell'elaborazione delle contromisure nei confronti dell'avanzata dell'industrialismo. Dinanzi al dirompente affacciarsi della questione sociale, infatti, le risposte vengono apprese dapprima sul terreno della filosofia e della teoria socio-politica.

L'impetuosa e radicale trasformazione dei processi produttivi, dovuta all'introduzione di mezzi di produzione meccanici e all'utilizzo di nuove forme di organizzazione della produzione e degli scambi, salutata inizialmente dall'*intelligentia* illuminista come il risultato del "rischiamento operato dalla ragione", se, da un lato, rafforza la presa di coscienza dell'importanza assunta dal fattore lavoro all'interno della società moderna, dall'altro, costringendo i lavoratori ad estenuanti orari di lavoro a fronte di salari bassissimi e conseguenti condizioni di vita precarie e malsane, genera un clima di forte contrasto sociale²¹¹. Ed una società così caratterizzata esige evidentemente nuovi strumenti di analisi scientifica, diversi da quelli propri della cultura liberale. Si deve ai *maîtres-à-penser* del periodo il merito di aver elaborato degli strumenti, che, contemperando il rigore scientifico con la tensione etica, consentano di affrontare il difficile traghettaggio da una società monoclasse verso una società complessa pluriclasse. Il momento è epocale. Alla progressiva presa di coscienza che la personalità dell'individuo (inteso come soggetto di bisogni) non si realizza soltanto attraverso la proprietà, ma anche attraverso l'azione trasformativa del mondo esterno, cioè attraverso il lavoro, si unisce anche la graduale costruzione di un modello antropologico nuovo che, pur senza distruggere completamente le fondamenta del vecchio, vi innesta un elemento imprescindibile, fino al momento misconosciuto: la società²¹². Si tratta di due acquisizioni strettamente interconnesse tra loro. Mutano drasticamente, dunque, le coordinate che definiscono l'individuo, che appare ormai comprensibile solo a patto di riferirsi ad esso sulla base del nesso di appartenenza alla società. Essa, al pari dello Stato, rappresenta una forma di svolgimento e di realizzazione della personalità dell'individuo e pertanto, pur confliggendo tra loro,

²¹⁰ È per tale ridimensionamento, evidentemente, Baldassarre 1989b, p. 2, sulla base delle esperienze tedesca (sotto la guida del conservatore Bismarck), italiana (alludendo al regime fascista), americana (nel periodo liberal-progressista di Roosevelt), inglese e francese (governi a maggioranza socialista) e sulla base della trasversale rilevanza dei partiti cattolici.

²¹¹ Sul punto v. Baccelli 2000, p. 157 e ss.

²¹² Costa 1997, p. 287, riferendo il pensiero di Stein, delinea la nascente consapevolezza dell'esistenza di una questione sociale: "La spinta nell'uomo alla padronanza del mondo esterno, allo sviluppo delle proprie potenzialità va al di là, insieme, del bisogno individuale e delle possibilità individuali, suppone il superamento dell'individuo come tale, la scoperta della pluralità dei soggetti come condizione indispensabile del compimento, della realizzazione della personalità. Il singolo si realizza come personalità 'espansiva', realizza il suo storico progetto di dominio, solo se va oltre se stesso come singolo soggetto di bisogni, scopre la pluralità dei soggetti come moltiplicatori delle proprie umane possibilità, attinge infine il concetto della comunità che non è la giustapposizione esteriore di una molteplicità di singoli, non è la somma delle loro volontà occasionali. La comunità è «una forma autonoma di vita», una realtà che ha «essa stessa una vita personale». La volontà che permette alla comunità di esistere, di definirsi come realtà determinata è lo Stato. È dunque nello Stato che finalmente la personalità del singolo, incapace di trovare una compiuta realizzazione finché il singolo resta isolato, trova la sua destinazione finale".

Stato e società non possono non trovare un terreno di composizione e di collaborazione fattiva. Tanto più che gli attori che si muovono in tale scenario sono situati su piani contrapposti. Il profondo solco esistente tra detentori del capitale e lavoratori salariati, che è espressione di una altrettanto profonda contrapposizione di interessi tra loro incompatibili, deve essere colmato o proponendo un modello di società fondato sulla collaborazione interclassista e sulla solidarietà²¹³ o attraverso interventi sociali in grado di ridurre il costo economico e sociale del conflitto tra classi o eliminando il problema alla fonte, eliminando, cioè, la divisione in classi²¹⁴.

Solo in un secondo momento le istanze formulate a livello teorico e sociale, cercano e trovano adeguata sistemazione sotto un profilo giuridico. La crisi del diritto soggettivo in quanto categoria maggiormente consona all'idea metafisica dell'individuo autosufficiente, il delinarsi all'orizzonte di una nuova forma di Stato fondato su tali presupposti sociali, l'accantonamento dell'idea di *status* a favore di un'idea contrattualista dei rapporti di lavoro sono segni inequivocabili della ricerca di nuovi strumenti giuridici attraverso i quali gestire la transizione e la nuova realtà sociale. Dopo le prime risposte giuridiche alle rivendicazioni operaie sotto forma di leggi sociali²¹⁵, di fronte ai nuovi scenari socio-economici e dietro la spinta delle istanze pluralistico-partecipative, lo Stato acquisisce lentamente coscienza della necessità di dotarsi di un corredo giuridico e concettuale adeguato al nuovo contesto, idoneo a conciliare libertà, pluralismo ed uguaglianza. Se alla fine dell'Ottocento, infatti, il concetto di libertà e la sua "costituzionalizzazione" costituiscono ormai patrimonio acquisito, pluralismo ed uguaglianza, frutto delle dinamiche sociali del XIX secolo, reclamano una loro dignità, a prescindere dall'eterogeneità delle matrici culturali, ideologiche e politiche proprie delle teorizzazioni in materia²¹⁶. La connotazione sempre più marcata in senso pluralistico della società tardo-ottocentesca mostra in maniera irriverente tutte le contraddizioni e le crepe del modello liberale²¹⁷ e pone in primo piano un *demos* plurisfaccettato, difficile da escludere dai processi decisionali e da dominare, che rivendica, tra le altre, la possibilità di partecipare alla vita dello Stato. Il passaggio verso un sistema democratico, caratterizzato dal suffragio

²¹³ Intesa come legge fondamentale di ogni società, necessario legame di interdipendenza che collega tra loro i membri di una società, l'individuo alla totalità sociale e che impone loro determinati comportamenti reciproci. È la proposta avanzata dai primi pensatori socialisti (Owen, Fourier, Saint-Simon, ma anche Proudhon) che proponevano un modello di società alternativo, utopistico e solidarista, caratterizzato da meccanismi di distribuzione della ricchezza più equi e da un forte spirito di collaborazione. Sulle sfumature attribuibili al termine solidarietà e sul movimento di pensiero da esso scaturito, v. Costa 1997.

²¹⁴ Nella seconda metà dell'Ottocento si affermano le idee comuniste, grazie alle dottrine marxiane che immaginano e propugnano una società diversa in cui i mezzi di produzione fossero proprietà degli stessi lavoratori associati – l'unione dei lavoratori è l'appello-auspicio con cui si chiude *Il manifesto del partito comunista* – e che avrebbe condotto alla scomparsa dello sfruttamento, dell'alienazione e ad una libertà vera dove il lavoro diviene scelta consapevole e non necessità. Sul ruolo giocato dal socialismo nell'affermazione dei diritti sociali v. Oestreich 2001, p. 123 e ss. e spec. p. 127, laddove individua proprio nella "immagine marxiana dell'uomo in quanto membro della specie – ossia dell'uomo 'vero', che ha bisogno della società e degli altri uomini" rifiutando l'isolamento dell'individuo, proprio della cultura liberale, la matrice dei diritti sociali fondamentali e del conseguente Stato sociale di diritto.

²¹⁵ Che, soprattutto in Germania ed in Inghilterra, a cavallo tra il XIX e il XX secolo, si occupano del preoccupante fenomeno degli infortuni sul lavoro, della malattia, della vecchiaia e della disoccupazione.

²¹⁶ Sul punto v. almeno Cerri 2005 e Rimoli 1997; poi, Atripaldi 1996.

²¹⁷ V. Gambino 2002, p. 110.

universale²¹⁸, si pone evidentemente come improcrastinabile. La conquista del suffragio universale segna il superamento dell'asimmetria tra classi sociali, anche se si tratta di un superamento in senso puramente formale²¹⁹. La democrazia verso cui ci si dirige è, infatti, una democrazia formale, un metodo di formazione degli organi e delle decisioni politiche fondato sulla libertà di scelta dei cittadini, ancora lontana dalla democrazia sostanziale agognata dal socialismo finalizzata al raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale tra gli uomini. Ma si tratta, comunque, di un passaggio fondamentale: l'affermazione della coesistenzialità all'idea di democrazia della libertà e dell'eguaglianza. Il passaggio successivo, quello dalla libertà negativa a quella positiva e dall'eguaglianza formale a quella sostanziale, sarebbe avvenuto di lì a poco.

2.4 Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nel riconoscimento dei diritti sociali

L'esperienza di Weimar apre il "secolo lungo" delle costituzioni del lavoro²²⁰. Essa rappresenta "il primo approccio alla definizione giuridica dei diritti sociali", il primo tentativo a livello costituzionale di inserimento di tali diritti nella struttura dello Stato di diritto²²¹. Promulgata all'indomani del primo conflitto mondiale in una Germania lacerata dalle fratture sociali, tra tendenze di restaurazione monarchica e tentativi di sovvertimento socialista, essa si pone come un modello alternativo all'esperimento bolscevico - la Costituzione socialista federativa sovietica del 1918 e quella dell'U.R.S.S. del 1924 - imperniato sulla brusca rottura con gli assetti precedenti²²². L'esperienza tedesca del 1919 percorre un itinerario diverso che tenta di rifondare, democratizzandoli, più che distruggere gli assetti precedenti, avendo di mira la costruzione di "una democrazia sociale quale elemento unificante tra una libertà proclamata attraverso i diritti fondamentali e un'eguaglianza non risolvibile in mere proclamazioni di principio"²²³. Invertendo il flusso della sovranità (l'art. 1 sancisce che il potere emana dal popolo), la Costituzione tedesca del 1919²²⁴, preso atto della contraddizione fondamentale dello Stato liberale (astratto ed universale nei principi, censitario e ristretto nelle forme rappresentative), ne riformula l'architettura costituzionale,

²¹⁸ Si deve probabilmente alle teorie di Tocqueville e di Mill la prima presa di coscienza dell'inadeguatezza del modello liberale alle nuove dinamiche socio-politiche e della necessità dell'apertura alle pressanti istanze di partecipazione politica. Per un approfondimento in tale direzione, v. Barbera 2000, p. 25 e ss., Bongiovanni G.- Gozzi G. 2000, p. 231 e ss. e, con sfumature differenti, Cantaro 2006, p. 151 e ss.

²¹⁹ Nell'ottica socialista e, soprattutto, in quella marxista democrazia e suffragio universale non rappresentano il punto di arrivo di un percorso evolutivo del concetto di società, ma si pongono come elementi strumentali, al pari degli strumenti della democrazia diretta e della democratizzazione dei processi decisionali in ambiti diversi dalla cosa pubblica, rispetto al fine ultimo di una società senza classi. Bongiovanni G.- Gozzi G. 2000, p. 234. Occorre rimarcare, tuttavia, che si tratta di strumenti forti, dotati di una forza espansiva, che avrebbero "spianato la strada alla «legge dei numeri», sovvertendo l'ordine sociale ed economico che privilegiava l'élite". V. sul punto Bin 2007, p. 16.

²²⁰ L'espressione è di Cantaro 2006, il quale la contrappone motivatamente a quella opposta, "secolo breve", coniata da Hobsbawn 1995, e largamente mutuata dalla dottrina successiva. Comprensibilmente, la letteratura sul laboratorio Weimar è particolarmente copiosa; tra tutti v. almeno Mortati 1946; Lanchester 1985; Arrigo G.-Vardaro G. 1982.

²²¹ Prima di tale dichiarazione, il riconoscimento dei diritti sociali era stato demandato a leggi ordinarie comparse nel panorama europeo a cavallo tra i due secoli.

²²² In tal senso anche Oestreich 2001.

²²³ Gambino 2002, p. 113.

²²⁴ "Quella di Weimar può leggersi come il simbolo di un'epoca in transizione che - tra nuove forme e configurazioni del rapporto tra diritti e potere, tra società e Stato - sperimenta in modo antesignano un modello di democrazia sostanziale destinato ad infrangere i canoni concettuali ed i modelli statuali dell'Ottocento ed a schiudere un'ulteriore, quanto feconda, stagione del moderno costituzionalismo europeo", *ibidem*.

fondandolo sulla sovranità popolare e su di un ampio catalogo di diritti, comprensivo sia delle 'vecchie' libertà liberali sia dei nuovi diritti sociali. Consapevole delle sperequazioni socio-economiche alimentatesi in epoca liberale e del nuovo articolato scenario sociale, la prima delle costituzioni lunghe amplia il profilo normativo e garantistico, estendendo a tutti i membri della società eguali diritti, condizioni di partenza, opportunità e limiti e, dunque, superando il concetto di eguaglianza come mera eguaglianza di fronte alla legge. La difficile opera di ammodernamento istituzionale, dunque, ha come asse portante l'individuazione e, soprattutto, la garanzia dei diritti sociali, come pre-condizioni dell'effettività dei valori della libertà e dell'eguaglianza, intesa ora in senso sostanziale²²⁵. Certo, come tutto ciò che segna l'inizio della fine di un'epoca, come ogni passaggio epocale, anche la Costituzione di Weimar presenta delle incertezze e delle debolezze, che ne fanno un originale ed ambizioso progetto di riforma istituzionale, ma mai portato a compimento in un corrispondente programma politico d'azione²²⁶. La collocazione dei diritti sociali nella seconda parte e la loro formulazione in chiave programmatica ne costituiscono il limite più evidente. In effetti, su tali basi, i commentatori del laboratorio²²⁷ costituzionale di Weimar concordano nel ritenere i diritti sociali come meri diritti legali e non diritti costituzionali, diritti privi di un'azionabilità immediata e diretta, aventi un fondamento politico-costituzionale e non giuridico-costituzionale²²⁸. In fin dei conti, se da un lato, occorre riconoscere l'audace e meritorio inserimento nella Costituzione di un catalogo di diritti ampio e particolareggiato, dall'altro, si deve riconoscere che la posizione in cui vengono collocati i neonati diritti sociali è una posizione di minorità rispetto ai diritti di libertà, per alcuni evidentemente compromissoria tra le posizioni del liberalismo e quelle del socialismo²²⁹, per altri inevitabile prezzo da pagare all'avvio di un imponente processo di democratizzazione dello Stato²³⁰.

Insomma, nonostante il ribaltamento prospettico prodotto da Weimar, fino all'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra, lo *status* dei "nuovi diritti" è uno *status* di minorità rispetto ai

²²⁵ Cantaro 2006, p. 60 e ss. L'eguaglianza sostanziale è uno dei tre criteri direttivi attraverso cui, nell'acuta analisi di Mortati, si spiega l'idea sociale nella Costituzione di Weimar oltre la fine dell'astensionismo dello Stato in materia di regolazione dell'economia e all'affermazione dell'interesse collettivo come nuovo principio informatore dell'attività dei singoli.

²²⁶ *Ibidem*, p. 115. L'A. riporta il commento di Kircheimer a proposito, definendo la costituzione di Weimar la "costituzione senza decisione". Sui limiti dell'esperienza weimariana, v. anche Baldassarre 1989b, p. 4 e la letteratura ivi citata.

²²⁷ Il primo riferimento a Weimar come 'laboratorio' è in Marramao 1979.

²²⁸ È quanto riferisce anche Lombardi 1999, p. 8.

²²⁹ Schmitt 1984, p. 169, che considera solo i diritti di libertà i veri diritti fondamentali e non anche i diritti "socialisti". L'ottica con cui il filosofo guarda ai diritti sociali si può evincere da questo passo: "Sono invece diversamente congegnati i diritti del singolo, essenzialmente socialisti, alle prestazioni positive dello Stato. Essi non possono essere illimitati, giacché ogni diritto alla prestazione di un altro è limitato, ma anche un diritto di tutti alle prestazioni dello Stato. Questi diritti presuppongono l'organizzazione statale, in cui si inserisce il singolo autorizzato. Il suo diritto è perciò già relativizzato. Esso è condizionato e precisamente da un'organizzazione che racchiude l'individuo, gli indica il suo posto, misura e razionalizza la sua pretesa. Se una legge costituzionale proclama il diritto al lavoro, non si può intendere con ciò un diritto in linea di principio illimitato. Un simile «diritto al lavoro» può esistere soltanto in un sistema di organizzazioni, iscrizioni, visite ... Per la sua struttura logica e giuridica un simile diritto è in contrasto con i veri diritti fondamentali e di libertà, ed è perciò fuorviante parlare qui indistintamente di «diritti fondamentali». Esempi di questa specie di diritti sono: il diritto al lavoro; il diritto all'assistenza sociale; il diritto all'istruzione gratuita" (p. 227).

²³⁰ Baldassarre 1989b, p. 4.

diritti fondamentali tradizionalmente²³¹ considerati inviolabili²³², determinato dalla pretesa assoluta inconciliabilità tra i principi dello Stato di diritto e quelli dello Stato sociale. I giuristi dell'epoca, infatti, ritengono che, essendo l'eguaglianza il valore sotteso ai diritti sociali, questi vincolano inevitabilmente nel momento della loro realizzazione, oltre che lo Stato, anche i titolari dei diritti di libertà e, pertanto, si pongono in inconciliabile conflitto con i fondamenti dello Stato di diritto. In tale ottica, la eterogeneità sostanziale dei diritti sociali rispetto ai diritti fondamentali indurrebbe a ritenere che si tratti di due categorie distinte. Si tratta, infatti, di diritti concessi dallo Stato e non da questo garantiti, di rango ordinario, diritti di partecipazione democratica, meramente programmatici, nel primo caso e di diritti garantiti dallo Stato, di rango costituzionale, fondati sulla libertà (negativa), baluardo inespugnabile dello Stato di diritto, nel secondo.

Ma tale profonda voragine interposta dalla dottrina del tempo tra le due *species* di diritti viene colmandosi via via che il complesso gioco dell'interazione sociale ne palesa l'inadeguatezza. Dinanzi al progressivo rafforzamento dell'istanza pluralista, sia nel tessuto sociale che in quello giuridico, la contrapposizione mostra i segni del tempo. Sicché si comincia a non ritenere più impossibile l'idea di uno Stato liberale che persegue fini di equità sociale e, d'altro canto, ad auspicare una democrazia pluralista che persegue l'uguaglianza, senza avvilupparsi nelle spire dell'egualitarismo più radicale. Si comprende che alla profonda metamorfosi storico-sociale in atto deve corrispondere un'adeguata risposta in termini giuridico-costituzionali, oltre che politici, e a tal fine non vale limitarsi a registrare passivamente l'inconciliabilità tra due sistemi, finendo con l'opporli all'evoluzione; l'unica via per gestire l'inevitabile passaggio e rintracciare nuove chiavi di lettura della realtà è quella di inforcare degli occhiali nuovi e rileggere e ricategorizzare le nozioni fondamentali relative ai diritti costituzionali²³³. È d'altro canto un grave errore metodologico, spesso ricorrente, purtroppo, in occasione dei mutamenti epocali, quello di utilizzare i medesimi strumenti di analisi, senza interrogarsi circa la perdurante validità delle categorie giuridiche del periodo precedente.

Ed allora, occorre procedere in tale opera di ricategorizzazione avendo ben chiaro il quadro di riferimento: se questo è una democrazia pluralistica, i termini fondamentali che devono essere riconsiderati non possono che essere le condizioni *a priori* della stessa: libertà ed uguaglianza. Per ciò che concerne la libertà, in una società pluriclasse si rende evidente l'inadeguatezza di una concezione della libertà come libertà naturale o negativa, che presuppone una concezione dei

²³¹ Si veda l'art. 16 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, divenuta poi il manifesto del costituzionalismo moderno.

²³² Tale svalutazione dei diritti sociali da parte della dottrina dell'epoca derivava anche dalle difficoltà di inserimento del principio di eguaglianza in uno scenario il cui connotato caratteristico era la valorizzazione del principio di libertà. Si veda Schmitt 1984, p.41 e ss. e p. 212 e ss. in cui afferma la natura meramente "legale" dei diritti sociali, cioè come situazioni giuridiche soggettive configurabili come diritti solo in forza di una legge ordinaria, e, soprattutto, il suo allievo Forsthoff 1973, p. 30 e ss., secondo il quale lo Stato sociale di diritto nacque senza pretese scientifiche ma con intenti polemici e politici verso lo stato di diritto, era una formula in bianco senza contenuto, da cui non potevano trarsi conseguenze giuridiche. Da qui la conclusione (negli scritti ampiamente argomentata) che diritti fondamentali e diritti sociali operassero su piani differenti (costituzionale i primi e amministrativo i secondi) e, comunque, l'attribuzione ai diritti sociali di un carattere meramente programmatico. Tale tesi della programmaticità dei diritti sociali non è condivisa né da Habermas 1992 (il quale - p. 90 - critica tale impostazione basata sulla separazione tra i diritti sociali e i diritti fondamentali e sulla subordinazione dello Stato sociale allo Stato di diritto, ritenendo che il primo non sia altro che l'evoluzione giuridica del secondo) né da Haberle 1993, p. 149 e ss.

²³³ L'espressione è in Baldassarre 1989b, p. 6.

destinatari come individui singolarmente considerati, la cui libertà, patrimonio originario di ogni individuo, l'ordinamento si limita a riconoscere e limitare. Il nuovo concetto di libertà deve riflettere la nuova idea di destinatario dei diritti: non più il singolo, sovrano assoluto del suo spazio vitale, ma una persona, un concetto più complesso che si riferisce sia all'uomo *uti singulus* sia all'*homme situé*²³⁴, all'uomo considerato nelle sue relazioni interpersonali e come relazione sociale²³⁵. E in tale passaggio dall'individuo alla persona, il vero mutamento riguarda l'etica che informa il legame sociale, un'etica autenticamente collettiva che esalta quel "dovere di appartenenza e di solidarietà" da cui l'individualismo moderno aveva affrancato la *società*²³⁶. Deve, pertanto, essere riformulato anche il concetto della dignità umana²³⁷, non più soltanto in relazione al singolo ma anche in relazione alla sua personalità. È evidente, allora, che si deve adottare come valore fondante l'ordinamento, non più la libertà negativa²³⁸ – che impone ai pubblici poteri l'obbligo negativo di astensione da interferenze nella sfera di autonomia garantita all'individuo, ma la libertà positiva e, più in particolare, la *equal liberty*, la libertà uguale, in altre parole, la libertà che implica un atteggiamento fattivo affinché quanto garantito a tutti a livello formale lo sia anche a livello sostanziale. Un atteggiamento che consenta soprattutto quella liberazione dal bisogno e da ogni altra forma di privazione, che costituisce il fondamento di valore dei diritti sociali²³⁹ e che, in una società caratterizzata da una distribuzione della ricchezza e delle risorse assolutamente diversificata, diviene il fine ultimo dell'intero sistema. I pubblici poteri, dunque, non sono più tenuti soltanto ad un mero atto di rispetto formale delle libertà individuali, ma anche ad assicurare con appropriate discipline giuridiche l'uguale possibilità effettiva di esercizio dei diritti riconosciuti²⁴⁰.

Il ripensamento del concetto di libertà e l'accoglimento dell'idea di libertà positiva suggerisce, a questo punto, una nuova dimensione dell'eguaglianza. Il concetto di eguaglianza formale è del tutto inadeguato a fondare uno Stato democratico che guarda all'uomo come *socius* di una *societas* in cui si sviluppa la sua personalità. Occorre reinterpretare il concetto di eguaglianza. Essa deve intendersi in senso sostanziale, cioè come ricerca delle vie per realizzare una efficace ed equa distribuzione del benessere, un'uguaglianza nel punto di arrivo, per usare le parole di Bobbio²⁴¹. Così concepite, libertà ed eguaglianza non sono più in "tensione inconciliabile", ma si può affermare senza tema di smentita una stretta concatenazione tra i concetti di democrazia, eguaglianza e libertà. Come non esiste libertà che non implichi eguaglianza, così non esiste democrazia che non si basi su tali valori fondamentali e i diritti sociali, "derivazione non solo storica, ma logica,

²³⁴ L'espressione, spesso ricorrente in dottrina, è da attribuire a Burdeau 1956, p. 361.

²³⁵ Baldassarre 1989b, p. 6. In Assemblea costituente si sottolineò la necessità del riconoscimento dei diritti sociali in considerazione dell'innata esigenza dell'uomo verso l'aggregazione in formazioni sociali, come testimoniano le parole di Aldo Moro 1947, per il quale la persona umana non è soltanto il singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato. Imprescindibile sul punto la lettura di Rossi 1989.

²³⁶ Cantaro 2006, p. 37 e ss.

²³⁷ Sull'ancoraggio dei diritti sociali al principio della dignità umana v. Bifulco 2003, p. 127 e ss.

²³⁸ V. Barberis 2006, p. 81.

²³⁹ Baldassarre 1989b, p. 7; Bobbio 1997a, p. 122.

²⁴⁰ Così Mengoni 1998, p. 8.

²⁴¹ Bobbio 1976, p. 326-330.

del principio di eguaglianza diventano un connotato ineliminabile della democrazia, al pari dei diritti fondamentali nati dal tronco dell'idea di libertà²⁴². Lo Stato sociale deve tendere, pertanto, al raggiungimento dell'*aequa libertas*, di quella sintesi tra libertà ed eguaglianza, che rappresenta un «sistema totale di libertà condiviso da tutti»²⁴³.

Logico corollario di questa nuova equazione è un nuovo rapporto Stato-società e una nuova forma di Stato. All'epoca dello Stato liberale era lo spontaneismo dei rapporti di mercato – e non i pubblici poteri – a presiedere alla distribuzione di benefici sociali, con le conseguenze già accennate in termini di eguaglianza formale. Le nuove accezioni di eguaglianza e libertà, ora, richiedono il temperamento della distribuzione delle risorse con fini di equità sociale e, dunque, il raggiungimento dell'*equal liberty*, che possono essere soddisfatte solo assegnando allo Stato il compito di individuare criteri e modalità e di sovrintendervi apportando le correzioni e gli interventi necessari. È necessaria, pertanto, una forma di Stato nuova, al tempo stesso democratica e sociale, vale a dire, una democrazia in cui, per usare le parole di Calamandrei, “la giustizia sociale, piuttosto che come ideale separato ed assoluto, sia concepita come premessa necessaria e come graduale arricchimento della libertà individuale”. Nella nuova forma di Stato, in altri termini, devono trovare cittadinanza le due anime dei diritti sociali²⁴⁴, sia quella pluralista, partecipativa, che richiama l'idea del diritto sociale come integrazione²⁴⁵ e si concretizza nei diritti sociali cd. di partecipazione, sia quella personalista, tesa ad assicurare la fruizione di servizi e beni essenziali (quindi, dei diritti sociali cd. di prestazione) a ciascuno dei consociati. E le Costituzioni contemporanee, recependo le istanze appena riferite, inseriscono al loro interno un catalogo più o meno vasto di diritti sociali, atto ad assicurare agli uomini almeno un minimo di sicurezza e giustizia sociale tale da creare quelle perequazioni materiali che sole possono rendere gli uomini liberi ed eguali in dignità e diritti. Insomma, i diritti sociali sono sanciti come “condizione indispensabile a liberare i meno abbienti dalla schiavitù del bisogno e a metterli in condizione di potersi avvalere, anche di fatto, di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come eguali per tutti”²⁴⁶. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di carte costituzionali in cui il riconoscimento dei diritti fondamentali (sia dei diritti di libertà che di quelli sociali) è stato reso indisponibile alle regole della maggioranza di turno attraverso la predisposizione di un testo ‘rigido’. La rigidità costituzionale, infatti, si è rivelata l'opzione più consona al superamento della concezione ‘monodimensionale’ dei valori costituzionali e, dunque, all'affresco di un quadro pluralista di società, in cui gli

²⁴² Luciani 1994, p. 89.

²⁴³ L'espressione è di Rawls, riportata da Mengoni 1998, p. 9.

²⁴⁴ Sulla duplice matrice dei diritti sociali incentra gran parte del suo lavoro, Bifulco 2003.

²⁴⁵ Si può dire che ogni struttura democratica costituisce, dal punto di vista giuridico, una manifestazione di diritto sociale organico, cioè una forma di ordinamento permeabile dal diritto sociale delle comunità soggiacenti. Per Gurvitch, il diritto sociale è il diritto caratteristico delle comunità, che sorge dal fatto stesso dell'unione associativa ed ha per funzione l'integrazione degli individui alla totalità. Il diritto sociale, infatti, è un diritto di integrazione, contrapposto tanto a un diritto di separazione circoscrittiva (cioè fondato sulla separazione e la delimitazione degli interessi dei singoli, n. d. t.) quanto a un diritto di subordinazione o di imperio (il *dominium* e l'*imperium*). Essendo fondato sulla fiducia e sulla partecipazione, il diritto sociale non può mai essere imposto, né dal di fuori né dall'alto; esso non può regolare che dal dentro e dal basso, come qualcosa di immanente. È dunque sempre un diritto autonomo, inerente ad ogni noi particolare, che agisce nel senso dell'autonomia giuridica degli interessati e li sprona a governarsi da sé. Proprio in considerazione di ciò, “i diritti sociali devono essere quei diritti di partecipazione dei gruppi e degli individui che derivano dalla loro integrazione nelle unioni e garantiscono il carattere democratico di queste ultime”. Gurvitch 1949, p. 97 e ss.

²⁴⁶ Calamandrei 1968, p. 200.

interessi antagonisti non trovano la loro composizione certa, ma le regole procedurali che devono gestirne il conflitto²⁴⁷. La nuova forma di Stato ma, soprattutto, le nuove concezioni di libertà ed eguaglianza ad esso sottese, d'altro canto, impongono una cornice costituzionale diversa da quella flessibile liberale, espressione di un costante tentativo di negare il conflitto, attraverso una strategia censitaria, *esclusiva* di una parte della cittadinanza dalle strutture di rappresentanza. Le costituzioni rigide del '900, al contrario, sono la rappresentazione più compiuta di una opzione compromissoria, *inclusiva* di tutti gli interessi contrapposti nella nuova architettura giuridico-istituzionale²⁴⁸.

La Costituzione italiana s'impone in tale scenario per il forte valore paradigmatico che essa assume²⁴⁹: pur non contenendo una clausola generale sullo Stato sociale (come l'art. 20 del G.G.), essa è costellata, infatti, di disposizioni che concernono la materia tradizionale dei «diritti sociali» e che sanciscono la definitiva 'consacrazione' sia di quella matrice personalista, già presente nello Stato di diritto liberale, rielaborata nel senso sopra descritto, che dell'istanza pluralista, portato storico dei mutamenti economico-sociali del XIX secolo. Per quanto riguarda il principio personalista, salta subito agli occhi la netta cesura rispetto al passato. In luogo di una costruzione statocentrica, che vede Stato ed individuo in un rapporto sbilanciato di totale soggezione del secondo nei confronti del primo, i costituenti erigono un edificio costituzionale in cui quel rapporto muta radicalmente²⁵⁰. La persona viene collocata, con il suo patrimonio di dignità, alla base della nuova forma di Stato e deve essere quest'ultimo ad assicurare che essa abbia la possibilità di svilupparsi in tutta la sua complessità. L'art. 2 Cost. celebra proprio questo rinnovato concetto di dignità umana, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, non solo in quanto individuo isolato nel proprio spazio vitale, ma anche e soprattutto nella dimensione della sua interazione con la società in cui vive ed opera, e ponendosi, in altre parole, quale concetto unificante le due categorie di diritti²⁵¹. Non si creda, tuttavia, che fosse così scontato un simile passaggio all'epoca della Costituente. Uno sguardo ai lavori preparatori, infatti, rivela tutto il *pathos* della gestazione di una simile formula costituzionale: si trattava di rintracciare principi e valori largamente condivisi intorno ai quali ricostruire un'unità nazionale e ricompattare una collettività alquanto differenziata in termini sociali e politici²⁵². Furono Dossetti e La Pira ad individuare questa base condi-

²⁴⁷ Bin 1992, p. 19; Onida 1984, p. 107.

²⁴⁸ Bin 1992, p.20. Particolarmente convincente l'argomento utilizzato dall'A. a sostegno di tale tesi: "Formule costituzionali come la *divided sovereignty* o il *sozialer Rechtsstaat*, oppure la contrapposizione nella stessa disposizione costituzionale di principi tendenzialmente antagonisti – l'«eguaglianza formale» e l'«eguaglianza sostanziale», la garanzia della proprietà privata e la sua funzionalizzazione all'utilità sociale ecc.." dimostrano la natura fortemente compromissoria delle Costituzioni democratiche novecentesche o, se si vuole, l'incorporazione al loro interno del conflitto, in ogni sua forma, in qualità di elemento strutturante e insuperabile.

²⁴⁹ Sui diritti sociali nella Costituzione italiana, oltre ai classici Mazziotti 1962, p. 802 e ss.; Cicala 1965; Pergolesi 1953, meritano approfondita lettura Corso 1981; Salazar 2000. Basilare, poi, sul tema dei diritti sociali come fondamento dello Stato sociale Giannini 1977.

²⁵⁰ In tal senso v. Bifulco 2003, secondo cui "Il rapporto "coessenziale e costitutivo" che, nel contesto della Carta costituzionale italiana, lega i diritti sociali agli ambiti di vita sociale, è elemento di fondamentale importanza che vale, inoltre, a differenziarli profondamente da altre esperienze di Stato sociale; il nucleo dell'ordinamento costituzionale italiano, infatti, non coincide con lo Stato, bensì con i luoghi e con i legami sociali attraverso cui il singolo individuo diviene persona e si esprime in quanto tale".

²⁵¹ Gambino 2002, p. 125.

²⁵² Insieme al solidarismo, nelle diverse accezioni cristiana e marxista, il cemento unitario più forte che salderà l'intesa costituzionale tra i maggiori partiti sarà rappresentato dall'antifascismo, espresso nella lotta di resistenza e nella volontà di ripristinare la libertà e costruire una democrazia dai forti connotati sociali. Così Barbagallo 1995, p. 114.

visa nella precedenza della persona rispetto allo Stato, aiutati, peraltro, anche dal diffuso sentimento antifascista che accompagnò l'intero *iter* costituente, dal netto rifiuto della vecchia concezione individualistico borghese e dal sostegno democristiano e delle sinistre, che vedevano in tale soluzione la *condicio sine qua non* per il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali. Su questo terreno dei principi fondamentali, del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e della consacrazione dell'istanza democratico-partecipativa nel ruolo centrale riconosciuto ai partiti nella democrazia repubblicana si registrava una sostanziale convergenza tra i rappresentanti più autorevoli dei partiti di massa. Si trattava di individuare la formula attraverso la quale garantire tali principi e su questo punto l'intesa tardò ad arrivare. A fronte di coloro che intendevano la Costituzione come un momento normativo di organizzazione politica della società, fondativo di una nuova forma di Stato allargato in senso democratico e sociale, comprensivo, pertanto, sia di norme precettive che di norme meramente programmatiche, vi era chi rimaneva legato, pur nella convinzione della necessità della metamorfosi *in fieri*, ad una concezione più formale della norma. In altri termini, accanto a quanti propugnavano l'inserimento nella Carta costituzionale delle norme a carattere programmatico e dei diritti sociali, vi era chi ne sosteneva la collocazione in un Preambolo. L'esito di quel dibattito è noto e, probabilmente, anche dovuto, essendo i diritti sociali consustanziali ad un modello di Stato fondato sui principi della dignità umana, dell'eguaglianza anche sostanziale e della libertà, il loro inserimento nel corpo della Costituzione significava mettere al riparo dalla legge e dalle sue contingenze sia il modello di Stato prescelto sia gli stessi diritti, rendendoli di fatto una dotazione giuridica dei loro titolari²⁵³.

Insomma, la scelta di costituzionalizzare i diritti sociali connota in modo inequivocabile il modello italiano e ne restituisce un affresco del tutto inedito. Uno Stato 'sociale' di diritto²⁵⁴ che, preso atto della fallacia delle teorie liberali sugli effetti ordinanti delle leggi del mercato sulle dinamiche sociali, tende a riappropriarsi della sua funzione di guida dell'economia, intervenendo a perequare quegli squilibri e scompensi generati dall'idea liberale dell' "autoregolazione spontanea e socialmente benefica del mercato"²⁵⁵. Uno Stato che ha il suo fulcro nel principio di eguaglianza, nello spirito di solidarietà sociale e nel nuovo valore della persona e che, coerentemente, si dota di un catalogo ampio e sistematico di diritti sociali, in quanto "condizioni costitutive ed indefettibili" di quei principi e valori²⁵⁶. I diritti sociali vengono, infatti, concepiti – e formalizzati dal Costituente Italiano – come diritti assoluti, primigeni al pari dei diritti di libertà, in quanto diritti necessariamente finalizzati allo sviluppo (fisico e spirituale) della persona umana. E se, com'è stato ampiamente argomentato, l'inviolabilità e, dunque, la consacrazione al rango di diritti fondamentali vengono attribuite dalla Costituzione solo a quei diritti espressione di "valori preesistenti e da

²⁵³ Zagrebelsky 1992, p. 63. Il compromesso tra le varie istanze affermava "il trionfo di quella 'terza via' che la tradizione solidaristica raccomandava fin dalle sue origini, per uscire dalle cattive alternative del liberalismo individualistico e del socialismo dispotico, quella terza via che salva la proprietà ma ne reclama la funzione sociale; che vuole il mercato, ma ne raccomanda il controllo pubblico; che valorizza la libertà 'dallo' Stato, ma vuole quest'ultimo al centro di una crescente e impegnativa erogazione di 'servizi'. È la 'terza via' che Naumann presentava con grande enfasi a Weimar e che i costituenti italiani, nella loro maggioranza continueranno a preferire". Cfr. Costa 1997.

²⁵⁴ Circa la nozione di Stato sociale, la letteratura è particolarmente poliedrica; ai fini che qui interessano v. Giannini 1977; Ritter 1996; Conti F.-Silei G. 2005; Colapietro 1996.

²⁵⁵ Zagrebelsky 1992, p. 132 e ss.

²⁵⁶ Così Gambino 2002, p. 124.

tempo rilevanti presso la generalità di consociati”, allora la coesistenzialità dei diritti sociali allo sviluppo della persona umana – il primo dei fondamenti assiologici della Costituzione – implica necessariamente che venga loro conferito il crisma dell’inviolabilità e che pertanto la tutela a loro accordata sia quella dei diritti costituzionali e non quella dei diritti meramente “legali”²⁵⁷. È altresì evidente che non si può parlare di minorità dei diritti sociali ma di diversità rispetto agli altri diritti fondamentali²⁵⁸, nell’ambito di un’assoluta equiordinazione sotto un profilo assiologico, data la equiordinazione dei principi ad essi sottesi²⁵⁹.

Nonostante il ribaltamento prospettico effettuato alla luce del nuovo angolo visuale proposto da Weimar, non possono essere taciuti i limiti/lacune che identificano nella Costituzione italiana, in particolare, una rivoluzione promessa²⁶⁰. Anche per la Costituzione repubblicana può valere, infatti, la riflessione di chi ha individuato il tallone d’Achille delle Costituzioni continentali europee nell’inadeguatezza della strumentazione giuridica posta a tutela dei diritti in esse contenuti²⁶¹. Si tratta di un punto cruciale che richiederebbe autonoma trattazione, ma che, in tale sede, preme toccare, seppur brevemente, per confutare che si tratti di un elemento da cui è possibile dedurre la minorità dei diritti sociali.

Il problema, com’è evidente, si lega a doppio filo con quello della programmaticità-precettività delle disposizioni costituzionali in materia su cui il dibattito è tuttora vivace, alimentato ad intervalli irregolari dagli interventi della Corte costituzionale²⁶², i quali, peraltro, hanno risentito molto del segno dei tempi²⁶³. In effetti, si è spesso fatto leva sulla presunta programmaticità delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali per giustificare l’inerzia del legislatore, ma ci si deve chiedere quanto invece non sia stato l’atteggiamento omissivo di quest’ultimo a rendere di fatto non precettive quelle norme. In effetti, se è vero che tutte le norme costituzionali sono precettive e che la carta del ’48 rientra tra le costituzioni “programma”, che non si limitano “a registrare le istanze e/o le conquiste sociali richieste/conseguite, ma mirano invece ad orientare i consociati, anche attraverso norme di principio ottative e teleologiche, verso un innovativo progetto comune di società futura”²⁶⁴, allora il problema della programmaticità va affrontato su un

²⁵⁷ Sul punto V. Mazziotti 1962, p. 806; Luciani 1994, p. 79 e ss.; Modugno 1995, p. 66; Baldassarre 1989b, *passim*. Sulla natura di diritti “legali” dei diritti sociali v. Schmitt 1984, p. 212.

²⁵⁸ Luciani 1994, p. 93.

²⁵⁹ Sul punto v. *infra*.

²⁶⁰ L’efficace immagine dello scambio di una rivoluzione promessa per una rivoluzione mancata - “Per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione promessa” - è di Calamandrei 1955, p. 211.

²⁶¹ Sul tema v. Carlassare 1988 e spec., in riferimento all’appunto dell’inglese Dicey nei confronti della scarsa effettività del panorama costituzionale continentale, p. 1; Cavallaro 2000, p. 27 e ss.

²⁶² Sul punto v. Bongiovanni 1997, p. 341 e ss.; nonché l’originale e minuziosa analisi di Andreoni 2006. L’andamento sinusoidale delle pronunce della Corte mette in risalto uno dei punti critici del modello italiano, evidenziato già da Calamandrei in seno alla Costituente, e cioè lo spostamento della questione dell’equilibrio tra risorse finanziarie e perseguimento degli obiettivi sociali e, in fin dei conti, la realizzazione stessa dello Stato sociale, dal piano della valutazione politica a quello della interpretazione costituzionale, trasferendo, in tal modo, la competenza dal potere legislativo a quello giudiziario e, dunque, assegnando a quest’ultimo margini di discrezionalità scomodi e pericolosi. Sul punto v. Mengoni 1998, p. 5.

²⁶³ Come nota Cavallaro 2000, p. 31, la quale evidenzia il legame direttamente proporzionale tra le sentenze più “invasive” e meno prudenti della Consulta e i periodi di crisi o debolezza istituzionale.

²⁶⁴ Spadaro 2007; nello stesso senso, v. Zagrebelsky 1992, p. 9.

piano differente. Se inizialmente l'asserita programmaticità dei diritti sociali era il comprensibile retaggio di una concezione liberale fondata sulla contrapposizione tra diritti di libertà e diritti sociali²⁶⁵ e, dunque, sull'ancillarità di questi ultimi, con la loro consacrazione costituzionale cambiano i termini del discorso. In uno scenario come quello appena delineato, polarizzato sul trionfo *istanza pluralistica – principio di solidarietà sociale – eguaglianza sostanziale* e sulla conseguente equiordinazione assiologica tra diritti di libertà e diritti sociali, è evidente che per invocare la programmaticità della norma occorre spostarsi su un piano differente, non quello ontologico della natura giuridica di quei diritti ma su quello formale della loro struttura. In altri termini, la dicotomia enunciazione-giustiziabilità nonché il tema dell'effettività dei diritti sociali albergano ad un livello distinto da quello della natura giuridica di tali diritti²⁶⁶, cosicché ogni approccio metodologicamente corretto al tema delle tutele e, in ultima analisi, dell'effettività dei diritti sociali dovrà svolgersi esclusivamente sul piano della struttura degli stessi, avendo presente la loro articolazione in diritti condizionati e diritti incondizionati²⁶⁷.

In tal modo ogni intento classificatorio²⁶⁸ ed ogni tentazione riduzionistica dovranno essere ricondotti entro i confini della pari dignità tra norme costituzionali, salvo poi ad individuare di ciascuna di esse il carattere di precettività/azionabilità o di programmaticità²⁶⁹.

3. I diritti sociali: mera espressione semantica descrittiva o categoria ontologica di diritti?

A questo punto, si può tentare di dare risposta all'interrogativo se con il termine diritti sociali si indichi null'altro che una *species* del *genus* dei diritti fondamentali ovvero se essi hanno una loro autonoma dignità. Una volta identificati i tratti distintivi di entrambi, infatti, il raffronto, allo scopo di valutare se le differenze esistenti tra i due generi di diritti considerati siano strutturali e, dunque, tali da farne due categorie distinte, risulta più agevole.

Va subito ribadito che anche tale terreno è impervio e scivoloso. La dottrina, nel corso del tempo, ha avuto non pochi tentennamenti ed ha spesso preferito procedere in un senso diverso da quello qui prescelto, vale a dire analizzando il rapporto tra le differenti generazioni dei diritti sotto un profilo eminentemente gerarchico. Essa, infatti, ha optato per una ricostruzione del suddetto rapporto ora in termini di incompatibilità assoluta - ritenendo, pertanto, i diritti sociali meri elementi accessori in un regime democratico -, ora di incompatibilità relativa (collocando i diritti sociali in una posizione di netta minorità gerarchica rispetto ai diritti fondamentali) oppure di compatibilità

²⁶⁵ Tesa fondamentale a salvaguardare lo Stato liberale di diritto, autoritario e fondato sull'eguaglianza formale. Così Principato 2001, p. 885. Si tratta dell'elaborazione di autorevole dottrina giuspubblicistica tedesca a proposito della Costituzione di Weimar – Fohrstoff in testa – dovendo salvaguardare l'incompatibilità tra libertà ed eguaglianza a livello costituzionale.

²⁶⁶ Condivisibili, pertanto, gli avvertimenti di Baldassarre 1989b, p. 30, di tenere ben distinti, a pena di commettere una grave scorrettezza logica, i due piani della fattibilità e della natura ontologica dei diritti sociali.

²⁶⁷ È la distinzione effettuata da Baldassarre 1989b, p. 30-31.

²⁶⁸ Sui rischi di operazioni classificatorie in materia di diritti e valori mette in guardia l'interessante saggio di Bin 2000, p. 3.

²⁶⁹ Per Pace 2003, p. 61 e ss., occorre distinguere caso da caso, poiché ci sono dei diritti a prestazione positiva che sono immediatamente azionabili senza alcuna *interpositio legislatoris* e altri che non lo sono; sulla rilevanza del caso concreto nel bilanciamento dei valori anche Bin 1992, p. 104. Anche Bifulco 2003, p. 157 stempera il "falso dilemma" tra programmaticità e precettività, ritenendo che occorra invece valutare i differenti gradi di attuazione dei diritti sociali.

tra diritti equiordinati sul piano costituzionale²⁷⁰. Prima ancora di valutarne la relazione gerarchica, tuttavia, sembra imprescindibile comprendere se un simile raffronto può essere esperito, se in altri termini si ragiona su grandezze omogenee e per farlo è necessario spostare l'analisi sul piano ontologico-strutturale.

Come si è argomentato precedentemente, i diritti fondamentali costituiscono il nucleo di contenuti indisponibili della democrazia²⁷¹ ed è questo un carattere identificativo dei diritti fondamentali che, tuttavia, potrebbe essere riferito agevolmente anche ai diritti sociali. Si è appena vista, infatti, la consustanzialità dei diritti sociali all'affermazione della democrazia. Il costituzionalismo del XX secolo, infatti, non si contraddistingue soltanto per la definitiva positivizzazione dei diritti fondamentali, ma un connotato altrettanto qualificante è l'introduzione nelle Carte costituzionali di un ampio e dettagliato catalogo di diritti sociali²⁷², che, come si è visto, caratterizzano la forma di Stato (democratico-pluralistico-sociale) al pari dei diritti fondamentali di libertà. D'altro canto, una democrazia che non persegua il raggiungimento di un'eguaglianza sostanziale sarebbe un ossimoro, poiché finirebbe col contraddire proprio quella concatenazione democrazia-suffragio universale-eguaglianza, quel patrimonio storico-politico che ha indotto la metamorfosi costituzionale del secolo appena passato. Se si considera, poi, che sia i diritti fondamentali (nelle vesti di diritti inviolabili nella nostra Costituzione), sia i diritti di seconda generazione trovano la loro ancora, il loro fondamento assiologico (oltre che nell'idea di eguaglianza) nel rinnovato concetto di persona e, più in particolare, "in quel nucleo essenziale di valore intrinseco all'uomo, che è la sua dignità"²⁷³, è evidente che non si possa porre il problema in termini di minorità, ma occorra verificare se ed in che cosa i due generi di diritti, partendo da coordinate assiologiche eguali, si differenziano.

Essendo arduo tracciare una netta linea di demarcazione tra diritti fondamentali di libertà e diritti sociali, sia sotto un profilo assiologico sia da un punto di vista logico, la dottrina ha cercato di fondare la loro radicale diversità (e l'inferiorità dei diritti sociali) spostando il discorso sulla struttura dei diritti²⁷⁴. In particolare, è sulla struttura deontica di tali diritti che hanno fatto leva quanti hanno sostenuto la signoria concettuale dei diritti fondamentali sui diritti di seconda generazione. Mentre i diritti inviolabili, si è detto, esprimono l'idea della libertà *da* e, dunque, consisterebbero in pretese *contro* il potere, i diritti sociali sono costruiti intorno a quella della libertà *di*, che li

²⁷⁰ *Amplius v. Salazar 2000*, p. 1 e ss.

²⁷¹ Secondo Baldassarre 1989, p. 23, essi sono condizioni a priori della stessa idea di democrazia, a differenza dei diritti sociali.

²⁷² Alcune di esse contengono una clausola generale sullo Stato sociale (Germania), altre collocano i diritti sociali nel preambolo, altre, come quella italiana, ne prevedono un consistente catalogo.

²⁷³ Così Bifulco 2003, p. 128, per la quale, il costituente italiano ha inteso accordare riconoscimento e garanzia positiva alla struttura assiologica che informa la persona umana attraverso la formalizzazione di una serie di situazioni giuridiche, tra cui, appunto, i diritti sociali (p. 4).

²⁷⁴ Sul punto, oltre la riflessione svolta nel precedente paragrafo, v. anche l'interessante *excursus* contenuto in Cantaro 2006, p. 146 e ss. e spec. p. 150, dal quale emerge chiaramente che già la dottrina primo-ottocentesca rimarcava la radicale diversità strutturale tra diritti civili e diritti sociali e la conseguente natura "morale" dei diritti sociali.

configura come pretese verso il potere²⁷⁵, vere e proprie aspettative positive²⁷⁶ ad un *facere*, ad una prestazione da parte dei pubblici poteri. Una simile ricostruzione teorica, tuttavia, sembra liquidare un po' troppo frettolosamente il problema, soprattutto ove si consideri che difficilmente gli stessi diritti inviolabili non richiedono una prestazione, seppure normativa²⁷⁷, da parte dei pubblici poteri e che, viceversa, esistono diritti sociali il cui godimento è indipendente dall'intervento di altri²⁷⁸.

In stretta correlazione con il parametro strutturale è stato individuato uno dei criteri prevalentemente utilizzati e, a dir il vero, maggiormente convincenti nel sostegno alla tesi della minorità, consistente nella dipendenza del godimento dei diritti sociali dal verificarsi di determinate situazioni di fatto. Se è vero, infatti, come appena detto, che anche i diritti fondamentali richiedono per la loro effettività una normazione che li renda capaci di essere azionati, per ciò che riguarda i diritti sociali, oltre a tale prestazione di carattere normativo, è necessaria l'esistenza o la predisposizione di strutture e risorse²⁷⁹ che li rendano fruibili dalla collettività di destinazione. Per la gran parte dei diritti sociali, cioè, è necessaria l'*interpositio legislatoris* o, comunque, un'organizzazione che eroghi la prestazione, in mancanza della quale quei diritti rischiano di rimanere mere proclamazioni di principio, diritti di carta²⁸⁰. Nonostante tale rischio sulla carta possa verificarsi anche per i diritti fondamentali, l'inclusione di questi ultimi nelle costituzioni contemporanee tra i diritti inviolabili in combinato con la loro stessa struttura li mette al riparo da vuoti di effettività, rendendoli secondo alcuni *self-executing*²⁸¹.

²⁷⁵ Per comprendere meglio l'origine di tale passaggio risulta senz'altro utile la lettura di Bobbio 1997, p. 73, il quale riconduce le scaturigini dei diritti sociali all'esigenza di protezione avanzata verso il potere nei confronti di situazioni non adeguatamente tutelate dalle altre istituzioni sociali, quali famiglia e chiesa.

²⁷⁶ Secondo la più volte evocata ricostruzione di Ferrajoli 2002, che in questo li accomuna ai diritti di libertà, essendo questi aspettative negative alla non interferenza da parte dello Stato nella sfera dell'autodeterminazione riservata al privato. Sul punto, v. anche Corso 1981, p. 757, che li individua come diritti "ad una prestazione positiva da parte dei pubblici poteri in funzione della partecipazione ai benefici della vita associata o della *freedom of want*".

²⁷⁷ Ci si riferisce alla necessità di una legislazione penale che consenta di configurare la violazione di un diritto inviolabile come reato.

²⁷⁸ Autorevole dottrina ha rigettato tale criterio ordinatore sulla base della constatazione che di volta in volta tutti i diritti fondamentali (ivi compresi quelli sociali) possono essere considerati diritti di difesa, diritti di percepire un utile sociale, diritti di partecipazione e/o diritti a prestazione. Cfr. Luciani 1994, p. 96 e Salazar 2000, p. 15. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la soluzione proposta da chi - Modugno 1995, p. 71 e Baldassarre 1989b, p. 30 e ss. - individua nell'alveo dei diritti sociali quelli derivati o condizionati e quelli originari o incondizionati, pur in armonia con il principio della pari dignità dei diritti sociali rispetto a quelli inviolabili, allontana l'analisi dal rischio del "caso per caso". Si tratta di diritti per la cui attuazione la discrezionalità legislativa è limitata al *quomodo* e al *quando*, non anche all'*an* e al *quid*. È innegabile, infatti, che per l'azionabilità di alcuni tra i diritti sanciti nella Carta del 1948 sia imprescindibile un comportamento attivo da parte dello Stato o, meglio, sia necessaria un'organizzazione che eroghi la prestazione.

²⁷⁹ Nonostante la scarsa propensione dei giuristi e dei giuslavoristi, in particolare, a coniugare garanzia dei diritti e costo dei diritti, non può tacersi l'inevitabile connessione, avvertita, tra gli altri, anche da Cartabia 1995, p. 58 e ss.; Bin 2000, p. 21, ritiene, riprendendo le tesi di Holmes S. - Sunstein C.R. 2000, che non siano solo i diritti ma anche le libertà ad essere costosi, nel senso che tutti hanno necessità di un'organizzazione pubblica.

²⁸⁰ Espressione di Guastini 1994, p.170.

²⁸¹ Trujillo Pérez 2000, p.55; Baldassarre 1989b p. 30, il quale, facendo riferimento ai diritti sociali previsti nella Costituzione italiana, distingue accanto ai diritti sociali consistenti in una pretesa giuridica rivolta a soggetti terzi (pubblici o privati) un altro gruppo di diritti sociali il cui godimento, una volta garantiti, dipende dalla condotta del titolare e che, pertanto, sono in sé autoapplicabili alla stregua dei diritti di libertà, tanto da essere definiti diritti sociali di libertà (libertà di insegnamento, libertà di emigrazione, libertà di matrimonio e il diritto di procreazione, la libertà sindacale e il diritto di sciopero, ecc..).

E destino migliore, tra gli argomenti a favore di una inferiorità dei diritti sociali, non sembra avere quello fondato sul carattere non universale di tali diritti. Si è detto che una caratteristica da più parti ascritta ai diritti fondamentali (e, a dir il vero, auspicabile) è l'universalità della loro imputazione²⁸². Ora, è possibile riferire tale caratteristica anche ai diritti sociali? Se per universalità si intende, *ut supra*, la condizione originaria di un diritto, che lo rende valido *erga omnes* (sia dal punto di vista della titolarità dei diritti che in riferimento ai destinatari dei corrispondenti doveri), allora è evidente che non si possa parlare di diritti sociali universali. La loro stessa genesi li vuole diritti di cittadini ineguali, miranti al raggiungimento della *aequa libertas*, previsti in funzione di eguaglianza o di "uguagliamento"²⁸³. E per quanto riguarda i destinatari dei doveri corrispondenti a tali diritti, è possibile individuarli, di volta in volta, nello Stato-legislatore, nello Stato-amministratore, nei soggetti privati e, nel caso dei diritti cd. *double face*²⁸⁴, negli uni e negli altri²⁸⁵. Ove invece, parlando di universalità si guardi all'esito del processo di progressivo ampliamento dei soggetti titolari dei diritti sociali, allora si potrebbe agevolmente affermare che i diritti sociali sono diritti di tutti o, comunque, universalizzabili²⁸⁶. Insomma, pur ampiamente argomentate, le costruzioni teoriche miranti a collocare i diritti sociali su un piano di inferiorità logica ed assiologica, oltre che storica, rispetto ai diritti fondamentali, non convincono. Il confronto effettuato, tuttavia, mette in luce un dato estremamente rilevante ai fini che qui interessano e cioè che i caratteri individuati per una e per l'altra ne fanno due categorie concettualmente autonome, sebbene collegate tra loro da un nesso di reciprocità funzionale.

In realtà, per avere ben chiaro l'esito dell'indagine effettuata, si deve tenere ben presente quella difficoltà semantica, prima che concettuale, che spesso porta ad utilizzare in maniera disinvolta e a volte promiscua termini differenti per esprimere il medesimo concetto e che ha accompagnato il percorso di positivizzazione dei diritti fondamentali²⁸⁷. Il confronto effettuato dalla dottrina, infatti, ha spesso avuto come oggetto indifferentemente diritti di libertà, diritti fondamentali e diritti inviolabili. Allora, una puntualizzazione risulta imprescindibile. Come si è visto, con l'espressione di diritti fondamentali si è voluto intendere, almeno in una prospettiva storica, l'esito di un

²⁸² V. *supra*.

²⁸³ Così Corso 1981, pp. 759 e 781.

²⁸⁴ L'espressione è di Corso 1981, p. 768, con cui l'A. intende riferirsi a quelle libertà civili (diritto alla salute, tutela dell'ambiente, diritto alla casa, libertà sindacale e diritto di sciopero) tutelate dalla Costituzione sia da restrizioni ed ingerenze da parte dei pubblici poteri, che da minacce perpetrate da poteri privati.

²⁸⁵ Sul punto v. Diciotti 2004, p. 744, il quale, dopo aver sconfessato la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali sotto il profilo della struttura, respinge altresì una differenziazione fondata sull'estensione della titolarità di tali diritti.

²⁸⁶ Sembra, infatti, condivisibile l'analisi fatta da Corso, il quale rileva come alcuni dei diritti sociali, in particolare, quelli maggiormente caratterizzanti lo Stato sociale, siano progressivamente stati ampliati nel loro ambito di applicazione (anche se con un imprevisto "effetto sociale regressivo", data la loro estensione anche a categorie economicamente e politicamente più forti). E ciò anche prescindendo dal criterio di appartenenza della cittadinanza. Come rilevato da Allegretti 1997, p. 187 ss., a questa "si connettono essenzialmente i diritti tradizionalmente definiti "politici", ovvero quelli legati allo *status activae civitatis* (secondo la classificazione di Jellinek), che presuppongono una collettività organizzata alle cui decisioni il singolo ha facoltà di partecipare, ossia l'esistenza di un *demos* inteso in senso pieno: né i diritti civili, né quelli sociali in senso lato (almeno se concepiti come espressione di un generico diritto ad ottenere il minimo indispensabile per la sussistenza individuale) sono però necessariamente da riferire ai soli cittadini del singolo Stato-nazione, ben potendo, almeno in teoria, essere estesi a "tutti coloro che" si trovino, anche temporaneamente, sul suo territorio. Il principio di universalità prevale su quello di appartenenza". Di contrario avviso Peces-Barba 2000, p. 49, per il quale i diritti sociali spettano solo alle persone che hanno bisogno di essere protette.

²⁸⁷ V. *supra*.

progressivo ed inesorabile processo che ha portato ad innalzare i diritti classici di libertà al rango di diritti fondamentali, in quanto espressione di valori superiori e fondanti dell'ordinamento. Pertanto, resta da comprendere se tra i diritti fondamentali, oltre ai classici diritti di libertà trovino cittadinanza anche i diritti sociali. Sulla base di quanto riferito finora, se la dicotomia diritti di libertà – diritti sociali aveva la sua ragion d'essere nella contrapposizione tra libertà ed eguaglianza, caratterizzante lo Stato di diritto liberal-borghese, il passaggio allo Stato sociale di diritto²⁸⁸ e l'eliminazione di quella tensione tra principi²⁸⁹, conseguente all'elevazione del principio di eguaglianza a presupposto cardine dello stesso, prospettano tra le due categorie di diritti un rapporto di integrazione strumentale che li lega inseparabilmente in una concezione fondata sull'equità sociale. Pur partendo da un fondamento assiologico comune, la tutela della persona umana, e pur avendo dei punti di contatto di non poco momento, infatti, le due categorie non coincidono, costituendo due pilastri indipendenti degli edifici democratici contemporanei. Ricorrendo ad una metafora geometrica, si può affermare che diritti fondamentali e diritti sociali non sono dei cerchi concentrici che si inscrivono l'uno nell'altro, ma semmai due cerchi tangenti, la cui area di sovrapposizione è costituita dai cd. diritti sociali fondamentali, intendendo con ciò quella parte dei diritti sociali che trova il suo fondamento giuridico in una norma superiore e, pertanto, indisponibile alla regola della maggioranza. Ed è proprio quest'area di sovrapposizione che identifica il d.n.a. delle costituzioni europee del secondo dopoguerra e quella italiana in particolare.

4. Riferimenti bibliografici

AA. VV. (1995), *I Diritti Fondamentali oggi*, Padova, Cedam

Allegretti U. (1997), *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, Il Mulino, p. 129 ss.

Allegretti U. (2002), *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta

Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, Giappichelli

Arendt H. (1983), *Sulla rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità

Arendt H. (1996), *Le origini del totalitarismo*, Milano, Edizioni di comunità

Arrigo G.-Vardaro G. (1982), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania pre-nazista*, Roma, Edizioni lavoro

Atripaldi V. (1996), *Il pluralismo come innovazione: società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, Torino, Giappichelli

Bacelli L. (2000), *Lavoro* in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza

²⁸⁸ Con tutte le conseguenze che tale svolta in senso radical-democratico importa sulla stessa concezione dello Stato, vale a dire, il mutamento degli stessi principi cardine dello stato di diritto ottocentesco: principio di legalità, divisione dei poteri, ruolo della magistratura. Per un'ampia analisi di tali mutamenti, v. Baldassarre 1989b, p. 7 e ss.; Principato 2001, p. 873 e ss.

²⁸⁹ Su tale punto vi è copiosa letteratura: oltre ai pluricitati Baldassarre e Luciani, v. Barile 1984, p. 14; Giannini 1977, p. 205 e ss.; Paladin 1995.

- Baccelli L. (2002), *Diritti senza fondamento* in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Baldassarre A. (1989), *Diritti inviolabili* (voce), Enc. Giur., vol. XI, Roma, Treccani
- Baldassarre A. (1989a), *Diritti pubblici soggettivi* (voce), Enc. Giur., vol. XI Roma, 1989, Treccani
- Baldassarre A. (1989b), *Diritti sociali* (voce), Enc. giur., vol. XI, Roma, Treccani
- Baldassarre A. (1990), *Libertà, 1) Problemi Generali* (voce), in Enc. Giur., vol. XIX, Roma, Treccani
- Baldassarre A. (1991), *Costituzione e teoria dei valori*, Pol. dir., 4, p. 641 ss.
- Baldassarre A. (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza
- Barbagallo F. (1995), *La formazione dell'Italia democratica* in Id., *Storia dell'Italia repubblicana*, I Torino, Einaudi
- Barbera A. (1975), *Commento all'art .2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, p. 70 ss.
- Barbera A. (2000), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza
- Barberis M. (2006), *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, Mater. st. cult. giur., 1, p. 77
- Barile P. (1958), *I poteri del presidente della Repubblica*, Riv. trim. dir. pubbl., 2, p. 332
- Barile P. (1980), *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei*, in De Siervo U., *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino
- Barile P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino
- Bifulco D. (2003), *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene
- Bin R. (1992), *Diritti ed argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè
- Bin R. (2000), *Diritti e fraintendimenti*, Rag. prat., p. 3
- Bin R. (2007), *Che cos'è la Costituzione?*, Quad. cost., 1, p. 16 ss.
- Bobbio N. (1976), *Eguaglianza ed egualitarismo*, Riv. int. fil. dir., p. 326-330
- Bobbio N. (1997), *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi
- Bobbio N. (1997a), *Sui diritti sociali* in Neppi Modona G. (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, Einaudi
- Bobbio N. (a cura di) (1988), *Hobbes T. - Opere politiche*, Torino, Utet
- Bongiovanni G. (1997), *Dalla dottrina della costituzione alla teoria dei valori: la ricerca di un difficile equilibrio*, Dem. Dir., 1, p. 75 e ss.
- Bongiovanni G. (1997), *Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale*, in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, p. 341 ss.

- Bongiovanni G. (2000), *Diritti inviolabili e libertà*, in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, p. 67 e ss.
- Bongiovanni G.- Gozzi G. (2000), *Democrazia*, in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, p. 231 ss.
- Bovero M. (2002), *Diritti e democrazia costituzionale*, in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Bronzini G. (2003), *I diritti del popolo mondo*, Roma, Manifestolibri
- Bucci G.- Patruno L. (2005), *Riflessioni sul cd. Modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei Capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia* in www.costituzionalismo.it
- Burdeau G. (1956), *Traité de science politique*, VI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Calamandrei P. (1955), *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Laterza
- Calamandrei P. (1968), *L'avvenire dei diritti di libertà* in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, Morano
- Cantaro A. (2006), *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, Ediesse
- Caretti P. (2002), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli
- Carlassare L. (a cura di) (1988), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam
- Cartabia M. (1995), *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè
- Cavallaro M.C. (2000), *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Rag. Pratica, 14, p. 27 ss.
- Cerri A. (2005), *Uguaglianza* (voce), Enc. Giur., vol. XXXII, Roma, Treccani
- Cicala G. (1965), *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, Jovene
- Colapietro C. (1996), *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam
- Conti F.-Silei G. (2005), *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci
- Corso G. (1981), *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, Riv. trim. dir. pubbl., p. 755 ss.
- Costa P. (1997), *Alle origini dei diritti sociali "Arbeitender staat" e tradizione solidaristica* in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti e costituzione*, Bologna, Il Mulino
- Costa P. (2001), *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*, vol. 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza
- Dicey A.V. (1962), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)*, London, Macmillan
- Diciotti E. (2004), *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, Quad. cost., 4, p. 733 ss.

- Faralli C. (2000), *Stato*, in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, p. 186 ss.
- Ferrajoli L. (2002), *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Ferrera M. (2004), *Ricalibrare il modello sociale europeo. Accelerare le forme, migliorare il coordinamento*, WP n. 7/2004 in www.urge.it
- Fioravanti M. (1993), *Stato e costituzione. Materiali per la storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli
- Fioravanti M. (1995), *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli
- Forsthoff E. (1973), *Stato di diritto in trasformazione* (a cura di Amirante C.), Milano, Giuffrè
- Gambino S. (2002), *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, I, p. 110
- Gambino S., *Potere politico e riforme istituzionali in prospettiva comparata* - Intervento al Convegno triennale "Potere politico e globalizzazione", organizzato dal Dipartimento di Sociologia e di Scienza politica e dall'Associazione Italiana di Sociologia (Università della Calabria, 26/27 settembre 2002) in http://www.astrid-online.it/Dossier--r/Studi--ric/Archivio-21/GAMBINO_Potere-pol-e-Riforme-ist-20.pdf
- Giannini M.S. (1977), *Stato sociale: una nozione inutile*, *Il politico*, p. 205 e ss.
- Giorgis A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene
- Guastini R. (1994), *Diritti* in Comanducci P.-Guastini R., *Analisi e diritto 1994*, Torino, Giappichelli
- Guastini R. (2002), *Tre problemi di definizione*, in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Gurvitch G. (1949), *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, Edizioni di comunità
- Haberle P. (1993), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (a cura di Ridola P.), Roma, Nis
- Habermas J. (1992), *Morale, diritto, politica*, Torino, Einaudi
- Habermas J. (1998), *L'inclusione dell'altro* (trad. it. di Ceppa L.), Milano, Feltrinelli
- Habermas J. (2002), *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli
- Heller H. (1988), *Dottrina dello Stato* (a cura di U. Pomarici), Napoli, ESI
- Hepple B. (2002), *Social and labour rights in a global context – International and comparative perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press
- Hobsbawn E.J. (1995), *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Milano, Rizzoli
- Holmes S. – Sunstein C.R. (2000), *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino
- Jellinek G. (1912), *Sistema dei diritti pubblici soggettivi (1892)*, Milano, Società Editrice Libreria

- Kahn-Freund O. (1975), *Sull'uso ed abuso del diritto comparato*, Riv. trim. dir. proc. civ.
- Kelsen H. (1967), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi
- Lanchester F. (1985), *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè
- Lombardi G. (1999), *Diritti di libertà e diritti sociali*, Pol. dir., 1
- Luciani M. (1994), *Sui diritti sociali*, in Romboli R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli
- Luciani M. (1996), *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, Riv. dir. cost., p. 124 e ss.
- Luhmann N. (2002), *I diritti fondamentali come istituzioni (1965-1999)*, Bari, Dedalo
- Marramao G. (1979), *Il politico e le trasformazioni*, Bari, De Donato
- Marshall T.H. (1976), *Cittadinanza e classe sociale (1963)*, Torino, Utet
- Mazziotti M. (1962), *Diritti sociali*, Enc. dir., XII, Milano, Giuffrè
- Mengoni L. (1998), *I diritti sociali*, Arg. dir. lav., p. 1 ss.
- Modugno F. (1995), *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli
- Modugno F. (1995a), *Relazione in AA. VV., I Diritti Fondamentali oggi*, Padova, Cedam
- Moro A. (1947), *Intervento (seduta 23.4.1947)*, Atti dell'Assemblea Costituente in <http://legislature.camera.it/index.asp>
- Mortati C. (1946), *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni
- Mortati C. (1975), Art. 1 in Branca G. (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, p. 1 ss.
- Oestreich G. (2001), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza
- Onida V. (1984), *Le Costituzioni. I principi fondamentali della costituzione italiana*, in Amato G.-Barbera A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino
- Pace A. (2000), *L'instaurazione di una nuova costituzione – Profili di teoria costituzionale in AA.VV., La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra – Atti convegno A.I.C. 1996*, Padova, Cedam
- Pace A. (2003), *Problemativa delle libertà costituzionali*, III ed., Padova, Cedam
- Paladin L. (1995), *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam
- Palombella G. (1999), *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in <http://www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm>
- Palombella G. (2002), *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, Laterza
- Pareyson L. (a cura di) (1960), *Locke J. - Due trattati sul governo*, Torino, Utet
- Peces-Barba G. (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè

- Peces-Barba G. (2000), *Diritti sociali: origini e concetto*, Soc. dir., 1, p. 27 ss.
- Pergolesi F. (1953), *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè
- Pintore A. (2002), *Diritti insaziabili* in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Principato L. (2001), *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, Giur. cost., 2, p. 873 ss.
- Rimoli F. (1997), *Pluralismo* (voce), vol. XXIII, Enc. giur., Roma, Treccani
- Rimoli F., *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica* in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/dirittifondamentali/
- Ritter G.A. (1996), *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza
- Rodotà S. (2001), *Diritto e diritti nell'era della globalizzazione*, in Scarponi S. (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 39 e ss.
- Romano S. (1900), *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in Orlando V.E. (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Società Editrice Libreria, p. 159 e ss.
- Rossi E. (1989), *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam
- Salazar C. (2000), *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli
- Schindler D. (1999), *Diritto costituzionale e struttura sociale* (trad. it a cura di Bifulco R.), Padova, Cedam
- Schmitt C. (1972), *Le categorie del «politico»* (a cura di Miglio G. e Schera P.), Bologna, Il Mulino
- Schmitt C. (1981), *Il Custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè
- Schmitt C. (1984), *Dottrina della costituzione* (tr. it. di Caracciolo A.), Milano, Giuffrè
- Spadaro A. (1995), *Il problema del «fondamento» dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi* (Atti del convegno dell'AIC, Taormina 1990), Padova, Cedam
- Spadaro A. (2007), *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, Forum quad. cost. in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0045_spadaro.pdf
- Trombino M., *Sovranità* in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza – Bari, 2000, p. 195 ss.
- Trujillo Pérez I. (2000), *La questione dei diritti sociali*, Ragion pratica, n. 14, p. 43
- Veneziani B. (2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam: la faticosa marcia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 4, p. 781 ss.
- Von Gerber C.F. (1971), *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè
- Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi

Zagrebelsky G. (1995), *Relazione* in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi* (atti del convegno dell'Associazione italiana costituzionalisti – Taormina 1990), Padova, Cedam, p. 25

Zolo D. (1990), *Cosmopolis. La nascita, la crisi e il futuro della modernità*, Milano, Feltrinelli

Zolo D. (2002), *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza

The previous step. Works which do not reach the labour contract*

Antonio Ojeda Avilés

1. Summary	105
2. Peripheral work	105
3. European peculiarities of irregular work	106
4. Character of the irregular work	108
5. Autonomous work with economic dependence	109
6. Minute works	111
7. Systematic means to solve the juridical condition of peripheral work	113
8. The position of the International Labour Organisation and the European Union	119
9. Conclusions	120

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 71/2009

1. Summary

In this study I will analyse the efforts made by several European countries in ruling peripheral work, which is out of the work contract, by means of a ruling guidelines placed half a way Labour Law and Commercial Law; as well as the efforts by the European Union and the International Work Organisation to avoid social dumping in this respect.

2. Peripheral work

As Brian Bercusson put it: 'the use of labour law tools to analyse the concept of the 'worker' has been challenged as never before by the disintegration of the standard employment relationship and the emergence of new forms of work. It is necessary to determine which elements of the contract of employment should be emphasised for different social purposes'²⁹⁰.

For several decades the limits to labour contract have remained static, with the same doubts over the grey areas surrounding their borders and the same debates about fraud and contractual figure pretence. The debate was focused on applying the criteria for considering a work relation as labour; however, there was not, or there appeared not to be, a worry about the reactive strength of the employment contract wherever there were assumptions corresponding to its profile. Romagnoli put it clearly when he defined Labour Law as Border Law, continuously expanding towards new assumptions. It was talked about normal labour relation (*Normalarbeitsverhältnis*) and typical labour contract; these concepts reigned pacifically at least from Wagner Act (USA) of 1935.

From the eighties onwards, with globalization and computerisation of work and atomization of companies, this safe and quiet field started suffering increasing shaking where the borders became blurring and specialists started to wonder where the Labour Law was leading to²⁹¹. The labour contract, as a new Roman Empire, started suffering invasions in its borders; and some years afterwards, there emerged a new juridical geography where there could be noticed a contractual retreat and a wide surrounding strip of a doubtful adscription where a number of undetermined juridical situations flied around. Some authors started talking about the lack of work contracts to explain all the labour phenomena, and some others postulated the application of Labour Law to all types of personal work, or as they put it, the creation of a 'Labour Law with no adjectives'²⁹².

The no man's land is influenced, to a certain extent, by known institutions for Labour Law, but in a variable intensity in accordance with several situations living in it. It is not only that ruling nuclei that are thought of for employment contract are applied sporadically for some cases, for instance an employees' responsibility regarding an accident for a third party with who the former does not have any contract link, therefore, a real praetercontractuality (beyond contract), but also they

²⁹⁰ BERCUSSON B., *European Labour Law*, Butterworths, London 1996, p. 419.

²⁹¹ See among others MARIUCCI L., "Where is Labour Law going? Collective and Individual Labour Relations", *Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo d'Antona*, Catania 2002; CASTEL R., "Droit du travail: redéploiement ou refondation?", *Droit Social* 5 (1999), pp. 438 ff. Lpalomeque LOPEZ C., "El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales* 7/8 (2000), pp. 61 ff.

²⁹² D'ANTONA M., "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* 2 (1998), p. 322. Same author, "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro", *Anuario di Diritto del Lavoro* 1 (1995), p. 8.

get as their own a ruling block of labour features in a stable way, like for example health and safety or social security. Of course the situations we are dealing with should be completely protected by Labour Law in many cases, since they are in fact real subordinated work relations.

An uncertain situation as the said one can be considered normal to a certain extent when some years have passed by unresolved. At that moment, some legislators came into action and tried to make it subject to common rules, although the rules are just a few, in its attempt to rule it by means of backing it with many studies. The peripheral work becomes subject to standard patterns which distance from and approach to the employment contract at the same time. However, the models range across countries as with respect to the situations being considered as concerning the rules included in the characterisation.

Let us see first the situations in which the peripheral work shows up in order to analyse the attempts to typify it in some countries, afterwards. Hence, Brian Bercusson talked about the so called 'new working ways' which covered part-time, casual, fixed-term, self-employment, independent work, or home labour, among others²⁹³.

The said peripheral work situations can be grouped together into three very heterogeneous groups:

- a) Minute work i.e. either fixed-term, or part-time, or due to other circumstances.
- b) Self-employment with economic dependence.
- c) Irregular work.

3. European peculiarities of irregular work

The 'Europe fortress' has always been renown as a highly formalised space where many rules, above all labour ones, gave rigidity to trades with prejudice of their competitiveness. And, indeed, a simple method allows us to know to what extent the European countries have at their disposal an arsenal of labour rules which, however, do not exist in other continents. In this sense if we add the number of these rules being included in the legislative database of the International Labour Organisation (Natlex), group them into regions, and get the average of labour rules passed in the countries composing them, we get the following chart:

Western Europe	1.093
Eastern Europe	352
Anglo-Saxon America (USA, Canada and CARICOM)	320
Latin America	315
Oceania (Australia, New Zealand and archipelagos)	285
Africa	177
Asia	161
The Near and Middle East	114

²⁹³ See BERCUSSON B., *European Labour Law*, p. 419.

In the case of Western Europe, the differences are also great across the countries, so much so that if we do not count city-states like, Monaco, San Marino, Liechtenstein and Andorra the average is much higher:

Country:	Ruling average:
France	3735
Belgium	2905
United Kingdom	2458
Sweden	1937
Low Countries	1767
Denmark	1687
Finland	1563
Spain	1319
Portugal	1016
Germany	911
Norway	909
Austria	896
Luxembourg	811
Italia	727
Ireland	626
Switzerland	543
Greece	359
Iceland	325
Malta	255
Monaco	158
Liechtenstein	122
San Marino	99
Andorra	11

No doubt the procedure is very simple since, for example the ruling tradition of some countries tends to dictate few but very basic rules, while some other countries can tend to pass official rules; but at least we get the idea of some and the other countries. The chart above, for example, furnishes us with surprises concerning the fame of some countries according to their level of interventionism or legislative abstentionism²⁹⁴.

Another some kind more sophisticated marker, percentages of irregular work could serve us to

²⁹⁴ It must be mentioned that in other regions the differences among countries are very deep. For instance in the Anglo-Saxon America, where United States offers an average of 1538 norms and Canada of 1838, although Jamaica shows 123 or Bahamas 58. At its turn, the most labour legislative in Asia is Japan, with an average of 578 norms, followed by China with 422. It must be beared in mind that the database of ILO depends of the diligence of every country in sending its norms. The norms count followed here is the one made in the ILO report *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: un estudio internacional (Methods and Practices in solving labour conflicts: an international study)*, Document n°. 13, ILO, Geneve 2007, pp. 59 ff.

know the level of subjection to labour ruling, which is complementary to the said aspect, since having available a great quantity of rules does not mean we have subjected the active population to the rules. Likewise, and although the figures of irregular work vary greatly, the figures of irregular work in every country would report the degree of failure to compliance of its ruling. Wholly, Europe shows a low level of irregular work as compared to other regions such as Latin America and, above all, Asia. And it also presents high rate of the so called '*good informality*' addressed to solidarity with friends and neighbours the researchers talk about²⁹⁵.

Coinciding with the different percentages according to the level of wealth, there is a widespread opinion that irregular work goes along the developing countries' economies and that it is disappearing for the benefit of legal work due to progressive modernisation. However, the markers point that the number of irregular workers have been increasing in Europe; and that it is not only due to immigrants, but also to a significant evolution of the productive model itself that Ulrich Beck has called, unfortunately I think, 'brazilianization' of European work contracts as a result of neoliberal policies²⁹⁶.

More and more workers each time get unstable jobs or rapid shifting from a job to another which Alan Hyde named 'high speed work trade' where strong shifting messed up the classical Labour Law and forced the creation of new types of trade unions, social security and rules against discrimination at work²⁹⁷. More and more workers each time do several unstable jobs at the same time in addition. And in all those cases the usual way to work does not comply with the minimum labour conditions on rests, salaries and hiring.

There could be talked about the fact that modernisation of the economic system carries a convergence between highly formalised and developed societies, and those which are not so much so. No doubt the future of Labour Law transforms the precarious work and illegal work into usual elements with which it has to live, so that we should not call the phenomenon a product of underdevelopment.

However, this area of shadows in Europe shows a feature concerning similar situations in other regions in the world: the State has available very piercing structures that are able to get deep inside the social relations. This is the reason why it could, if it would be willing to sort such underworld out, dictate specific rules for the latter or put some pressure on it with incentives and sanctions in a way that its wideness would decrease, and in the end, it would disappear or just a residue would remain. But, at the moment when the state was meditating whether to intervene, it faced a paradox: indeed it did not know the type of ruling to be applied so that that it started acting randomly. Let us see why.

4. Character of the irregular work

From a sociological point of view of what there is really in this informal scope, it is clear that

²⁹⁵ WILLIAMS C.C. and WILDEBANK J., *Informal Employment in the Advanced Economies*, Routledge, London 1998; PFAU-EFFINGER B., "Varieties of Undeclared Work in European Societies", *British Journal of Employment Relations* nº 47 (2009), p. 93. It become distinguished moreover two types: "moonlighting" (second job) and "poverty scape" (*ibidem*, pp. 84 ff.).

²⁹⁶ BECK U., *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona 2007.

²⁹⁷ HYDE A., "Silicon Valley's High-Velocity Labour Market: When Labor Markets Work Like Information Markets", *Journal of Applied Corporate Finance* nº 2 (1998), pp. 28 ff.; same author, *Working in Silicon Valley: Economics and Legal Analysis of a High-Velocity Labor Market*, M.E. Sharpe Inc., Armonk (New York) 2003.

productive relations among employers and employees 'in the shadow' prefer to keep a great contracting freedom to the extent that they obey some individual compromises, not many though. It is the empire of individual agreement which acts as if there was no public ruling in that trade. Even in countries where it would be easy for the irregular worker to go to the industrial relations commission or to the Judge, he would keep his status quo even though he knew he could claim a long list of legal and conventional rights.

In the light of such situation, the first attitude on subjecting a set of relations that are increasingly larger to the empire of the law is suffering a catharsis and it is becoming more thorough. Now the initial question will not be how to subject, but something more previous which is if it is convenient or not to subject, and in case of affirmative answer, to what extent and in what sense. Let us accompany the legislator for a moment in his worries in order to look at this world in the shadow closely.

Neither all the work done in informal economy is dependent work nor is it exclusively self-employment. Although it is true that the type of small self-employed corresponding with the hawker might win through in developing countries and that the worker that is linked to a company prevails in developed countries, there are also many in-the-middle situations in a flowing gradation which unfolds as a fan between both poles. There are up to three situations that could be differentiated, initially: the self-employed's, the subordinated's, and in the middle of both, the semi-self-employed or semi-independent which is the one that interests us the most following this trend of thought. We find ourselves, in this kind of work, in an ambiguous situation where there coexist false self-employed and real self-employed that, however, depend economically on an employer. Consequently the irregular work does not have a one-to-one nature and every kind of worker is due a different ruling: Commercial Law for the self-employed; Labour Law for the subordinate...; and the doubts raise greatly when we get to the ambiguous work and try to give it a ruling order. *Quid iuris?*

In addition the issue gets more complicated, because sometimes, there are workers with no labour contract within the companies. The reason relies on the fact that the Legal system of the country does not consider them as employees for some reason, for example the short duration of the link. They are people who act in the formal or institutional economy although they do it off the Labour Law; and indeed, the 'horror vacui' of the law does not always end up by creating a labour presumption as you will see below.

5. Autonomous work with economic dependence

It covers all variants in which a worker acts independently, but in fact, he works for just one person or some clients in a way that they know his requisites, demands, and price lists. Likewise the relations with the client or clients follow a repeatedly trodden path. There is no labour contract between both parties; and we can find in the multiplicity of the character: from the worker having a personal subordination and his productive activity is controlled by the client/s to that who is free in the way he carries out his jobs, although doing it for one or some clients causes him to be dependent economically on the clients.

The proliferation of the self-employed has provoked a friction area with Labour Law as regards to the independent 'collaborators', since their similarity with the subordinate workers gets to be so much that the former are considered 'functional substitutes' of the latter. A self-employed can

do the same services than a dependent worker; and when he frequently works for one or few clients, his economical dependence on the main client make the client undertake almost the same role as an employer although the client lacks the control over the person that characterizes the directive power in the labour contract. There was a time, however, when the relative simplicity of the economical structure led the self-employed to be a real self-employed, and a company to try to cover the whole production cycle without reaching for other company owners. Nowadays the possibilities have come closer greatly; and an employer can, in many cases, assess the moment to hire, the most proper type of relation –labour or self-employment- according to his own interests. It is then, an *ex ante* option of the establishment of a contract link. In that cases, the employer decides the organizational and juridical type he prefers as long as he respects the principle of reality which does not mean much given the evolution I am talking about which is the reason why the jurisprudence has accepted sometimes minor disparities between the effective dependence situation and the type of contract agreed formally by the parties²⁹⁸. Now, not even in the countries where there is no labour presumption, one can claim the willingness of the parties when the type of contract is clear; it would be like distorting the nature of the institutions; and in the same way that buying and selling cannot be named surrender of properties, placing goods cannot be called transportation contract, one cannot name consumption by the parties to the civil or commercial contract that is purely labour²⁹⁹. As the British case law stated in the Ferguson case: 'the relation between the parties of the contract, be it labour or not, is a juridical conclusion depending on the conferred rights and the obligations under the contract. If they are of a labour relation it will not be of any relevance that the parties declare otherwise'³⁰⁰.

Nonetheless, the social unrest has emerged from *ex post* conversions when the already established labour link has been intended to transmute to another one of a civil or trade character. Due to the proximity between the positions, the employer often tries to replace the general legal system that is less favourable to him by another more favourable one, causing a flight from the Labour Law that is well known and very much done in some Legal Systems. I would like to enhance, following Liso, that the flight is not produced by the cases³⁰¹. The said interest is full with

²⁹⁸ See RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M., "La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo", *Relaciones Laborales II* (1996), 38ss.; MARTIN VALVERDE A., "El discreto retorno del arrendamiento de servicios" in VVAA (MONTOYA MELGAR, MARTÍN VALVERDE and RODRÍGUEZ-SAÑUDO coords), *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Civitas, Madrid 1990, p. 232. The institutionalization of the optional feature of the type, *specie consensualis*, is found in the nationwide collective agreement for travel agencies and tourist guides 2004-2006, which states in its second Additional Disposition: 'For the purposes of assimilating professional levels for tourist guides, without prejudices of recognising the character of such profession in those cases in which the parties were subjected to labour obligation link exclusively, the salary level of the said Agreement to be applied would be the third, and the rest of the labour conditions (working time, timetable, breaks, shifts, etc) would be applied those that were agreed jointly or the prevailing uses and customs for the profession. The tourist guides or tourist groups' companions that keep a labour relation with the company will be covered under the benefits stated in article 40 of the said collective agreement on accidents' insurance'. DESDENTADO considered the option as a 'conventional delabourization', *op. cit.* page 451.

²⁹⁹ This can be seen like in the British Law where the jurisprudence, when facing against 'the determining self-description of the relation by both parties' as CARBY-HALL J., calls it, it 'shows the tendency to intervene and to look at the reality of the relation before its way of deciding over the issue ('New frontiers of Labour Law: dependent and autonomous workers', in VVAA, *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Cacucci, Bari 2003, pp. 258 ff., with indication to several judicial decisions).

³⁰⁰ *Ferguson v. John Dawson and Partners (Contractors) Ltd* [1976] 3 All ER 817.

³⁰¹ LISO F., Speech in the seminar called *La grande fuga: chi, come e perchè scappa dalle regole del diritto del lavoro e dello Stato Sociale*, Roma 1992, which was reproduced afterwards in "La fuga dal diritto del lavoro", *Industria e Sindacato* 28 (1992), 3.

the worker's fear to lose his livelihood definitely, although it is also spurred by the insight of gaining more in some cases, as we will see below.

6. Minute works

The range of categories of employment contracts that are unusual or precarious and, especially those which are temporary and part-time, have always suffered a juridical alienation that has appeared in the special rules addressed to them in most countries. Perhaps the best evidence of discriminatory treatment can be found in collective agreements, in which trade unions which are mostly composed by full-time and permanent workers have reached an agreement on exclusions from the precarious in change of improvements for the affiliated. For example this was the usual practice for a long time in Spain till The Constitutional Court considered the clauses illegal against the equality principle at the end of the eighties³⁰².

Several countries have available laws determining partial or total exclusion of these contracts from the Labour Law scope when their duration can be considered marginal. There should be taken into account that there is a high quantity of this kind of works feeding the business of temporary work companies³⁰³, and the great proportion of women so that their exclusion can arise, and in fact has produced, complaining due to causing indirect discrimination.

So for example, Germany has already a long record of slight regulation of *minijobs* (*geringfügiger Beschäftigung*) which has been undergoing several legislative reforms ever since their appearance due to the laws to foster employment from 1985 to 1996 by the conservative party. Generally speaking, protection against dismissal only came to be applied to companies with more than ten workers, and the dismissals on objective grounds got reduction of requirements. Concerning 'minimal' contracts with lower than 15 hours or 630 marks a week, as well as short-term fixed-term contracts (for less than 2 months or 50 days' work a year), workers were freed to pay social security contributions while employers paid just 20%³⁰⁴. Under such circumstances these unprotected relations increased quickly and many abuses emerged, since usual contracts were transformed into these minijobs in order to avoid the contribution³⁰⁵, state Fischer and Thiel. At the end of the conservative period the minijobs amounted to 6.5 million workers³⁰⁶. Afterwards the Law on protection against unjustified dismissal of 1998 was applied again to companies with more than five workers. Both laws of 1998 and 2002 have improved slightly the treatment of these jobs in a way that, concerning the minijobs of which total amount is less than 400 euro a month, the worker does not pay social security contributions and the employer pays just a percentage, i.e.

³⁰² Decisions 52/1987, of May 7th, and 136/1987, of July 22nd.

³⁰³ Works lasting but a few days average, in any case less than a week's duration, as in the case of the Spanish Temp Recruitment Agencies.

³⁰⁴ The works are "Versicherungsfrei": The workers do not have to contribute either to the illness insurance or the unemployment insurance or the pension insurance.

³⁰⁵ FISCHER N. and THIEL N., "Arbeitsrechtreformen im Überblick", apud SCHRAM and ZACHTERT (eds.), *Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit. Eine empirische Analyse zur betrieblichen Umsetzung von Arbeitsrechtsreformen*, Nomos, Baden-Baden 2005, p. 41. Also, DÄUBLER W., *Labour Law*, Ministry of Labour and Social Security, Madrid 1990, 870 ff.; SOWKA H.H. and KÖSTER H.W., *Teilzeitarbeit und geringfügige Beschäftigung*, Beck, Munich 1993, 18 ff.

³⁰⁶ ROHMAN H., "Sozialpolitische Probleme flexibler Beschäftigung", in KLEIN M. (ed.), *Nicht immer, aber immer öfter. Flexible Beschäftigung und ungeschützte Arbeitsverhältnisse*, Marburg 1993, p. 95.

28% of gross salary³⁰⁷; and concerning short-time fixed-term contracts (of less than 2 months) the workers are exempt from paying social security contributions.

There is a similar ruling on minijobs in Austria, although the economic limit is lower, i.e. 357.74 euro a month or 27.47 a day in the year 2009. The employer, who in these cases is called constituent (*Dienstgeber*), pays a general contribution of 17.8% due to work accidents, illnesses and pensions.

As for Denmark, the protection against abusive dismissal is not applied to jobs lasting less than three months: basically – affirms Numhäuser-Henning – the principle of contractual liberty prevails over justified causes of setting a term in the contract³⁰⁸. In Finland it is alike in the case of contracts that hire a long-term unemployed, i.e. inactive during more than a year³⁰⁹.

There are also several laws in United Kingdom setting a minimal period for 'continuous service', often of one or two years, which is particularly relevant for the purpose of excluding those who do not meet these requisites of pre-warning protection, justified dismissal, collective dismissal ruling and motherhood benefits. During the time the law of employment protection of 1978 was in force, a contract lasting less than sixteen hours a week (eight hours a week if the contract lasted five years at least), 'did not count'³¹⁰. From a sentence and a law of 1995³¹¹ such limits were derogated, and the transpositions of the Directives on part-time and fixed-term contracts allowed to endorse Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations of 2002, where temporary work is treated satisfactorily. However, there remains another conceptual requirement allowing the British courts to reject frequently the labour nature of some contracts: starting from the "consideration" general requirement, the judges have created *mutuality of obligation* requirement in the labour field which initially consists in offering a considerable amount of work and the willingness to fulfil it³¹² –by the worker-. In the case of the workers that were hired for sporadic jobs, for example waiters in parties or feasts –the case of *O'Kelly et al. v Trusthouse Forte plc*- or workers who were hired by a temporary employment agency –the case of *Wickens versus Champion Employment*-, the court can invoke the lack of continuity to understand that it is not a dependent work relation, but about a self-employment one³¹³. In two recent sentences, the British Court of Appeal stated lack of employment nature, since there was not sufficient "mutuality" in the case of a haulier of a company of Publications, with a company uniform, van which was provided by the company and route that was set beforehand – *Express and*

³⁰⁷ The employer must contribute to the illness insurance (13% of the salary) and to the pensions insurance (15% of the salary).

³⁰⁸ NUMHÄUSER-HENNING A., "Fixed-Term Work in Nordic Labour Law", en WAHLGREN P. (ed.), *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Scandinavian Studies in Law, vol. 43, Stockholm 2002, p. 285.

³⁰⁹ NUMHÄUSER-HENNING, *ibidem*, p. 287.

³¹⁰ CARBY-HALL J., "New frontiers of Labour Law: dependant and autonomus workers", in CHAUCHARD (ed.), *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Cacucci, Bari 2003, p. 199.

³¹¹ House of Lords, *R. v Secretary of State for employment ex parte Equal Opportunities Commission and Another*, [1995] 1 AC 1 (HL). And Employment Protection (Part-time employees) Regulations, 1995.

³¹² It is the 'second level of obligations', over that corresponding to working and paying, as FREEDLAND M. states, *The contract of employment*, Clarendon Press, Oxford 1976, pp. 21-22. In the same line, DEAKIN S. and MORRIS G., *Labour Law*, Butterworths, London 1998, pp. 164-165.

³¹³ Industrial tribunal (currently Employment tribunal), case *O'Kelly et al. versus Trusthouse forte plc* [1983] IRLR 369 (CA); E.A.T., *Wickens versus Champion Employment* case [1984] ICR 365 (EAT).

Echo Publications Ltd v Tanton case³¹⁴-, since a clause in the contract reported that the employee should provide a substitute in cases of absence, which was considered as incompatible with the worker status by the court. Something similar to this happened in *Carmichael and Another v National Power plc* case³¹⁵. In another case, a nurse who was required to work by her hospital on the days she was needed -which is called *Kapovaz* by the Germans, “zero hour contract” by the British and “trabajo a llamada” by the Spaniards-, the court did not detect sufficient mutuality, despite the fact that in these cases the employer demands the worker to be prepared and available to work whenever the worker is called upon³¹⁶.

As regards France, there emerges again certain employment policy and the equal opportunities motto in this country as foundation to set the-first-job contract for a short span of time (*contrat première embauche*), by virtue of which the companies with less than twenty workers could employ under-26-years-old people who could be dismissed unjustifiably after the first two years (‘the consolidation period’). The workers would receive a compensation of 8% of the salary and 2% of social security contribution when being dismissed. This contract modality was replaced by another similar one soon³¹⁷, the new job contract (*contrat nouvelles embauches*), although it was addressed to companies with less than 20 workers and unemployed people with no limit to age. Apparently it tried to foster employment among young people through this facility but it was not perceived this way by the doctrine which considered it a language abuse³¹⁸ and regression in practice³¹⁹ when introducing new elements of precariousness in employment³²⁰. The French trade unions reported this contracting issue to ILO as threat against Agreement 158 on work completion demanding justified cause. However the French government keeps it while defending its capacity to create positions³²¹.

7. Systematic means to solve the juridical condition of peripheral work

Ruling incursions in the said peripheral work serve us to contemplate the multiple reasons that were employed to establish a treatment difference with respect to the two usual poles of personal work: ‘free’ contract for services and employment contract. Moreover they also serve us to see clearly the heterogeneity of the undertaken measures; their great political load, their constant going onwards and backwards by knitting and unknitting.

However, not all the attempts have been in a hurry as a result of subsequent economical crisis and of unemployment curves. Increasingly there have been raising some proposals and even more ambitious ruling constructions, with global ambitions which, in my point of view, have a

³¹⁴ E.A.T., case *Express and Echo Publications Ltd v Tanton* [1998] IRLR 301 (CA).

³¹⁵ House of Lords, case *Carmichael and Another v National Power plc* [2000] IRLR 43 (HL).

³¹⁶ Court of Appeal, *Clark v Oxfordshire Area Health Authority* case [1998] IRLR 125 (CA).

³¹⁷ Decree of 2nd August of 2005 and its ruling 2005-893. The doctrine talked about it as an abortion (Totgeborenes Kind): LE FRIANT M., “Neue Arbeitsverträge? Mittel im Kampf gegen Arbeitslosigkeit? Der ‘Contrat première embauche’, der ‘Contrat nouvelles embauches’ – Lektionen eines Misserfolges”, *Arbeit und Recht* n° 12 (2006), p. 423.

³¹⁸ PELLISSIER J., “Contrats ‘nouvelles embauches’ et ‘premier embauche’ ou les abus de langage”, *Revue de droit du travail* n° 6 (2006), p. 606; GOMEL B., “Contrat nouvelles embauches: un retour vers quel emploi?”, *Droit Social* n° 12 (2005), p. 1130.

³¹⁹ SARAMITO F., “Une regression: le contrat nouvelles embauches”, *Droit Ouvrier* n° 691 (2005), p. 65.

³²⁰ SERRANO OLIVARES R., “El nuevo contrato de trabajo ‘nouvelles embauches’ (nuevas contrataciones) en el Derecho francés”, *Ius-labor* n° 3 (2005), online magazine, page 1.

³²¹ FONDEUR Y., “Legality of new recruitment contract challenged”, *Institute for Economic and Social Research (IRES)*, June 6th 2007.

great interest since they intend a sole and homogeneous solution for the no man's land placed between Labour Law and Commercial Law.

There are three types of systematic proposals. Firstly, that of those who defend to lead peripheral work to the usual bipolar classification. Secondly, those who defend to cancel bipolarity. Finally those who defend to create tertium genus which is half the way between work and trade.

a) Renewal of bipolar classification

There still seems to be predominant, despite the feeling of crisis that impregnates the epistemology of Labour Law, the efforts to spread the whole work relations that are difficult to classify into either one or another side. In this task courts and most of legislators stay strict. In the attempt there is revealed up to four methods which are presented below:

1. Typological. The evidences on personal and economic subordination is the same across the European countries either from the subjection to instructions and employer's control to the existence of working time or salary, or not taking the risks due to missing the results. ILO also considers the option, which in its Recommendation number 198 (2006), on work relations, advises the member States on the possibility to define, in their legislations, specific evidences that allow determining the existence of a work relation, citing up to twelve criteria (section II.13).

2. Professional. To be determined by law the juridical condition of a certain profession or professional area of an uncertain activity. Many countries establish what they call 'special work relations' in which a profession or branch are defined in a kind of specific statute which is different to the usual work relation in some respects. For example work at home, domestic service, sportsmen, middle-men, artists, workers of public administrations, etc, are ordered according to a line between self-worker and subordinate.

3. Institutional. The laws can consider that specific juridical institutions, like health and safety, are applied beyond the work relation or work contract. When doing it, they are keeping the bipolar classification since they need the classical duality.

4. Circular. This is the most blurring method since it consists in proclaiming the application of work rules to self-employed when needed, as certain times as through presumptions -the most usual presumption is employment relation- as finally, by means of a general principle like it is the primacy of reality or of facts³²².

b) Suppression of bipolar classification.

Even when up to the moment the proposal has only a doctrinal seat in order to subject all the personal work or, as Mark Freedland put it, all the personal labour to a sole legislation, although it is well modulated and thorough it goes back in time at least to Wank studies in 1988³²³ or to

³²² Concerning the first assumption, the Spanish Workers Statute of 1994 says in its 1st Final Provision that 'the autonomous work will no be subject to labour law except for those aspects that it is expressly stated due to legal order' principle of primacy of reality is applied in many countries across the world: the *ILO in its report V. The scope of the employment relationship. International Labour Conference, 91st Meeting, Guinevere 2003*, names in a no-explicit way Germany, France, United Kingdom, Russia and other countries (page. 25, note 11).

³²³ BECK R., *Arbeitnehmer und Selbständige*, C.H. Beck, Munich 1988.

the theories on *lavoro senza aggettivi* of the so-called D'Antona. The expert who studied the issue furtherer is professor Freedland³²⁴. He suggests a joint ruling for employees, liberal professions, officials, the self-employed, casual workers, and contracts to enter the labour world. To this author: "binary division is one largely invented and imposed by legal systems of labour market administration"³²⁵, so that when trying to keep it we are taking the risk of autopoiesis. There should have, the author states, to analyze the relations among the range of forms of personal work and to follow as guidelines the proposals concerning the employment assumptions of ILO and on *flexibility* of the European Union in order to lead again and update the Labour Law this way for the sake of maximizing the efficiency and the creative capacity of employments of the labour market.

In all cases it is an open thought in which the specialists suggest means and methods to approach a joint approach to the different ways to work and the contracts and situations expressing them legally.

c) Creation of a tertium genus between dependent work and self-employment. Four European examples.

In my opinion, the establishment of a 'middle world' with a basic ruling dealing with personal aspects of work has already raised some severe statements which should be taken into account despite the doctrine's reluctances. Maybe its greatest value comes from the very attempt to set a common space of rules for peripheral work as well as the criteria employed to define that space, since the rules with which they provide the relations included in the space with are very embryonic.

The countries where this middle concept emerged are: Germany, with quasi-worker (*Arbeitnehmerähnlichepersonen*); Italy, with parasubordinate (*parasubordinato*); Spain, with economically-dependent worker (*trade*); and United Kingdom, with worker in the broad sense of the word (*worker*).

1. Italy. One of the oldest trade rulings was located in the Italian Procedural Law of 1940, section 409.3 for coordinated and continuous collaboration relations which were mainly personal and did not have any subordination link, the so called co.co.co to which the labour procedure was applied in the contentious one against the teller. In the same section it was stated the recognition of the same procedure ruling to the agents and to the trade representatives. The evolution of the treatment in Italy has had to wait more than sixty years when the Law 30/2003 and the Legislative Decree 276/2003 to develop the law appeared to recognise their contractual and insurance rights. It is a very wide legislation dealing with different aspects of work positions and of labour market, among which there can be enhanced the atypical contracts, and among the latter *lavoro a progetto contract* which is its new name. The rules of 2003 highlight wording a written contract in which it is included substantial elements such as: duration of contract, execution programme, compensation and payment modality, the way of coordinating with the teller who must respect

³²⁴ For instance, in *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford 2005; as well in "Application of labour and employment law beyond the contract of employment", *International Labour Review* n° 146 (2007), pp. 3 ff.; or in FREEDLAND M. and DAVIES P.L., *Towards a flexible Labour Market – Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, Oxford University Press, Oxford 2007; and in FREEDLAND M., "From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus", *Industrial Law Journal* n° 36 (2006), pp. 1 ff.

³²⁵ FREEDLAND M., "Application of labour", cit., p. 5.

the worker's autonomy, as well as measures to prevent health and safety. In addition, the compensation must be proportional to the work done and take into account the usual compensations in self-employment. No exclusive rights are granted except for the cases in which the rights are explicitly agreed between the parties although they have not to get the teller involved or spread his own information. Absences due to pregnancy, illness or accident are considered as contract suspension even when the two last cases do not entail prolongation of the contract for the period the redundancy lasted.

The most important rule in the Italian legislation is referred to contract extinction. The link ends when the project is completed; and it can be ended beforehand just for a fair cause or due to reasons that are included in the contract. The legislator gives a great freedom to the parties for them to give the possible reasons for contract extinction, since he considers valid even the simple forewarning as long as it is established so in the document. And in the practice most of work contracts use the forewarning as preferred formula. Otherwise the lack of project involves presumption of dependent work relation indefinitely.

The collective aspects, unionization, negotiation or strike are left aside. And the following are excluded from the new regulation which is another great flaw: collaboration agreements and sporadic collaboration lasting less than a month and a salary under 5.000€ a year with Public Administrations; professionals in Professional Associations; as well as market agents and representatives³²⁶.

The new ruling has been considered by the doctrine in a fairly critical way. For Pedrazzoli it is a complication of the uselessness of a discipline which is: wrongly made, promises much more than what it can keep, and that it would have been better doing less³²⁷. Ghera highlights the lack of definition of the project, and the qualifying function of the element of the organisational risk³²⁸. Bortone recognises some advances although he discovers many incongruences in the legal text and predicts the contradiction that entails establishing a fixed-term contract with certain suspensive rules, and no need to talk about the undetermined concept of work to project predicting a significant increase of judiciary controversies³²⁹. Tiraboschi, who is direct disciple of the expert creating the reform, said sadly in this respect: 'Those who, on the spur moment and on their first reading, said negative words about Law 30/2003 and the corresponding development Decrees confirm today, with no rethinking linked to the first application phase, the need for a deep review if not for the pure and simple derogation of a controversial law (...) as a symbol of precariousness and commercialization of work'³³⁰.

³²⁶ See also the Legislative Decree 251/2004 and the circulars of the Ministry of Labour 1/2004 and 17/2006.

³²⁷ PEDRAZZOLI M., "Le complicazioni dell'inutilità: note critiche sul lavoro a progetto", in MARIUCCI L., (ed.), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna 2006, p. 119.

³²⁸ GHERA E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giapichell, Torino 2006, p. 51.

³²⁹ BORTONE R., "Il lavoro parasubordinato", apud BORTONE, DAMIANO and GOTTARDI, (ed.), *Lavori e precarietà*, Editori Riuniti, Roma 2004, pp. 139 ff.

³³⁰ TIRABOSCHI M., "A due anni dalla riforma Biagi del mercato di lavoro: quale bilancio?", in VVAA (MARIUCCI L., coord.), *Dopo la flessibilità*, cit., p. 358

2. Germany. The situation in Germany is much more fragmented than in Italy, for there is a lack of unifying ruling as that mentioned above. Starting from the simple definition of *Arbeitnehmerähnlichepersonen* as ‘quasi-workers due to their economical dependence’³³¹ they are subject to the jurisdiction of labour courts and, above all, to the precepts of the Law of Health and safety³³², with the exception of home delivery workers. Likewise they are under the same rules than subordinate workers concerning annual holidays, except for the said home delivery workers who are under a special ruling³³³, and are protected against gender discriminations at work, as well as the disabled are helped in work centres³³⁴.

Despite all this, the greatest legislative detail is on the collective negotiation issues through a long article, 12.a, in the Law on Collective Agreements of 1969. The article is addressed to ‘people who are economically dependent and need social protection like subordinate workers’ when they work for others on the basis of a contract for services, mainly without being in charge of other workers, and as long as their activity is basically focused on the same client or that more than half their gains come from the same client. Such average of gains is a third in the case of artists, writers and journalists.

3. Spain. In Spain labour legislation contained unfocused references to the self-employed at least from 1976 although one of the most important groups, home delivery workers, had already been included before in the concept of subordinate worker³³⁵, while other groups were left in a situation of partial assimilation thanks to the rules on special labour relations. Several rules, in addition, had established a close assimilation of the self-employed to the subordinates in health and safety and social security issues, and other kinds of convergence were debated by the doctrine like protection against objective dismissals or negotiation of agreements³³⁶.

The Law 20/2007 of the Self-employment Statute devotes its central chapter to ruling economically dependent self-employed (acronym *trade*). The trade is defined as those whose incomes, at least 75%, come from an only main client (article 11). The trade must not hire subordinate workers, third parties cannot subcontract his task wholly or partly and, of course, he must undertake the risk resulting from the service he is engaged to provide. The law studies in detail the written contract which has to be recorded and only the condition of trade has to appear in it. The said contract can only be extinguished for justified reasons among which there can be found: ‘the

³³¹ Art. 5.1 of Labour Procedure Law of 1979.

³³² Art. 2.2 of Arbeitsschutzgesetz of 1996.

³³³ Arts. 2 and 12 of Mindesturlausbgesetz für Arbeitnehmer of 1963.

³³⁴ Art. 2.2 of Beschäftigtenschutzgesetz of 1994, and art. 54.b of Schwerbehindertengesetz, composition of 1986.

³³⁵ ‘Home workers’ in art. 6 of the Employment Contract Law of 1931. The statement was repeated in art. 6 of Employment Contract Law of 1944; and it affirmed in article 5 that the employers of such workers are: manufacturers, warehouse owners, traders, contractors, sub-contractors and pieceworker ordering work at home, paying a job or doing piecework, giving or not the materials and instruments of the jobs. The inclusion is confirmed again in Law of Employment Relationship of 1976 and in the Workers Statute, in force since 1980.

³³⁶ For example, APILLUELO MARTIN M. developed the possibilities of breach of contract in article 1124 CC; and made reference to the future creation of a Fondo de Garantía Salarial (Earnings Warranty Fund) for the dependent self-employed as included in Law 53/2002 (*Los derechos sociales del trabajador autónomo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 96 ff., where the term ‘trade’ was already used). Concerning collective agreements, some authors defended the possibility of ruling the work conditions of the dependent self-employed (RODRIGUEZ-PIÑERO M. and CASAS BAAMONDE M.E., “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales* 7/8 [2000], 11) while other authors denied it (CRUZ VILLALON J., “La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales”, *Relaciones Laborales* nº. 7/8 [2000], p. 176; MARTINEZ BARROSO M., “Nuevas materias y temas pendientes en el contenido de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales* nº. 23 [2001], p. 95).

willingness of the client for justified reasons. The stipulated or in accordance with the uses and customs forewarning should be employed' (article 15). In case of unjustified extinction one can claim a compensation the amount of which will be established in the contract or otherwise by the social judge. There are also justified causes to suspend –not to extinguish- the contract for concrete reasons such as maternity, fatherhood or temporary disability. The Law also devotes several articles to self-employed associations, their representativeness and collective agreements under the Civil Code and that have to be accepted expressly by the self-employed person (articles 3 and 13). There are, to conclude with, other articles devoted to social security of the self-employed.

4. United Kingdom. Unlike the said three examples, the British case shows that the legislator and the doctrine made the ruling jointly; and may be because of that it is a somewhat ambiguous for the outsider. Indeed there emerges a distinction recognising just a few labour rights to workers, under the standard that was recognised to employees. In theory the worker is not equal to the other said cases of "parasubordinato", but he is considered someone within the sphere of subordinate employment as a subspecie or subcategory albeit the relation of groups included in the sphere match the most usual relations of the "parasubordinato": freelancers, fixed-term workers, temporary workers...³³⁷. They lack the main protection against abusive dismissal, maternity or fatherhood rest, etc. However they must be paid the minimum salary, ruling for working day and rests, non-discriminatory treatment, statutory sick pay, etc.

Two British cases set the distinction between both categories in a particularly remarkable way³³⁸. In *Byrne Brothers*, the court explains that the purpose of the said rules is 'clearly that of setting an intermediate protected worker type who, on the one hand, is not an employee but, on the other hand, can neither be considered as the owner of a business'. It adds that the purpose of this ruling would be recognising there are people who work for an employer and are not employees, but who are in the same economic and substantial position than employees: the basic effect of level 'b' is to avoid any misunderstanding, lowering the passing sign in a way that those who do not get to be qualified as employees for protection can do so as workers³³⁹. The court precises in *James vs. Redcats* that not all the people who can be described as self-employed run a company³⁴⁰.

A datum that can sign to what extent the distinction has taken root in the British scope: while the Directive on part-time work has been transferred for (all) workers, that on fixed-term contracts can only be applied to employees.

³³⁷ On the official web site of the British government

"www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/EmploymentContractsAndConditions" it is stated that: "worker...is a broader category than 'employees' but normally excludes those who are self-employed. A worker is any individual who works for an employer, whether under a contract of employment, or any other contract where and individual undertakes to do or perform personally any work or services. Workers are entitled to core employment rights and protections".

³³⁸ Sentences *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird & Ors* [2002] IRLR 96, and *James v Redcats (Brands) Ltd* [2007] ICR 2006.

³³⁹ Sentence *Byrne Brothers*, paragraph 17.

³⁴⁰ Sentence *James v Redcats*, paragraph 46.

As A. C.L. Davies said, although the workers are better protected than the self-employed, they do not have the rights that are normally granted to employees³⁴¹. The source of this distinction seems to be in the Seventies' legislation, Thatcher decade, when most of the laws considered that not all workers were protected by collective agreement, so that a great gap between typical and atypical workers was opened³⁴². The latter would be the group that currently matches the concept of 'worker'³⁴³. And although the distinction lacks the clear legal support of the German, Italian and Spanish examples, a difference is established with the sporadic support of some laws between the typical worker and that ring which is blurring between the worker and the collaborating person until the commercial self-employed is touched on a concrete moment.

8. The position of the International Labour Organisation and the European Union

The worries of ILO and EU have followed divergent routes regarding the delimitation of peripheral work up to the moment. Thus while the former's main objective seems to be avoiding the abuse of irregular work and ambiguous names, the latter's aim is in the full employment, so it seems to have discovered a panacea to get it from 2004 in the flexisecurity icon.

The main document of ILO in this respect keeps on being Recommendation 1985 which was updated in 2006³⁴⁴. The Recommendation states in favour of ruling the evidence of labour relation by the laws in every State. Concerning the EU, the obsession for the whole work and flexisecurity stays untouched nowadays³⁴⁵, and it seems to be closely linked to the Strategy of Lisbon for the Growth and Employment. Otherwise, the task and effort to delimitate the concept of subordinate worker against self-employed and peripheral workers is relegated to the doctrine of the European Court of Justice which keeps on advancing case by case determining the location of certain professions and atypical jobs according to the traditional method for evidence. However there must be recognised the strong legislative limitations of the EU on the subject since the Treaty itself does not grant EU to have competencies in some important issues.

There is a need to enhance, however, the great effect of Community Directives of 1997 and 1999 on part-time jobs and on fixed-term contract on the legislation of member States. In some case the protection of atypical works has been produced by the influence of these Directives alone which obliged the States to apply the rights of typical workers to the atypical ones proportionally. And although with respect non-discrimination of gender The European Court of Justice together with the Community legislation agreed in backing the said limitations, because although the great majority of those working in minijobs are women, the complete inclusion of these work relations of minimal entity within the Labour Law would have driven to 'a proliferation of illegal forms of

³⁴¹ DAVIES A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 84.

³⁴² However, neither all the laws of that decade were limited to the employed (Equal Pay Act 1970 or Race Relations Act 1976), nor laws restricted to the employees only stopped appearing later on (Trade Union and Labour Relations [Consolidation] Act 1992, or Employment Rights Act 1996). Cfr. CARBY-HALL J., *op. cit.*, pp. 248-249.

³⁴³ Likewise DAVIES A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, pp. 81 ss.

³⁴⁴ It is the said-above Recommendation 198 on labour relationship.

³⁴⁵ See the Communication of the Commission to the European Parliament, to the Council, to the European Economic and Social Committee, and to the Regions Committee called "Towards the common principles of flexisecurity: more and better employment through flexibility and security", of June 27th 2007 [COM (2007) 359 final].

employment and increase in frauds³⁴⁶. As regards to naming some ambiguous situations several sentences stated that the European concept for dependent work covers its statements with reduced hours³⁴⁷ and it only allows excluding reduced activities that are presented as purely isolated and complementary³⁴⁸.

There remains, in any case, the effort to get a middle step between dependent work and self-employment. An effort that joins and clarifies the juridical regime of the range of work groups. It is difficult for this effort to make everyone happy, since to many specialists it has the contaminated effect of getting through the window a massive social dumping which allow company owners contracting as self-employed those who it contracted as subordinate yesterday, but that it is essential in a world where peripheral situations are more frequently each time.

9. Conclusions

There is a need to enhance two aspects of the short presentation. Firstly, the reductive load of some policies of employment fostering. The policies are based on a some kind risky equation to make the cost of employment cheaper, therefore thinking on increasing the number of (cheap) jobs. And secondly, the European Court's complaisant attitude concerning factual arguments not to be admitted in a court, since the doctrine points just the opposite: tendency to fraud appears more easily when establishing a double step of requirements or of kinds of work that when it is attempted to be make situations that are basically identical homogeneous under the same rules.

Concerning *tertium genus*, which has been emerging in four countries, there is no typological coincidence among them, although the distances of the German, Italian and Spanish models are barely perceivable. The main feature of these models is that they are caused by the same phenomenon of typology dispersion and blurring as the new technological advances have allowed higher independency shares at work. Maybe the British model seems a little bit more distant from the others, since at the end of the day it mainly covers atypical jobs which in the other countries are placed within the Labour Law, although this is rather difficult. The British option for atypical works seems to have emerged from a terminological misunderstanding and from some theories, which are debated over by the best British specialists but that are at their height. The theories are *mutuality*, in the sense of engagement projection in the future, and *continuity in the service* as determinant of the worker's classification. The theories linked to an ambiguous enough distinction between work contract, which is usually called *contract of service* -in singular-, and hiring services called *contract for services* -in plural- make a worker who is doing a chain of successive tasks or even a small sporadic job to be considered self-employed.

³⁴⁶ European Court of Justice, sentence *Nolte* of December 14th 1995, C-317/93. Vid. SCHMIDT M., "Part-time work in Germany", in CARUSO B. and FUCHS M. (eds.), *Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy*, Nomos and Giuffrè, Baden-Baden 2004, p. 95.

³⁴⁷ European Court of Justice, sentences *Levin* of March 23rd 1982, C-53/81, and *Kempf* of June 3rd 1986, C-139/85. Vide ARRIGO G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea. Vol. I*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 240-244.

³⁴⁸ European Court of Justice, sentence *Bernini* of February 26th 1992, C-3/90.

La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*

Luisa Corazza

1. Il cammino delle regole del decentramento produttivo: l'impresa "smaterializzata" 122
2. *Segue*: la legalizzazione della fornitura di manodopera e l'imporsi del fenomeno delle esternalizzazioni. 123
3. Siamo di fronte ad una nuova nozione di appalto? Rivoluzioni e conservazioni della nuova disciplina. 125
4. La svolta rimediale della riforma del 2003: dalla ricerca del "vero" datore di lavoro alla condivisione delle responsabilità datoriali. 129
5. L'intervento delle Sezioni Unite del 2006: una battuta di arresto per la prospettiva delle responsabilità congiunte? 131
6. L'impatto sistematico della nuova disciplina dell'appalto: verso un diverso concetto di datore di lavoro. 133

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 93/2009

1. Il cammino delle regole del decentramento produttivo: l'impresa "smaterializzata"³⁴⁹

Nel tentativo di inseguire le vortuose trasformazioni del tessuto produttivo, l'ordinamento giuridico appare scosso da veri e propri movimenti tellurici. Nell'ultimo venti anni, infatti, la disciplina del decentramento della produzione è stata teatro di incisive riforme che hanno riscritto l'apparato di regole applicabili all'utilizzo del lavoro nelle ipotesi di segmentazione delle attività imprenditoriali.

Le prime scosse sismiche si sono registrate all'inizio degli anni '90 ad opera del formante giurisprudenziale. È del 19 ottobre 1990 la sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno ridisegnato i confini dell'appalto di mano d'opera, riconoscendo l'equivalenza di beni materiali e immateriali ai fini della sussistenza della presunzione di cui all'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960³⁵⁰. Con questa importante pronuncia la Cassazione prende atto della diversa strutturazione degli appalti alla luce delle novità introdotte dalla terziarizzazione dell'economia, nonché della possibilità che il valore aggiunto apportato dall'appaltatore sia costituito anche solo dal *know how* d'impresa, a prescindere dalla quantità di beni materiali (capitali, macchine, attrezzature) messi in campo per l'esecuzione dell'opera o del servizio³⁵¹.

Sancita, così, la rilevanza patrimoniale dei capitali immateriali di un'impresa, l'applicazione del divieto di interposizione ha seguito, nel settore dei servizi di nuova generazione, schemi interpretativi differenti da quelli che avevano guidato, nei trent'anni addietro, le operazioni di decentramento produttivo.

A partire dall'inizio degli anni novanta, infatti, la giurisprudenza inizia ad attribuire rilievo al mutato contesto economico, assai trasformato rispetto a quello che aveva fatto da sfondo alla riforma del 1960, ed inizia, di conseguenza, una progressiva opera di aggiornamento del dato normativo. Le norme sul decentramento produttivo vengono applicate utilizzando interpretazioni differenziate e modulate sulle caratteristiche del settore produttivo di riferimento³⁵²: come i beni immateriali entrano a pieno titolo a comporre il complesso di capitali utilizzati dall'impresa nell'esecuzione dell'appalto, così nei settori del terziario dove l'appalto si presenta ad alta intensità di lavoro, i confini dell'appalto genuino vengono riformulati, tanto che l'organizzazione di mezzi che si richiede all'appaltatore finisce per identificarsi con una mera organizzazione del lavoro³⁵³.

Con queste operazioni di *maquillage*, la giurisprudenza dello scorso decennio ha sostanzialmente

³⁴⁹ Il testo prende spunto dall'intervento svolto al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007, di cui costituisce una rielaborazione aggiornata; è in corso di pubblicazione su "Università degli Studi del Molise, Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione, Annali 10/2008", Arti Grafiche La Regione, Campobasso, 2009.

³⁵⁰ Cfr. Cass. SS. UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro it.*, 1992, I, 524, con nota di F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante "obiter dictum" della Cassazione sul ruolo del "know-how" d'impresa*.

³⁵¹ In senso critico sull'allargamento del concetto di know how d'impresa cfr. M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 100 ss.; ha incentrato, invece, proprio sul concetto di know how d'impresa la proposta di riformulare i confini tra interposizione e appalto P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 4-5 giugno 1999, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 251 ss.

³⁵² Non è mancato, infatti, chi ha parlato di una vera e propria "chiusura d'occhi selettiva" da parte della giurisprudenza, cfr. P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 506 ss.

³⁵³ Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto si rinvia a M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, p. 86 ss.

riscritto i confini dell'appalto lecito ai sensi della l. n. 1369/1960 ed ha così definito i connotati essenziali della nozione di appalto, o meglio, della linea di distinzione tra l'appalto e l'interposizione nelle prestazioni di lavoro³⁵⁴. Alla luce di queste interpretazioni, la nozione di appalto "lecito" poteva essere riassunta negli elementi distintivi che seguono: 1) l'appaltatore genuino era colui che, per l'esecuzione dell'opera o del servizio dedotti nel contratto, impiegava una propria organizzazione di mezzi e assumeva il rischio d'impresa; 2) in alcuni settori dove l'appalto si connotava per un'alta intensità di lavoro (contrapposta a una bassa intensità organizzativa), il requisito dell'organizzazione di mezzi poteva essere valutato anche solo alla luce dell'organizzazione del lavoro impiegata dall'appaltatore, vale a dire che si riteneva sussistente il requisito organizzativo anche laddove l'appaltatore si limitava ad esercitare i poteri direttivi ed organizzativi, a prescindere dai mezzi materiali impiegati nell'appalto; 3) per delimitare l'operatività della presunzione di cui al comma 3 dell'art. 1, l. n. 1369/1960, era possibile valutare anche l'impiego, da parte dell'appaltatore, dei soli beni immateriali, in grado da soli di escludere l'operatività del meccanismo presuntivo.

Al di fuori di queste regole, l'impiego di lavoratori in un appalto, o in un altro tipo di contratto, si qualificava come fornitura di mere prestazioni di lavoro, ed era soggetto alla sanzione civilistica dell'imputazione del rapporto in capo al soggetto che effettivamente risultasse avere utilizzato le prestazioni lavorative (art. 1, comma 5, l. n. 1369/1960).

2. *Segue: la legalizzazione della fornitura di manodopera e l'imporsi del fenomeno delle esternalizzazioni.*

Un siffatto assetto di regole non è stato scalfito neppure dalla prima significativa deroga che il legislatore ha apposto al divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, vale a dire la legittimazione della fornitura di lavoro temporaneo introdotta con la l. n. 196/1997.

Questa legge ha autorizzato, entro determinati limiti e nel rispetto di regole rigidamente individuate dal legislatore, il ricorso all'utilizzazione indiretta di prestazioni lavorative, ma solo per far fronte ad esigenze temporanee dell'impresa. Non viene invero messo in discussione il carattere di regola generale del divieto di interposizione nelle prestazioni lavorative.

Al contrario, la regola generale può dirsi riconfermata. E ciò non solo per il fatto che, nel disegno tracciato dal legislatore del 1997, la sanzione dell'imputazione del rapporto all'utilizzatore della prestazione di lavoro rientra in gioco ogni qualvolta si ricorra alla fornitura di lavoro fuori dalle regole individuate dalla legge, ma anche perché l'elemento della temporaneità assurge a cartina di tornasole del legittimo impiego della fornitura di lavoro: è solo l'esigenza temporanea che giustifica la deroga alla regola che vieta la fornitura di mere prestazioni di lavoro. Inoltre, la valenza

³⁵⁴ In proposito non si condivide la prospettiva di chi individua una differenza di natura quasi "ontologica" tra appalto e somministrazione. Cfr. in questo senso M. T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere e obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. Dir. Lav.*, p. 1031, secondo la quale l'appalto avrebbe ad oggetto un *fare*, mentre la somministrazione avrebbe ad oggetto un *dare*. Dalle vicende normative che hanno attraversato la linea distintiva tra appalto e interposizione sembra trarsi, al contrario, l'indicazione dell'inesistenza di una distinzione sul piano ontologico, a favore di un'oscillazione del *discrimen* che divide l'appalto dalla somministrazione a seconda degli obiettivi di tutela del lavoro perseguiti dall'ordinamento.

del principio che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro può desumersi anche dall'assenza di ogni variazione – ad opera della l. n. 196/1997 – nella nozione di appalto: la linea di demarcazione dell'appalto lecito resta ancorata ai principi di matrice giurisprudenziale enunciati nel precedente paragrafo³⁵⁵.

Si può convenire, pertanto, con chi ha affermato che, proprio nel momento in cui l'ordinamento ha legittimato una forma di utilizzazione indiretta del lavoro, la vigenza della regola generale secondo la quale datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale devono coincidere è sembrata addirittura confermata³⁵⁶.

Negli anni successivi, tuttavia, le nuove forme del decentramento produttivo sono entrate prepotentemente nelle aule di giustizia e hanno posto le Corti italiane di fronte a nuove questioni interpretative.

Risalgono alla fine degli anni '90, infatti, alcune controverse vicende giudiziarie riguardanti massicce operazioni di decentramento produttivo ad opera di grandi aziende italiane. In questi casi, accanto al problema della legittimità degli appalti, i giudici hanno dovuto affrontare la questione di quali fossero gli strumenti normativi più idonei a disciplinare il momento della trasformazione dell'assetto organizzativo dell'impresa: la disciplina dell'appalto e quella del trasferimento d'azienda si sono mostrate come due lati della stessa medaglia, correlate alla fase statica e a quella dinamica delle operazioni di decentramento delle attività imprenditoriali³⁵⁷.

Al fervore del dibattito giurisprudenziale si è aggiunto l'intervento del legislatore che ha provveduto, con il d. lgs. n. 18 del 2001 che interviene sull'art. 2112 c.c.³⁵⁸, a definire il concetto di trasferimento d'azienda e, con il d. lgs. n. 276/2003, a cristallizzare, nell'ambito di una più profonda riforma del decentramento produttivo, la linea di demarcazione tra appalto e somministrazione di lavoro³⁵⁹.

L'art. 29, primo comma, del d. lgs. n. 276/2003 propone, infatti, una "nuova" nozione di appalto, alla luce della quale il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per la

³⁵⁵ Per la ricostruzione del dibattito circa la portata della deroga al divieto di interposizione dalla disciplina del lavoro temporaneo si rinvia a M. T. CARINCI, *la fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 32 ss. Si ricorda, tra chi ha prospettato, ad opera della riforma introdotta con il "pacchetto Treu", uno scardinamento dei principi posti dalla legge del '60, soprattutto la posizione di A. MARESCA, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997, p. 180 ss.

³⁵⁶ Secondo ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, cit., p. 506 ss., la riforma del 1997 avrebbe addirittura rafforzato l'operatività del divieto di interposizione.

³⁵⁷ Si v., tra le tante, le vicende giudiziarie dei gruppi Ansaldo (Pret. Milano 16 settembre 1998 e Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 417 ss.; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105 in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 149 ss.) e Alcatel (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 e Cass. 23 luglio 2002, n. 10701, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 532 ss.) su cui v. per due letture contrapposte F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 s.; e S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 392.

³⁵⁸ Su cui v. tra i tanti R. ROMEI, *Impresa, azienda, trasferimento*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2003, p. 49 ss.; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 596; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 612; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 2002, p. 95 ss.

³⁵⁹ Cfr. P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 261 ss.

“organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché dall'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”³⁶⁰.

Sul piano del formante legislativo, si può dire che le riforme del nuovo secolo hanno stravolto i meccanismi normativi che regolavano il decentramento assai più di quanto non avessero fatto gli interventi normativi precedenti. E ciò non tanto perché la riforma del mercato del lavoro del 2003 ha proceduto ad abrogare la legge n. 1369/1960, quanto, piuttosto, per la completa riscrittura della disciplina della somministrazione di lavoro - che nel 2003 viene autorizzata anche nella formula a tempo indeterminato - e per la profonda modifica che ha interessato l'apparato sanzionatorio.

La recente odissea normativa del decentramento produttivo non è tuttavia ancora terminata, visto che nel biennio 2006-2008 il legislatore è nuovamente intervenuto apportando modifiche di non poco rilievo, sia rispetto alla disciplina degli appalti, sia quanto alla disciplina della somministrazione di lavoro, spingendosi fino all'abolizione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato³⁶¹.

Considerati i sommovimenti che ancora investono la materia e considerato, soprattutto, il cammino che ha condotto all'attuale assetto normativo, è opportuno chiedersi se la definizione di appalto introdotta dal d. lgs. n. 276/2003 costituisca un'effettiva novità: esiste una nuova nozione di appalto, o siamo di fronte, più semplicemente, alla cristallizzazione di principi già introdotti nell'ordinamento da formanti diversi da quello legislativo?

3. Siamo di fronte ad una nuova nozione di appalto? Rivoluzioni e conservazioni della nuova disciplina.

La risposta al quesito se esista, a seguito della riforma introdotta nel 2003, una nuova nozione di appalto, risulta inevitabilmente connessa alla questione della portata del cambiamento prodotto dalle recenti riforme.

In proposito, sembra esservi un generale consenso presso la dottrina per un ridimensionamento dell'impatto innovativo della definizione di appalto contenuta nell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, che sarebbe il segno, secondo i più, di un mero adeguamento del legislatore al diritto vivente³⁶². Infatti, gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza a partire dall'inizio degli anni '90 e tratteggiati nel precedente paragrafo contenevano già gli elementi di sintesi della nozione di appalto codificata all'art. 29: la giurisprudenza aveva riformulato i confini dell'appalto lecito in senso “leggero”, ovvero riducendo la portata della presunzione contenuta nell'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960, ora definitivamente abrogata; nell'ambito di alcuni settori, dove l'appalto si caratterizza per l'alta intensità di lavoro (c.d. appalti *labour intensive*), i giudici avevano riconosciuto la possibilità di

³⁶⁰ Su cui v. tra i tanti F. SCARPELLI, *Art. 29. Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 438 ss.

³⁶¹ Per un esauriente riepilogo delle riforme più recenti cfr. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2007, p. 507 ss; D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 439 ss.

³⁶² V. per tutti O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 225 ss.

ridurre l'impatto dei beni materiali componenti il capitale organizzativo dell'impresa, e di valorizzare l'organizzazione "leggera" data anche solo dall'esercizio, da parte dell'appaltatore, dei poteri direttivi ed organizzativi; con questi due correttivi, la giurisprudenza aveva identificato l'appalto genuino in quell'appalto che, ai sensi dell'art. 1655 c.c., fosse eseguito con impiego di mezzi organizzativi da parte dell'appaltatore e con l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio d'impresa.

Si deve, perciò escludere, che con l'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 il legislatore abbia introdotto una *definizione* di appalto di nuovo conio.

Ma la vera questione è quella – connessa in via speculare al quesito circa la portata innovativa della recente definizione di appalto – che attiene alla sopravvivenza o meno nel nostro ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro

Sul punto, invece, la dottrina è divisa. Da un lato vi è chi attribuisce alla riforma la forza di un cambiamento radicale, per cui l'apparato sanzionatorio introdotto con la riforma del 2003 avrebbe ridisegnato i tratti distintivi della disciplina del decentramento produttivo, ridimensionando anche la portata del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, che non assurgerebbe più, nel nuovo assetto normativo, al rango di principio generale.

Questa impostazione è stata sostenuta, in un caso, sottolineando la diversità dell'apparato sanzionatorio, che non è più, almeno dopo le modifiche introdotte al d. lgs. n. 276/2003 dal decreto correttivo (d. lgs. n. 251/2004) ancorato ad un generale divieto di interposizione, ma appare frammentato in tanti diversi apparati sanzionatori quante sono le forme di decentramento produttivo illegittime (la somministrazione irregolare, sanzionata all'art. 27 comma 1, d. lgs. n. 276/2003; l'appalto illecito, sanzionato all'art. 29, comma 3 bis, d. lgs. n. 276/2003; il comando illegittimo, sanzionato all'art. 30, d. lgs. n. 276/2003). La frammentazione delle sanzioni per le diverse figure illecite escluderebbe la permanenza nell'ordinamento di un divieto generale di interposizione nelle prestazioni di lavoro³⁶³.

Secondo altri è in base ad un ragionamento sistematico che deve escludersi la sopravvivenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro. La nuova disciplina ha infatti modificato il rapporto tra appalto e divieto di interposizione mediante una serie di interventi capaci di scardinare il contesto normativo: è stata abrogata la legge 1369 del 1960; è stata disciplinata la somministrazione a tempo indeterminato (recidendo il nesso tra contratto di lavoro e utilizzazione delle prestazioni); è stata, poi, disciplinata la figura del distacco ed è stata, infine, introdotta una nuova disciplina per l'appalto. Nel nuovo contesto normativo non avrebbe senso, secondo questa impostazione, affermare la permanenza in vita del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro³⁶⁴.

³⁶³ Cfr. A. MARESCA, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

³⁶⁴ Cfr. R. Romei, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2006, p. 403 ss.; R. ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 726 ss.

A questa lettura si contrappone chi afferma la sopravvivenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, nonostante la riforma del mercato del lavoro abbia abrogato la legge n. 1369 del 1960³⁶⁵.

Nell'ambito di questa corrente di pensiero, che è finora apparsa dominante presso la dottrina, si possono ricordare due diverse impostazioni.

Secondo una prima tesi, il d. lgs. n. 276/2003 ha dato, sì, luogo ad una riforma radicale degli assetti della materia, ma, contestualmente, ha proposto per la nuova disciplina un apparato sanzionatorio i cui effetti sostanziali riconducono al sistema precedente³⁶⁶. Di conseguenza, non può negarsi la permanenza di un principio che vieta l'utilizzazione indiretta del lavoro.

Vi è invece chi ridimensiona l'impatto della riforma del 2003 ricollegandosi alla teoria della subordinazione³⁶⁷. Partendo dall'elaborazione teorica del divieto di interposizione proposta da Oronzo Mazzotta³⁶⁸, che ha costituito uno dei capisaldi dell'apparato interpretativo della legge n. 1369 del 1960, si riafferma l'autosufficienza dell'art. 2094 c.c. nel governare anche le ipotesi di appalto illecito. Sarebbe, in sintesi, la stessa nozione di subordinazione a precludere l'abrogazione del divieto di interposizione.

Da queste ultime considerazioni si può partire per valutare l'impatto della riforma e rispondere al quesito della portata sistematica della nuova nozione di appalto.

A ben vedere, l'art. 2094 c.c. non pare incompatibile con l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore di un terzo. I principi della subordinazione sono funzionali all'inquadramento del rapporto di lavoro nell'area della subordinazione o dell'autonomia, ma non attengono alla determinazione dei criteri necessari all'imputazione del rapporto a un datore di lavoro o ad un altro, che sono regolati, ora, dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 ed erano regolati, prima, dall'art. 1, l. n. 1369/1960³⁶⁹. Se, infatti, l'art. 2094 c.c. costituisse lo schema di valutazione delle situazioni in cui la titolarità del contratto di lavoro si dissocia dall'effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative, allora la somministrazione di lavoro si collocherebbe fuori dall'area della subordinazione. Ma

³⁶⁵ È questa l'opinione che fin dai primi commenti della riforma è prevalsa in dottrina. Cfr. tra i tanti M. T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, vol. II "Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda" a cura di M. T. Carinci, C. Cester, Milano, 2004, p. 13 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in *Come cambia il mercato del lavoro*, AA. VV., *Commentario al d. lgs. n. 276/2003*, Milano, 2004, p. 162 ss.; P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 261 ss. il quale osserva, tuttavia, la rottura sul piano teorico della nuova regola, F. SCARPELLI, *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 409 ss.

³⁶⁶ V. F. SCARPELLI, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche F. SCARPELLI, *Articoli 27-28. Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 152.

³⁶⁷ Cfr. R. DEL PUNTA, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche R. DEL PUNTA, *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 1953 ss.

³⁶⁸ Cfr. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 91 ss.; e, di recente, O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti di interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 265 ss.

³⁶⁹ Sul punto v. anche efficacemente P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125 ss.

non sembra si possa negare natura subordinata al contratto di lavoro disciplinato agli artt. 20 e ss. D. lgs. n. 276/2003 (peraltro confermata dallo stesso decreto n. 276 all'art. 22)³⁷⁰.

Del resto, neppure le sentenze della Corte costituzionale dei primi anni '90³⁷¹, da cui alcuni hanno ritenuto di dedurre un principio costituzionale che nega la disponibilità del tipo lavoro subordinato, sembrano fornire indicazioni preclusive circa la compatibilità con principi costituzionali in materia di lavoro subordinato di una prestazione di lavoro basata sulla dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione³⁷². L'art. 2094 c.c. non assurge al rango di norma costituzionale, né vi sono indicazioni nella Carta costituzionale circa il modello di lavoro subordinato cui il legislatore sarebbe chiamato ad ispirarsi³⁷³.

Al contrario, la moltiplicazione delle forme di lavoro ad opera del legislatore dell'ultimo decennio ha prodotto il risultato di stemperare la centralità dell'art. 2094 c.c., che delinea, oggi, soltanto una delle modalità di utilizzazione del lavoro: a partire dal 1997, ma ancora più dopo il 2003 è possibile per un'impresa procurarsi la forza lavoro non solo attraverso un contratto di lavoro ma anche mediante un contratto di somministrazione³⁷⁴. Ciò significa che l'art. 2094 c.c. è una delle alternative per procurarsi il lavoro, ma non l'unica³⁷⁵.

Ed è proprio sotto questo profilo che la riforma del 2003 sembra aver scardinato alcuni capisaldi della disciplina del decentramento produttivo. E ciò non tanto a seguito della formale abrogazione della legge del '60 (è stato infatti correttamente messo in luce come il nuovo apparato sanzionatorio conduce a risultati nella sostanza identici a quelli cui si giungeva in base al sistema precedente), quanto piuttosto, a seguito dell'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato, che autorizzava la stipulazione di un contratto di lavoro da utilizzarsi stabilmente nell'organizzazione di chi non era titolare del contratto.

Oggi, però, la legge 247/2007 ha nuovamente dichiarato l'illegittimità della somministrazione a tempo indeterminato (art. 1, comma 46, l. 24 dicembre 2007, n. 247). L'ordinamento è, dunque, tornato ad un assetto regolativo simile a quello precedente alla riforma del 2003, dove l'operatività del divieto di fornitura di manodopera oltre i casi autorizzati dalla legge non poteva essere revocato in dubbio.

³⁷⁰ In proposito V. SPEZIALE, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del lgs. n. 276/2003*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gagnoli, A. Perulli, Cedam, Padova, 2004, p. 287, secondo il quale la somministrazione di lavoro costituisce un nuovo tipo legale, in cui la natura subordinata o meno del rapporto di lavoro tra lavoratore e agenzia deve essere risolta in base all'art. 2094 c.c.

³⁷¹ Cfr. Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 ss; Corte Cost. 23-31 marzo 1994, n. 115, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 297 ss.

³⁷² Cfr. in questo senso, Cfr. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, relazione al convegno AIDLASS "Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro", (Salerno, 22-23 maggio 1998), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 547 ss.

³⁷³ Su questo dibattito cfr. soprattutto L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 21 ss.; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 63 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 95 ss.

³⁷⁴ In questo senso anche A. MARESCA, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Milano, Università Bocconi, 15 ottobre 2007.

³⁷⁵ Per una sintesi sul dibattito sull'articolazione della fattispecie lavoro subordinato cfr. di recente V. SPEZIALE, *L'articolazione della fattispecie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, Tomo II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento* (coordinato da A. Perulli), p. 115 ss.

4. La svolta rimediabile della riforma del 2003: dalla ricerca del “vero” datore di lavoro alla condivisione delle responsabilità datoriali.

Di fronte ad una fattispecie di somministrazione che appare ancora percossa da scosse di assestamento non sembra possibile pervenire a valutazioni stabili sulla permanenza nell'ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro. È preferibile, allora, valutare la portata della nuova nozione di appalto sul piano delle tecniche di tutela messe in campo dal legislatore.

Il quadro di riferimento delle tecniche di tutela in vigore prima della riforma del 2003 era incentrato sulla connessione tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva. Infatti, il cuore dell'apparato rimediabile della legge del 1960 era costituito dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'art. 1, e consisteva nella saldatura del rapporto di lavoro all'organizzazione dei mezzi produttivi. Il lavoratore veniva tutelato dai rischi insiti nelle operazioni di decentramento produttivo grazie al principio che identificava il datore di lavoro in chi presentava la maggiore affidabilità economica: colui che, secondo i modelli produttivi dell'epoca, aveva la proprietà dei mezzi di produzione³⁷⁶.

Infatti, nel sistema economico che faceva da sfondo alla legislazione del '60, la capacità produttiva di un'impresa era garantita dagli strumenti e dalle attrezzature di cui l'imprenditore era dotato: di conseguenza, erano questi i dati che consentivano di apprezzare la soglia di imprenditorialità dell'interposto.

Ampie e complesse sono le ragioni che hanno determinato il declino di effettività di questo sistema rimediabile, la cui trasformazione è stata sancita dall'evoluzione giurisprudenziale, prima, e, poi, dall'intervento del legislatore. Il concetto di organizzazione determinante la soglia di imprenditorialità dell'interposto è stato progressivamente riformulato e “alleggerito” del riferimento ai capitali materiali. Contestualmente, il meccanismo presuntivo che valorizzava la proprietà dei capitali, delle macchine e delle attrezzature impiegate nell'appalto è stato svuotato di contenuto, inizialmente con l'intervento delle Sezioni Unite del '90, poi con il d. lgs. n. 276/2003, che non ha riprodotto, tra i principi della legge abrogata, questa presunzione.

Ma il legislatore del 2003 non si è limitato a riformulare le precedenti tecniche di tutela in chiave “leggera”, valorizzando, cioè, gli aspetti immateriali del capitale dell'impresa. La riforma del 2003 ha anche messo in campo un nuovo sistema di rimedi, incentrato non più sulla saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva, quanto piuttosto sull'affiancamento di entrambi gli imprenditori coinvolti nel decentramento rispetto ad obblighi e responsabilità del datore di lavoro. Da un modello di tutela “accentrato” sull'impresa che risultava essere la *vera* datrice di lavoro si è passati ad un modello di tutela basato sulle responsabilità congiunte di più imprese.

Il d. lgs. n. 276/2003 ha incentrato le tutele del lavoratore negli appalti sulla tecnica della responsabilità solidale, prevista in capo ad appaltatore e committente per i trattamenti retributivi e contributivi (art. 29, 2° comma d. lgs. n. 276/2003, che nella formulazione originaria limitava la tutela

³⁷⁶ Sul punto sia consentito rinviare a L. CORAZZA, “Contractual integration” e rapporti di lavoro, Padova, 2004, p. 51 ss.

nel tempo ad un anno dalla cessazione dell'appalto, limite che è stato esteso a due anni dalla legge finanziaria per il 2007, l. 27 dicembre 2007, n. 296, art. 1, comma 911).

Rispetto all'apparato rimediabile contenuto nell'art. 3 l. n. 1369/1960, che, com'è noto, prevedeva, per gli appalti da eseguirsi all'interno delle aziende la regola della responsabilità solidale affiancata dalla parità di trattamento³⁷⁷, l'opzione del legislatore del 2003 risulta più ristretta quanto al contenuto delle tutele, più ampia quanto al campo di applicazione delle stesse. Non è più previsto, per gli appalti, alcun obbligo di parificazione dei trattamenti tra dipendenti dell'appaltatore e del committente, il che significa che l'appaltatore può applicare il contratto collettivo del proprio settore economico, senza confrontarsi con la contrattazione collettiva applicabile all'impresa committente. Ma la nuova disciplina si differenzia dalla precedente anche per il contenuto dell'obbligazione solidale: mentre ai sensi dell'art. 3 l. n. 1369/1960, l'obbligazione solidale si estendeva anche al trattamento normativo, nella disciplina introdotta all'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, l'obbligazione solidale si limita ai trattamenti retributivi e contributivi³⁷⁸. Ciò non significa, tuttavia, che la tutela accordata dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 si riduca ad una semplice azione diretta, che, peraltro, nei limiti dell'ammontare del debito del committente, è già prevista in via generale dall'art. 1676 c.c. In proposito, si può anche ricordare che sulla prima versione dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003 è intervenuto il decreto legislativo correttivo n. 251/2004, eliminando alcune incongruenze del sistema, come la distinzione tra appalti di opere e di servizi, e la limitazione della responsabilità solidale al solo ambito dell'azione diretta ex art. 1676 c.c. nei casi di contratto di appalto preceduto da un trasferimento di ramo d'azienda.

Ma il cambiamento più significativo riguarda i destinatari della tutela. Dopo l'intervento del decreto correttivo del 2004, il campo di applicazione dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, si estende a tutti gli appalti, di opere o servizi, senza distinzione circa il carattere di introaziendalità dell'appalto.

La regola della responsabilità solidale diviene dunque il paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo.

La generalizzazione del modello basato sulla responsabilità solidale appare, poi, ulteriormente confermata dalle più recenti riforme sul punto, intervenute negli anni 2006 e 2007.

Sotto un primo profilo, il regime delle responsabilità solidali che circondano l'appalto è stato rafforzato mediante l'intervento sulla norma che sancisce la solidarietà per i crediti retributivi e contributivi: con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 la responsabilità solidale è stata estesa all'effettuazione e al versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, anche per le ipotesi di subappalto. La legge 27 dicembre 2007, n. 296, invece, oltre ad avere esteso, come si è detto, a due anni il limite temporale della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, ha eliminato la possibilità di derogarvi tramite la contrattazione collettiva ed ha equiparato del tutto l'appalto al subappalto.

Sotto un secondo profilo, l'ambito delle responsabilità congiunte dei due imprenditori coinvolti negli appalti è stato notevolmente rafforzato sul versante della sicurezza sul lavoro. In proposito,

³⁷⁷ Su cui cfr. per tutti L. GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 121 ss.

³⁷⁸ Cfr. F. SCARPELLI, *Art. 29. Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, a cura di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Padova, 2004, p. 438.

si è finalmente preso atto della necessità di modificare le tutele prevenzionistiche, spostando il sistema normativo da una prospettiva strettamente sanzionatoria - repressiva ad una prospettiva "incentivante". La legge n. 296/2006 e la legge n. 3 agosto 2007, n. 123 hanno infatti ampliato gli obblighi di prevenzione del committente che all'interno della propria azienda abbia affidato lavori in appalto, coinvolgendo quest'ultimo nel sistema di responsabilità, secondo lo schema che oggi è riassunto dall'art. 26 d. lgs. n. 81/2008 (il c.d. Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro)³⁷⁹.

Anche se, successivamente, il d. l. 3 giugno 2008, n. 97 ha introdotto alcune abrogazioni e semplificazioni, l'assetto delle tecniche di tutela che circondano il "nuovo" appalto appare radicalmente cambiato: sono diversi gli strumenti predisposti dal legislatore di fronte al rischio che all'appalto consegua una situazione di sottotutela dei lavoratori coinvolti.

Nel "vecchio" apparato rimediabile, la garanzia per il lavoratore avverso questo tipo di rischio era rappresentata dal meccanismo che consentiva di "ricucire" il rapporto di lavoro con quell'imprenditore che appariva dotato della maggiore consistenza economica, perché era in possesso dei mezzi di produzione necessari alla realizzazione dell'attività economica (industriale). Il "nuovo" sistema incentra invece il proprio potenziale di efficacia sulla sanzione indiretta della responsabilità solidale: il vincolo di solidarietà condurrà l'impresa a scegliere, nella ricerca dei soggetti cui affidare i lavori in appalto, interlocutori economicamente affidabili. È verosimile, infatti, che il committente responsabile in solido cerchi partners contrattuali dotati di una certa solidità e che offrono sufficienti garanzie rispetto all'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi a loro carico³⁸⁰.

La tecnica di tutela messa in campo dal legislatore sembra, dunque, operare sul piano degli incentivi: essa non preclude ex ante una data situazione di fatto, ma agisce ex post ed orienta così le scelte imprenditoriali³⁸¹.

5. L'intervento delle Sezioni Unite del 2006: una battuta di arresto per la prospettiva delle responsabilità congiunte?

È a fronte di un cambiamento di tale portata dell'assetto normativo che deve essere collocato – e ridimensionato – il recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema della distribuzione delle responsabilità tra committente e interposto in caso di violazione dell'art. 1, l. n. 1369/1960³⁸².

La Corte di Cassazione ha di recente risolto la questione delle responsabilità che, in caso di appalto

³⁷⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *La legge delega sul Testo Unico sulla sicurezza del lavoro e le altre disposizioni in materia*, in A. Perulli, (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla legge finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley editrice, 2007, p. 175 ss. P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, p. 890 ss.; V. PASQUARELLA, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Riv. gir. Lav.*, 2007, supplemento al n. 2, p. 87 ss.

³⁸⁰ Per maggiori approfondimenti su questa prospettiva si rinvia a CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, cit., p. 217 ss.; sul punto v. anche R. DEL PUNTA, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p.; V. SPEZIALE, *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, p. 3 ss.

³⁸¹ Cfr. O. WILLIAMSON, *I meccanismi del governo*, Milano, 1995.

³⁸² Cfr. Cass. SS.UU. 26 ottobre, 2006, n. 22910, in *ADL*, 2007, p. 1011, con nota di M.T. Carinci.

di mera manodopera, gravano sull'interposto. La legge n. 1369/1960 nulla diceva, invero, sul coinvolgimento dell'interposto nelle responsabilità datoriali, che venivano, dall'art. 1, comma 5, espressamente poste a carico del committente. Orbene, con questo intervento a Sezioni Unite, la Corte scioglie ogni dubbio sulla permanenza di eventuali obblighi a carico dell'appaltatore-interposto, che risulta, a questo punto, liberato da ogni eventuale responsabilità concorrente³⁸³.

Il ragionamento della Cassazione si basa, oltre che sul tenore letterale della norma – che nulla dice rispetto al coinvolgimento dell'interposto negli obblighi datoriali – su considerazioni di carattere sistematico. Si afferma, in primo luogo, che con la sanzione prevista al comma 5 dell'art. 1, l. n. 1369/1960 il legislatore ha voluto dar seguito a quella corrente di pensiero che svaluta il ruolo del contratto individuale di lavoro – o meglio del documento contrattuale – a favore di ciò che si è effettivamente prodotto nella realtà, l'effettiva utilizzazione della prestazione da parte del committente. A ciò consegue l'attribuzione di tutti gli obblighi e responsabilità a carico del datore di lavoro.

A questo principio fa da corollario l'oggettività del divieto di interposizione, che opera a prescindere da qualsiasi indagine sull'intento fraudolento delle parti, nonchè la permanenza nel tempo del divieto, a prescindere dal momento in cui si verifica dell'effettiva utilizzazione (la sanzione prevista per l'interposizione scatta, infatti, anche se il divieto risulta violato in un momento successivo all'instaurarsi, ad esempio, di un'ipotesi di distacco).

Con diversi argomenti, poi, la Cassazione rigetta ogni ragione addotta in precedenza da giurisprudenza e dottrina per affermare una responsabilità solidale tra interponente e interposto. E riafferma la regola per cui il datore di lavoro è, ed è solo, colui che utilizza le prestazioni impiegando una propria organizzazione di mezzi nell'appalto ed assumendosi per far ciò il rischio economico d'impresa.

Quale significato deve attribuirsi a tale decisione ai fini del nostro quesito? Il principio affermato dalla Corte concorre a determinare la nuova nozione di appalto?

Anzitutto, è bene chiarire che il ragionamento delle Sezioni Unite si dipana sulla matassa del complesso normativo forgiato dalla l. n. 1369/1960. Sono, infatti, le prestazioni di lavoro cui si riferiscono i primi tre commi dell'art. 1, l. n. 1369/1960 ad essere oggetto del giudizio di Cassazione. Ciò non significa che i principi di diritto affermati nella sentenza non debbano valere anche per disciplinare le situazioni di appalto illecito o somministrazione irregolare oggi disciplinati dal d. lgs. n. 1369/1960 – rispetto alle quali, peraltro, il problema non dovrebbe porsi in virtù dell'art. 27, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 -, irrilevanza che viene espressamente esclusa dalla Cassazione stessa. Ma la genesi del percorso argomentativo della Corte deve mettere in guardia dall'utilizzare l'intervento nomofilattico compiuto con la sentenza n. 22910/2006 quale chiave di lettura dell'intero apparato rimediale del decentramento produttivo o quale regola generale di un presunto ordinamento giuslavoristico³⁸⁴.

³⁸³ La dottrina maggioritaria negava la permanenza di una responsabilità in capo all'interposto, v. per tutti M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 148 ss. Merita segnalazione quella dottrina che ha ritenuto configurabile una responsabilità extracontrattuale del committente per lesione del credito, cfr. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 355 ss.; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti lavoro*, Milano, 1995, p. 108 ss.

³⁸⁴ In questo senso cfr. M. T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro*, cit., p. 1019 ss.

La sentenza della Cassazione non fa altro che chiarire il meccanismo fondante della tecnica di tutela su cui si era incentrato l'intero apparato rimediabile della l. n. 1369/1960: la saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva. Tale tecnica, la cui prospettiva teleologica è stata illustrata nelle pagine che precedono, ruotava tutta attorno all'accentramento di obblighi e responsabilità in capo al vero datore di lavoro. Era, e resta, a parere della Corte, irrilevante, in un tale meccanismo, coinvolgere l'interposto nel sistema di distribuzione delle responsabilità: in un contesto di decentramento patologico, dall'interposto non ci aspettava – e non ci si aspetta – alcun surplus di garanzia.

Ora, è vero che, come afferma espressamente la Cassazione in questa sentenza, una tale tecnica di tutela resta pienamente in vigore a sanzione delle ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare. Tuttavia, questa tecnica non assume più il ruolo centrale che aveva nell'apparato normativo del 1960. E ciò non solo perché il legislatore del 2003 ha regolato l'impiego del lavoro in appalto non più con il vecchio art. 3, l. n. 1369/1960 – che era risultato, in pratica, inapplicabile –, ma con il più snello e chiaro principio di responsabilità solidale previsto dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 e di recente ulteriormente rafforzato. Ma, soprattutto perché, alla luce della nuova definizione dell'appalto, e della riformulazione dei confini tra appalto e interposizione, il concetto di organizzazione da impiegare nel contratto, e qualificante, in sintesi, la genuinità dell'imprenditore interposto, risulta totalmente alleggerito da ogni riferimento ai beni materiale. Da un tale alleggerimento deriverà, perciò, la qualificazione nell'ambito degli appalti genuini di molte fattispecie concrete in cui l'appaltatore avrà impiegato, per l'esecuzione dell'opera o del servizio, solamente l'esercizio dei poteri datoriali, dei poteri che consentono, cioè, di organizzare e dirigere le prestazioni di lavoro³⁸⁵.

È possibile allora comprendere appieno l'impatto sistematico del nuovo sistema rimediabile: la tecnica della responsabilità solidale, quale tecnica regolativa degli appalti genuini, si applica, alla luce della nuova nozione di appalto, a numerosi appalti di servizi nei quali sarà, di fatto, privo di rilievo accertare la consistenza organizzativa dell'interposto.

Nulla di nuovo, dunque, sul fronte della tecnica prevista per la somministrazione irregolare, la cui essenza può cogliersi nell'accentramento delle responsabilità datoriali in capo al committente. Profondamente modificati appaiono, invece, gli equilibri del sistema rimediabile concepito per il decentramento produttivo.

6. L'impatto sistematico della nuova disciplina dell'appalto: verso un diverso concetto di datore di lavoro.

Giunti a questo punto, chiedersi se il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro costituisca ancora regola generale dell'ordinamento perde di significato. Non vi è dubbio che la tecnica dell'imputazione del rapporto di lavoro a chi ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni è sopravvissuta alla riforma del 2003, e si applica nelle ipotesi in cui si ponga in essere una somministrazione di lavoro al di fuori delle regole indicate agli artt. 20 e ss. d. lgs. n. 276/2003. Questo sistema è però profondamente cambiato, e alla tecnica di tutela che si riassume nel divieto di interposizione si aggiunge oggi un variegato sistema di rimedi, in cui appaltatore e committente

³⁸⁵ Della progressiva perdita di peso della tecnica in questione è un segno il rilievo che una certa dottrina ha ritenuto di attribuire al potere direttivo, v. R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 467 ss.

si affiancano per garantire il lavoratore di fronte ai rischi di sottotutela rappresentati dalla frammentazione delle attività imprenditoriali.

Il quesito allora non è più tanto se sia rinvenibile, nel nuovo panorama normativo, una diversa nozione di appalto, quanto, piuttosto, se la riforma della disciplina del decentramento produttivo non abbia prodotto un più profondo impatto sistematico, incidendo sullo stesso concetto di datore di lavoro³⁸⁶.

A fronte dello slittamento dell'apparato rimediabile da un sistema imperniato sull'accentramento delle responsabilità in capo al vero datore di lavoro ad un sistema incentrato sulla responsabilità solidale delle imprese coinvolte nell'operazione di decentramento, anche gli elementi fondanti il concetto di datore di lavoro, in gran parte tributari dell'elaborazione teorica sorta intorno al primo dei sistemi di tutela menzionati³⁸⁷, richiedono un ripensamento. La nozione di datore di lavoro che si riteneva acquisita al patrimonio teorico del giuslavorista veniva ricostruita, in assenza di chiare indicazioni normative, attorno al principio per cui l'imputazione del rapporto di lavoro seguiva l'effettiva utilizzazione della prestazione: il rimedio risultante dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 1, l. n. 1369/1960 consentiva all'interprete di riempire di "contenuto sostanziale" il concetto di datore di lavoro che la titolarità del contratto definiva su di un piano meramente formale³⁸⁸.

Nella nuova disciplina del decentramento produttivo, il principio della necessaria coincidenza tra titolarità formale e titolarità sostanziale del rapporto di lavoro sembra svaporare, a favore di un principio che afferma la distribuzione delle responsabilità tra i diversi attori dell'operazione di decentramento. Un tale slittamento non consegue, però, all'abrogazione del divieto di interposizione, che, come risulta efficacemente riaffermato dalla Corte di Cassazione, sopravvive alla riforma introdotta con il d. lgs n. 276/2003³⁸⁹. Esso risulta, piuttosto, dal diverso equilibrio tra le tecniche di tutela messe in campo dal legislatore: se la tecnica di tutela fondata sull'accentramento delle responsabilità in capo al committente viene a svolgere un ruolo residuale del sistema rimediabile del decentramento produttivo, sarà parimenti arduo trarne indicazioni di carattere sistematico sul concetto di datore di lavoro accolto dall'ordinamento³⁹⁰.

Negli anni 2006 e 2007 sono state apportate, poi, una serie di riforme da cui risulta un ulteriore ampliamento dell'area della responsabilità solidale, anche se l'effetto delle stesse è stato in parte ridimensionato dal successivo d.l. 3 giugno 2008, n. 97³⁹¹. Il risultato di questa recente fase di riforme è ricostruibile in base alla regola introdotta dalla legge 27 dicembre 2007, n. 296, che, oltre ad avere esteso a due anni il limite temporale della responsabilità solidale prevista dall'art.

³⁸⁶ Alla figura del datore di lavoro è stato dedicato il convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009. Sull'impatto della nuova disciplina del decentramento produttivo sul concetto di datore di lavoro cfr. soprattutto le relazioni di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata* e M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*.

³⁸⁷ Per questa prospettiva cfr. soprattutto M. GRANDI, voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 4.

³⁸⁸ In questa linea teorica si può collocare anche la prospettiva di MAZZOTTA, *rapporti interpositivi e contratto di lavoro*, cit.

³⁸⁹ Cfr. per tutte Cass. SS.UU. 26 ottobre, 2006, n. 22910, cit.

³⁹⁰ Sembra di tutt'altro avviso M. T. CARINCI, *Unicità del datore di lavoro*, cit.

³⁹¹ Cfr. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., p. 507 ss.; D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, cit., p. 439 ss.

29, d.lgs. n. 276/2003, ha eliminato la possibilità di derogarvi tramite la contrattazione collettiva ed ha equiparato l'appalto al subappalto. È sopravvissuto, poi, il comma 28, art. 35 l. n. 248/2006 che afferma che "l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore".

Di grande rilievo sono, poi, le novità introdotte nel senso di una distribuzione delle responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro confluite ora nell'art. 26, d. lgs. n. 81/2008³⁹².

Anzitutto, la legge Finanziaria 2007 ha esteso l'operatività dell'art. 7, d. lgs. n. 626/1994 agli appalti che afferiscono al ciclo produttivo del committente (si affianca, così, al criterio topografico di identificazione degli appalti interessati dalla tutela, un criterio di tipo funzionale). Ma, ed è questa la novità più significativa, la nuova norma sancisce la responsabilità in solido dell'imprenditore committente per i danni subiti dal lavoratore (sia dipendente dell'appaltatore che del subappaltatore) quando i detti danni non risultino indennizzati dall'Inail. Il c.d. danno differenziale risulta, pertanto, oggetto di responsabilità solidale.

Nella medesima linea si colloca l'obbligo del committente di predisporre un unico documento di valutazione dei rischi, che tenga conto delle interferenze causate dall'interazione dei due complessi organizzativi e l'obbligo di indicare, nei contratti di appalto, subappalto e somministrazione, i costi relativi alla sicurezza sul lavoro.

L'espansione del ruolo del committente rispetto alle responsabilità per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dell'appaltatore ha indotto il legislatore, nell'elaborare il Testo unico sulla sicurezza sul lavoro, a dedicare agli obblighi del datore di lavoro connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione un apposito articolo (art. 26, d. lgs. n. 81/2008).

Alla luce delle più recenti riforme, si può dire, allora, con più decisione che nella determinazione del concetto di datore di lavoro l'enfasi si sposta dalla centralità dell'utilizzazione del lavoro alla valorizzazione della condivisione delle responsabilità: alla luce delle riforme dell'ultimo biennio, infatti, l'ordinamento sembra avviato in via definitiva verso questa nuova prospettiva.

È possibile, caso mai, rilevare alcune lacune che il nuovo sistema non pare avere ancora colmato.

Anzitutto, la scelta compiuta a partire dal 2003 appare quella di potenziale la tutela dei lavoratori coinvolti negli appalti a prescindere dal grado di integrazione contrattuale tra le imprese protagoniste dell'operazione di decentramento produttivo. Questa opzione, che con ogni probabilità trova la sua spiegazione nelle difficoltà applicative incontrate in precedenza dall'art. 3, l. n. 1369/1960, che limitava la tutela ai soli appalti interni all'azienda³⁹³, non consente tuttavia di graduare le tutele in relazione agli effettivi pregiudizi che possano riversarsi sul rapporto di lavoro. Non vi è dubbio che dall'applicazione generalizzata del principio di responsabilità solidale deriva il vantaggio di una diffusione del meccanismo di incentivo sotteso alla tecnica in questione: il che dovrebbe comportare un mutamento "culturale" nei rapporti tra le imprese, finalmente respon-

³⁹² Su cui v. per tutti SPEZIALE, *La legge delega sul Testo Unico*, cit., p. 175 ss.

³⁹³ Per maggiori approfondimenti sul dibattito si rinvia a L. CORAZZA, *Appalti «interni» all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 848 ss.

sabilizzate reciprocamente rispetto a buone pratiche di tutela del lavoro. Una tale generalizzazione non consente, tuttavia, di imporre tutele più stringenti per quelle situazioni in cui tra le imprese protagoniste del decentramento si creino situazioni al limite della fisiologia (si pensi, a solo titolo di esempio, al caso di imprese appaltatrici che operino in regime di monocommittenza, o al caso, che si è affacciato anche nelle aule di giustizia, di imprese costituite appositamente al seguito di un'operazione di esternalizzazione, il cui capitale umano risulta dal passaggio di dipendenti, ai sensi dell'art. 2112 c.c., dal committente, al futuro appaltatore).

Un secondo limite che può individuarsi nella recente linea di riforma attiene all'obliterazione del profilo collettivo quale prospettiva di tutela degli appalti³⁹⁴.

Le difficoltà incontrate dalla contrattazione collettiva nella disciplina delle nuove forme del decentramento produttivo sono note³⁹⁵. A parte l'esperienza della costruzione di un'area contrattuale comune, che tuttavia a quanto pare fatica a diffondersi in settori merceologici diversi da quello bancario, le tecniche di controllo del decentramento produttivo di matrice contrattuale sono risultate, per lo più, inefficaci.

Le nuove forme di decentramento produttivo riproducono, anche sul versante collettivo, un gioco di specchi³⁹⁶, che rende difficilissimo esercitare l'attività sindacale nei luoghi di lavoro e mette in crisi alcune nozioni tipiche delle relazioni industriali, come il concetto di categoria merceologica, su cui si è sviluppata storicamente la nostra contrattazione collettiva di livello nazionale. È probabile che un effettivo ruolo della contrattazione collettiva nel governo del decentramento produttivo possa giocarsi solo una volta individuate nuove forme di partecipazione sindacale. Ma la concreta individuazione di tali forme nuove, nonostante la generalizzazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacale compiuta dal d. lgs. n. 25/2007 per le ipotesi di mutamenti degli assetti organizzativi dell'impresa³⁹⁷, appare affidata, per ora, al futuro delle relazioni industriali.

³⁹⁴ V. anche SCARPELLI, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

³⁹⁵ Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, relazione al convegno AILASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo" (Trento, 4-5 giugno 1999), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 298 ss.; F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 213 ss.

³⁹⁶ Sul punto cfr. l'acutissima analisi di G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica. Sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 203 ss.

³⁹⁷ Il d. lgs. n. 25/2007, nel dare attuazione alla direttiva quadro in tema di informazione e consultazione dei lavoratori (Direttiva 2002/74/CE), introduce senza dubbio una interessante prospettiva di partecipazione dei lavoratori, se pure nella forma debole, rispetto alle decisioni imprenditoriali che possono incidere sull'organizzazione d'impresa, ivi incluse le operazioni di esternalizzazione. Tuttavia, la debolezza del sistema rimediale che assiste gli obblighi in questione rende deboli le prospettive di efficacia del sistema. Per maggiori approfondimenti su questa prospettiva si rinvia a L. CORAZZA, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella governance dell'impresa e i nuovi diritti di informazione e consultazione sindacale. Prime note sul d. lgs. n. 25 del 2007*, in *Annali del Dipartimento di scienze giuridico sociali e dell'amministrazione, Università degli studi del Molise*, n. 9/2007, 249-266.

**Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario.
Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE
ed al suo impatto sull'ordinamento interno***

Fabio Pantano

1. La direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale	138
2. La fornitura di manodopera nella realtà produttiva europea e gli orientamenti del legislatore comunitario	139
3. L'intervento del legislatore comunitario sulla fattispecie interpositoria: la liberalizzazione delle restrizioni oggettive	140
4. La tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e la disciplina del rapporto di lavoro temporaneo: la parità di trattamento	145
5. Le deroghe	146
6. Il lavoro tramite agenzia e la sua funzione promozionale per l'occupazione stabile	153
7. La tutela delle condizioni di lavoro	155
8. La tutela collettiva dei lavoratori tramite agenzia interinale e i diritti di "rappresentanza"	155
9. Le misure di prevenzione degli abusi	159
10. L'impatto della disciplina comunitaria sull'interpretazione dell'art. 20, 1° c., d.lgs. n. 276/2003: verso la fine del divieto di interposizione?	160
11. Le ricadute della direttiva 2008/104/CE sulla regolamentazione interna del rapporto di lavoro	164
12. Il principio di parità di trattamento nel diritto interno	164
13. Le clausole che impediscono la stabilizzazione del rapporto con l'utilizzatore	165
14. La rappresentanza collettiva dei lavoratori "somministrati" nel diritto interno	167
15. Il sistema sanzionatorio	171
Bibliografia	174

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 72/2009

1. La direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale

Lo studio e l'analisi della fornitura di manodopera nell'ordinamento comunitario hanno ricevuto un radicale cambiamento di prospettiva in seguito all'emanazione della direttiva 2008/104/CE (19.11.2008) del Parlamento e del Consiglio «relativa al lavoro tramite agenzia interinale». Si tratta del primo intervento normativo organico del legislatore comunitario nella materia, finora rimessa alle determinazioni dei legislatori nazionali, peraltro con scelte assai diversificate (De Luca Tamajo 2007, 3 ss.).

La giurisprudenza comunitaria si era già pronunciata in tema di mediazione nel collocamento ed interposizione, stigmatizzando il divieto di intervento in tali ambiti per i soggetti economici privati (Corte Giust. 11.12.1997, causa C-55/96, *Job Centre II, FI*, 1998, IV, 41, con nota di Meliaddò). Tuttavia, la stessa Corte di Giustizia aveva avallato la legittimità delle disposizioni nazionali indirizzate a «circoscrivere l'ambito di questa attività», giustificando, secondo parte della dottrina, la posizione di un divieto generalizzato di interposizione, con previsioni volte a garantire eccezioni in presenza di specifici e circoscritti presupposti (Carinci M.T. 2000, 34 ss.).

L'unico intervento del legislatore comunitario era stata la direttiva 91/383/CEE del Consiglio, recante misure volte a tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro temporaneo, il cui contenuto è lasciato invariato dalla direttiva 2008/104/CE. Con l'intervento normativo più recente, il legislatore comunitario affianca alle previsioni in materia di sicurezza un sistema organico di misure e principi di tutela delle posizioni giuridiche del prestatore di lavoro, non senza alcuni incisivi interventi sulla fattispecie interpositoria.

Come molti dei provvedimenti comunitari in materia di politica e regolamentazione sociale, la storia della direttiva 2008/104/CE è lunga e controversa (per una ricostruzione cfr. Mutarelli 2007, 567 ss.), soprattutto a causa delle rilevanti differenze presenti nei diversi ordinamenti degli Stati membri (Mutarelli 2007, 574). Il passaggio più significativo è stato la rinuncia delle parti sociali europee alla realizzazione di un accordo sul lavoro tramite agenzia interinale, avvenuta nel 21 maggio 2001 – già successivo ad un processo di consultazione avviato dalla Commissione il 27 settembre 1995 – che ha impedito l'adozione di un provvedimento fondato sulla procedura dell'art. 139 (155) Tratt. CE. Il processo di approvazione è così proseguito sul piano politico, secondo gli Orientamenti integrati per la Crescita e l'Occupazione 2005-2008, dettati dal Consiglio a Lisbona nel marzo 2005, tesi a favorire contestualmente la flessibilità e la sicurezza occupazionale ed a ridurre la segmentazione del mercato del lavoro sulla base della procedura legislativa ordinaria disciplinata dall'art. 251 (294) Tratt. CE, in forza delle competenze attribuite al Consiglio dall'art. 137 (153) Tratt. CE (in generale sull'intervento del legislatore comunitario in materia di diritti sociali cfr. Carinci F., Pizzoferrato 2000, 281 ss.).

L'impronta dei principi dettati a Lisbona (Zappalà 2003a, 69 ss.), volti a combinare flessibilità e sicurezza attraverso la realizzazione «di nuove forme di organizzazione del lavoro e una maggiore differenziazione dei contratti» ed a «migliorare», per tale via, «la capacità di adattamento» dei lavoratori (9° considerando della direttiva 2008/104/CE) segna in modo decisivo l'impostazione della direttiva, peraltro non senza qualche incongruenza sia sul piano sistematico che su quello della politica del diritto. In particolare, spicca la valorizzazione, dichiarata nell'11° considerando, del lavoro tramite agenzia quale strumento per la conciliazione della vita privata e della vita professionale dei lavoratori dipendenti, laddove non di rado, soprattutto nelle realtà economiche più

deprese, dietro all'utilizzo di tale modello negoziale si può celare lo sfruttamento di posizioni lavorative anche artificialmente precarie, con un impatto negativo sulle prospettive di benessere degli individui, delle famiglie e, di conseguenza, sulle possibilità di sviluppo del contesto produttivo e sociale. Se, in generale, il bilanciamento tra flessibilità e sicurezza è destinato a trovare il suo punto di equilibrio nella definizione di uniformi principi di tutela nel rapporto e nella liberalizzazione del ricorso al lavoro tramite agenzia quale strumento di promozione dell'occupazione stabile, per alcuni aspetti le istanze di «politica sociale» tendono ad essere sovrastate «dalla schiacciante presenza» di quelle legate alla «politica occupazionale» (v. Zappalà 2003a, 74). Ciò accade soprattutto rispetto alla tutela collettiva, dacché i lavoratori temporanei sono computati ai fini dell'accertamento delle soglie necessarie alla costituzione di organi di rappresentanza o tra i dipendenti dell'impresa utilizzatrice, ovvero tra quelli dell'agenzia, secondo le scelte dei legislatori nazionali. Al contrario, un'effettiva protezione degli interessi collettivi dei prestatori d'opera interinali richiederebbe la sponsorizzazione dell'influenza da essi esercitata sulle relazioni industriali di entrambe le realtà produttive, in quanto in entrambe la loro posizione comporta peculiari esigenze di tutela legate alle caratteristiche specifiche della prestazione lavorativa resa tramite agenzia. In tal senso, la prospettiva del legislatore comunitario, incentrata sullo spostamento nell'ambito del rapporto delle posizioni soggettive di tutela del lavoratore, è incompleta, in quanto priva di un elemento centrale sul piano sistematico per la protezione degli interessi dei lavoratori, quale la promozione di una rappresentanza collettiva effettiva ed efficace.

2. La fornitura di manodopera nella realtà produttiva europea e gli orientamenti del legislatore comunitario

La direttiva 2008/104/CE è indirizzata alla costituzione di «un quadro armonizzato a livello comunitario per la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale» (23° considerando), sulla base del principio di sussidiarietà. L'intervento normativo del legislatore comunitario prende le mosse dalla «grande diversità» che caratterizza la «posizione giuridica, lo *status* e le condizioni di lavoro dei lavoratori tramite agenzia» nei differenti paesi dell'Unione europea (10° considerando). In effetti, la disciplina giuridica riservata dagli ordinamenti interni alla fornitura professionale di manodopera è assai diversificata. Tuttavia, vi sono alcuni tratti comuni, quanto meno se si tengono in considerazione i paesi dell'Europa occidentale, nella maggior parte dei quali il lavoro tramite agenzia riceve una specifica regolamentazione. In tali Stati trova applicazione il principio di parità di trattamento (Arrowsmith 2006, 17 ss.). Non manca, tuttavia, qualche rilevante eccezione (Speciale, 2009), tra cui spicca quella del Regno Unito, e che ha giustificato l'opposizione inglese all'adozione della direttiva (cfr. Mutarelli 2007, 574). I lavoratori temporanei sono quasi sempre considerati assunti dall'agenzia, pur prestando la propria attività sotto il potere direttivo ed organizzativo dell'impresa utilizzatrice. Fanno eccezione, per tale aspetto, il Regno Unito e l'Irlanda. In particolare, in quest'ultimo ordinamento i lavoratori tramite agenzia sono considerati assunti dall'impresa utilizzatrice (Arrowsmith 2006, 18). Permangono, tuttavia notevoli disparità, ad esempio per quanto attiene alla possibilità di stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato con le agenzie; i presupposti che autorizzano il ricorso al lavoro tramite agenzia; il sistema sanzionatorio.

Data l'ampia diversificazione delle discipline statali nella regolazione dell'interposizione e delle conseguenze giuridiche relative alla sua illegittima realizzazione, l'intervento normativo del legislatore comunitario è incentrato sulla regolazione del rapporto di lavoro, tramite la costituzione

«di un quadro normativo che tuteli i lavoratori tramite agenzia che sia non discriminatorio, trasparente e proporzionato», appunto, «nel rispetto della diversità dei mercati del lavoro e delle relazioni industriali». Trova ampia applicazione il principio di parità di trattamento, nelle sue diverse declinazioni, il quale dovrebbe assicurare un livello minimale di protezione ai lavoratori tramite agenzia ed evitare che alla creazione di maggiori spazi di flessibilità nelle forme negoziali per l'assunzione corrisponda un'effettiva precarizzazione del lavoro con un radicale abbassamento delle tutele. Tale previsione non è destinata ad avere un effetto dirimpante negli ordinamenti dei Paesi membri dell'Europa occidentale, che, nella maggior parte dei casi, già garantiscono ai lavoratori tramite agenzia lo stesso trattamento economico e normativo rispetto ai lavoratori assunti presso l'utilizzatore.

Tuttavia, allo spostamento del baricentro dell'intervento regolativo operato dal legislatore comunitario verso l'armonizzazione della normativa sul rapporto di lavoro non è corrisposto un totale disinteresse per la fattispecie interpositoria. Al contrario, ad una prima lettura, le previsioni della direttiva 2008/104/CE non sembrano prive di effetti sulle norme che regolano le relazioni negoziali tra agenzia ed impresa utilizzatrice. Secondo le indicazioni del 18° considerando, «il miglioramento della base minima di tutela (...) dovrebbe essere accompagnato da un riesame delle eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale». Dà attuazione a tale enunciazione l'art. 4, direttiva 2008/104/CE, secondo le cui disposizioni, restrizioni e divieti «sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi» (art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE). Il legislatore comunitario impone agli Stati membri di riesaminare «le restrizioni o i divieti sul ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di accertarne la fondatezza» (art. 4, § 2, direttiva 2008/104/CE). Restano ferme le norme sui «requisiti nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale» (art. 4, § 4, direttiva 2008/104/CE).

Nonostante alcune difficoltà esegetiche, tale disposizione non è priva di impatto sull'assetto generale delle normative interne che regolano l'accesso al lavoro tramite agenzia, in quanto il legislatore comunitario sembra perseguirne una più estesa liberalizzazione. Limitazioni e divieti all'utilizzo della fornitura di lavoro costituiscono specifiche eccezioni, da giustificare sulla base di un numero preciso ed esaustivo di ragioni, al di fuori delle quali la fornitura di manodopera non può essere limitata.

3. L'intervento del legislatore comunitario sulla fattispecie interpositoria: la liberalizzazione delle restrizioni oggettive

Se, sulla base di una prima lettura, le disposizioni dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE sembrano in grado di imporre un'incisiva liberalizzazione del ricorso al lavoro tramite agenzia, soprattutto per quei paesi caratterizzati da una regolamentazione più restrittiva (Contouris, 2009, 336), la loro reale portata innovativa deve essere indagata con prudenza e ponderazione. Infatti, come spesso accade nelle disposizioni di armonizzazione, l'ampia formulazione delle eccezioni e la loro indeterminatezza riduce l'influenza che in concreto le scelte del legislatore comunitario esercitano sugli ordinamenti interni.

In effetti, l'art. 4 è una disposizione complessa, destinata a tenere in considerazione istanze e situazioni di fatto spesso tra di esse assai discordanti e non sempre conciliabili. Se, da un lato,

essa mira al contemperamento fra flessibilità e sicurezza auspicato negli Orientamenti integrati per la Crescita e l'Occupazione espressi a Lisbona, dall'altro, sconta la vischiosità degli ordinamenti interni rispetto ai processi di armonizzazione dei modelli negoziali per l'acquisizione di manodopera, connessa ai risvolti socio-culturali legati a tali fenomeni ed alla tradizionale diversificazione dei sistemi giuridici, produttivi e di relazioni industriali. Il risultato è una disposizione che, pur attivando un necessario processo di rivisitazione o, quantomeno, di verifica delle normative interne, imponendo la rimozione di «divieti» e «restrizioni» per il ricorso al lavoro tramite agenzie (per un'analisi delle tipologie di limiti apponibili al ricorso al lavoro tramite agenzia v. Carabelli 1999, 60 ss.), d'altra parte, prevede eccezioni che si prestano a letture assai lasche, tali da sminuire la portata della disposizione.

Un'impostazione sistematica non sembra consentire un'interpretazione estensiva delle eccezioni poste nella seconda parte dell'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE. Infatti, con l'espressione «ragioni di interesse generale» il legislatore comunitario non pare riferirsi alla necessità di tutelare l'interesse dei singoli ad un rapporto di lavoro stabile o la realizzazione delle posizioni creditorie del lavoratore all'interno del rapporto. Al contrario qui si trascende la dimensione individuale, per incidere su interessi di carattere pubblico, quali appunto la tutela della sicurezza sul lavoro, la prevenzione degli abusi ed il funzionamento del mercato del lavoro, che richiamano la trasparenza e la correttezza delle dinamiche del sistema economico-produttivo.

Peraltro, nell'assetto complessivo della direttiva, la tutela del lavoro all'interno del fenomeno interpositorio sembra tutta incentrata sulla previsione di livelli minimi uniformi di regolazione del rapporto, quali appunto il principio di parità di trattamento e la tutela della sicurezza (già assicurata dalla direttiva 91/383/CEE), nonché sulla disposizione dell'art. 4, § 4, che lascia «impregiudicati i requisiti nazionali in materia di regolazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale». Infatti, da un lato sono previste posizioni creditorie a favore dei lavoratori temporanei, al fine di equiparare la loro condizione di tutela a quella dei lavoratori alla diretta dipendenza dell'impresa utilizzatrice; dall'altro, si pongono le premesse per la loro realizzazione assicurando, attraverso il mantenimento dei sistemi di autorizzazione, la solvibilità e la "serietà" professionale dei soggetti che svolgono l'attività interpositoria.

Si rileva che l'esigenza di creare un quadro normativo che preveda un adeguato livello di tutela ridimensiona la portata "deregolativa" dell'art. 4 della direttiva, che deve essere interpretata alla luce degli obiettivi della strategia europea per l'impiego (Zappalà 2003b, 13 ss.). Tale osservazione, per quanto corretta, non può tuttavia indurre a minimizzare, fino al punto da renderlo irrilevante sul piano positivo, un contenuto precettivo che emerge chiaramente dalla lettera del testo normativo, seppur con ampi margini di modulazione. Per di più che la creazione di un adeguato quadro di tutela dei lavoratori temporanei e la rimozione delle limitazioni di natura oggettiva al suo utilizzo non appaiono, alla luce sia dei considerando che del testo normativo, quali istanze contrapposte. Al contrario, essi sembrano costituire le due facce di una stessa medaglia. Infatti, la creazione di un *plafond* minimo di diritti previene l'utilizzo dei maggiori spazi di flessibilità quali strumenti di *dumping* sociale (sulla funzione del principio di parità di trattamento quale misura di prevenzione contro fenomeni di *dumping* sociale cfr. Barbera 2009, 23; Mutarelli 2007, 570; Speciale 2006, 15 ss.). La garanzia di diritti equiparabili a quelli dei lavoratori assunti in modo permanente ed alle dirette dipendenze dell'utilizzatore è intesa ad impedire un'incontrollata estensione dell'utilizzo del lavoro temporaneo soltanto al fine di ridurre i costi legati all'impiego di manodopera (sottolinea tale funzione del principio di parità di trattamento nel diritto interno

Carinci M.T. 2008, 64). Nell'ottica del legislatore comunitario, il margine – comunque non eliminabile – di maggiore "convenienza" per l'imprenditore, legato alla possibilità di sottrarsi alla stabilità del rapporto a tempo indeterminato, è compensato dagli effetti di promozione dell'occupazione connaturati ad un ricorso più flessibile al lavoro tramite agenzia (cfr. Massimiani 2008, 12).

Il contemperamento tra le esigenze di flessibilizzazione del mercato del lavoro e di tutela del lavoro si realizza a discapito delle limitazioni di carattere oggettivo alla realizzazione della fattispecie interpositoria. Tale assetto è reso esplicito più volte dal legislatore comunitario. Ad esempio, nel 2° considerando, laddove, con riferimento all'art. 7 della Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori, si chiarisce come «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori della Comunità europea» debba avvenire mediante processi di armonizzazione in senso migliorativo della disciplina di forme di lavoro non *standard* quali quello a tempo determinato, temporaneo e stagionale. Peraltro, il 18° considerando, secondo la prospettiva esegetica qui enunciata, mette in diretta correlazione il «miglioramento della base minima di tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale» al riesame «delle eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia».

La scelta del legislatore comunitario per la liberalizzazione, quanto meno rispetto alle restrizioni oggettive di carattere causale, appare giustificata dalla funzione di catalizzare «la creazione di posti di lavoro» e la «partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (11° considerando), riconosciuta al lavoro tramite agenzia. Quindi, la rimozione delle restrizioni causali si giustifica per via della funzione positiva attribuita alla flessibilizzazione delle forme contrattuali ed, in particolare, al lavoro tramite agenzia quale strumento di incentivazione dei livelli occupazionali; essa non fa di tale forma di impiego un'alternativa al lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, ma mira ad utilizzare il primo quale strumento per l'incremento del secondo. Non possono quindi essere condivise letture che giustificano il presunto parallelismo tra flessibilizzazione delle forme negoziali di assunzione e riduzione degli *standard* di protezione dei lavoratori subordinati.

Si rileva con esattezza che ai legislatori interni non è richiesta l'eliminazione tout court di tutte le restrizioni ed i divieti (Zappalà 2003b, 14). Tuttavia, la prospettiva adottata non è tanto quella di verificare se gli ordinamenti possiedono gli «anticorpi» necessari a «rendere il più alto livello di flessibilità tollerabile e coerente con la finalità di assicurare la qualità del lavoro» (Zappalà 2003b, 14). Semmai, è necessario che le restrizioni ed i divieti già esistenti non costituiscano impedimenti "ingiustificati" al ricorso al lavoro tramite agenzia in relazione agli interessi di carattere generale enunciati nell'art. 4, § 1.

Tale prospettiva appare corroborata dai recenti sviluppi nell'interpretazione del termine «*flexicurity*» nell'ambito dell'ordinamento comunitario, anche alla luce del recente rapporto dell'*European Expert Group on Flexicurity* nominato dalla D.g. Occupazione, Affari sociali e pari Opportunità della Commissione europea. «Non si può più pensare ad una fase "uno" in cui si perseguono le strategie di flessibilità, e ad una fase "due" in cui la ottenuta flessibilità viene poi temperata o resa più mite dalle politiche di sicurezza»; al contrario, «le politiche devono ispirarsi all'una e all'altra filosofia e devono pertanto sincronizzarsi, anche perché perseguite sia nell'interesse dei lavoratori sia dei datori di lavoro» (Caruso, Massimiani 2008, 8 e 9; v. anche Massimiani 2008, 9 ss.). Se la «flessibilità dei mercati, delle organizzazioni lavorative e dei rapporti di lavoro» costituisce uno dei cardini delle politiche comunitarie ispirate al principio della «*flexicurity*», la stessa flessibilità non può essere guardata con timore e come un male indispensabile del quale bisogna

contenere gli inevitabili effetti collaterali; quantomeno in tal modo essa non è vista dal legislatore comunitario, con inevitabili ricadute sul piano esegetico. L'accentuazione delle tutele nel rapporto e la loro equiparazione in via indipendente dalla natura del modello negoziale di assunzione, *standard* o *non standard*, costituisce la presa d'atto da parte del legislatore comunitario del fatto che la tutela del lavoratore non avviene sul piano dell'irrigidimento dei modelli di assunzione – quindi, per quanto attiene al lavoro tramite agenzia, nelle restrizioni causali di carattere oggettivo –, ma nella regolamentazione delle tutele attraverso la definizione di posizioni giuridiche paritarie (per un'analogia impostazione cfr. Speciale 2006, 51 ss.). Invece, un limite sostanziale alla piena operatività dei processi di liberalizzazione, connaturati a politiche sociali di *flexicurity*, risiede, per alcuni ordinamenti europei (tra i quali senz'altro quello italiano) nell'assenza di un sistema efficace di ammortizzatori sociali, in grado di assistere il lavoratore nelle fasi in cui resta privo di impiego (Caruso, Massimiani 2008, 12; Massimiani 2008, 13).

È alla luce di queste osservazioni che devono essere interpretate le giustificazioni enucleate dal legislatore comunitario, in particolare quella fondata sulla «tutela dei lavoratori tramite agenzia», che sembrerebbe riportare il profilo della protezione dei lavoratori temporanei nell'ambito della regolazione attribuita alla fattispecie interpositoria.

Non possono essere ritenute legittime limitazioni di carattere oggettivo, fondate su una aprioristica portata lesiva del lavoro tramite agenzia in sé e per sé rispetto alla tutela dei lavoratori. Tale questione è risolta sul piano sistematico dal legislatore comunitario spostando il baricentro della tutela sul rapporto e mantenendo comunque legittime le limitazioni di carattere soggettivo. Al contrario, appare valorizzata la funzione antifraudolenta delle limitazioni. In sostanza, il legislatore comunitario sembra autorizzare le restrizioni ed i divieti laddove siano volti ad impedire la realizzazione di finalità elusive, per intaccare normative inderogabili di tutela del lavoratore. In tale prospettiva possono essere ricondotte alla «tutela dei lavoratori tramite agenzia», ad esempio, le disposizioni che dichiarano l'illegittimità di clausole (nel contratto con l'agenzia o nel contratto di lavoro) volte ad impedire l'assunzione del lavoratore interinale da parte dell'impresa utilizzatrice.

Né la disposizione dell'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE può essere interpretata in maniera troppo rigida. In particolare, non deve ritenersi che le eventuali limitazioni introdotte debbano essere ricondotte in maniera schematica ad una soltanto delle giustificazioni enucleate. Come nell'esempio cui si è appena fatto riferimento, una stessa previsione restrittiva può essere ricondotta, contestualmente, alla «tutela dei lavoratori», al «buon funzionamento del mercato del lavoro» ed alla «prevenzione di abusi». Le differenti giustificazioni non devono essere considerate come enunciazioni autonome indipendenti l'una dall'altra, ma quali differenti declinazioni di uno stesso principio, per il quale le limitazioni consentite sono quelle volte ad impedire l'utilizzo fraudolento del lavoro tramite agenzia.

Tale impostazione pare tutt'altro che peregrina, anche alla luce di alcuni orientamenti assunti da dottrina più o meno recente (Ratti 2009, 4 ss.; Corazza 2004, spec. 109 ss.; Lo Faro 2003, 67 ss.). Si è rilevato come la contemporanea realtà produttiva, sia a livello interno che internazionale, mal si presti ad essere incasellata nelle tradizionali rielaborazioni giuridiche del fenomeno interpositorio, tese ad accentuare l'«ineluttabile tensione tra il consolidato disvalore giuridico della interposizione e il sempre più affermato valore economico dell'esternalizzazione» (l'espressione è di Lo Faro 2003, 69). È proprio la rigida contrapposizione di derivazione civilistica, appalto di manodopera e interposizione [cfr. Carinci M.T. 2007, 1029 ss., che pure rileva dubbi sull'effettività della

tutela posta dall'attuale sistema positivo rispetto a «contratti commerciali formalmente fra pari, che però garantiscono un'intensa integrazione giuridica (...) e stigmatizzano spesso una situazione di dipendenza economica fra le parti»; Benedetti 1965, 1492 ss.], a segnare il passo rispetto ad una realtà economica ormai caratterizzata dal massiccio utilizzo di processi di esternalizzazione ed internalizzazione ed ad essere messa in crisi, nel diritto interno italiano, dal legislatore, il quale valorizza la qualificazione formale data dall'autonomia individuale rispetto alla ricostruzione della fattispecie sulla base dei canoni interpretativi dell'art. 1362, 2° c., c.c., (cfr. Carinci F. 2007, 70, spec. con riferimento alla disciplina del trasferimento di ramo d'azienda posta all'art. 2112 c.c., come rinnovato dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003).

La dottrina sociologica (v., anche per ulteriori riferimenti, Salento 2006, 484, ss.), dimostra come si riveli fallace la valorizzazione dell'esercizio del potere direttivo per la distinzione tra appalto genuino ed interposizione (cfr. Speciale 2006, 36 ss; Scarpelli 2004, 151). Ciò per via dei fenomeni di «integrazione contrattuale» e di aggregazione dell'assetto proprietario o, comunque, del controllo sociale sulle imprese di uno stesso gruppo, tali da creare un'evidente scissione tra l'impresa che esercita i poteri formalmente riconosciuti al datore di lavoro – quindi anche il potere direttivo – e quella che gestisce l'«organizzazione» dell'attività produttiva (cfr. Speciale 2009, 8 ss.; Ratti 2009, 23 ss.; Corazza 2004, 91 ss.; Lo Faro 2003, 47 ss.).

Peraltro, alcuni orientamenti, oramai sempre più diffusi nella dottrina europea (Ratti 2009, 33 ss.; Freedland, Kountouris 2008, spec. 37 ss.; Freedland 2006, 9 ss.), spingono verso una rimodulazione del “paradigma” del contratto di lavoro subordinato attraverso l'elaborazione di modelli più flessibili, nei quali al centro della identificazione del sistema di regolamentazione si pongano la figura del prestatore di lavoro ed, in primo luogo, le sue esigenze di tutela, in via indipendente dalla natura del datore o dal numero dei soggetti tra i quali si divide l'esercizio dei poteri connessi a tale figura. Anche nel diritto interno italiano, come rilevato con un'immagine suggestiva, l'idea di un datore «ammesso ad un *self service*, dove lo stesso piatto “lavoro subordinato” viene cucinato in modo da poter essere condito in molte salse e mangiato al di fuori di un *menù* fisso, che preveda l'inserzione in una “impresa” o “azienda”, intesa fisicamente», «destabilizza un punto fermo del diritto del lavoro, quello della coincidenza del titolare del contratto e dell'utilizzatore della prestazione» (Carinci F. 2007, 67 e 69). Quindi, la «dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e sua effettiva utilizzazione» costituisce nell'attuale sistema economico un «carattere fisiologico delle attività produttive» (Speciale 2006, 35), ovvero «un elemento di sistema» (Barbera 2009, 18).

Si rileva, opportunamente, che, semmai, è il «susseguirsi senza posa di contratti temporanei» a costituire l'«“inferno” lavorativo ed esistenziale» che richiama forme intense di tutela sul piano positivo, non la disgiunzione tra datore di lavoro formale ed utilizzatore, che, al contrario, appare conforme ad esigenze di adeguamento dell'ordinamento ad un fisiologico processo di evoluzione del sistema economico-produttivo (Barbera 2009, 25). Quindi, è proprio nella preferenza per il lavoro a tempo indeterminato su quello a tempo determinato – oggetto sia di enunciazioni di principio (15° considerando), sia di specifiche previsioni normative (cfr. *infra*) nella direttiva 2008/14 – che può essere individuato un piano di convergenza tra le prospettive di tutela del prestatore di opere nella disciplina del lavoro a termine e del lavoro temporaneo, comunitaria e nazionale.

Tali ricostruzioni pongono in crisi l'impostazione, ormai tradizionale in Italia, per la quale l'imputazione del rapporto grava su colui che utilizza la prestazione ed ogni deviazione da tale modello

costituisce un'eccezione a tale regola generale, la quale potrebbe far protendere per un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE (v. Speciale, 2009; 25; Carinci M.T. 2004, 13 ss.; Carinci M.T. 2000, 32 ss.; cfr. Mazzotta 1979, 265 ss.; cfr. la recente pronuncia della Corte di Cassazione, Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, *ADL*, 2007. 1011 ss., con nota di Carinci M.T.).

4. La tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e la disciplina del rapporto di lavoro temporaneo: la parità di trattamento

Nella direttiva 2008/104/CE, la riduzione delle restrizioni di carattere oggettivo è connessa all'individuazione di principi di tutela destinati a trovare applicazione nella disciplina del rapporto di lavoro. Di conseguenza, la maggior parte delle disposizioni della direttiva 2008/104/CE è dedicata alla regolazione di tali principi e, quindi, alla previsione di norme volte a disciplinare il rapporto, senza che questo debba far perdere di vista l'assetto complessivo dell'intervento regolativo.

Tra i principi di regolamentazione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'agenzia assume rilievo preminente il principio di parità di trattamento, posto dall'art. 5 della direttiva (sul principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario cfr. Barbera 2007, XLII ss.). Secondo il § 1 di tale disposizione, «per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro». La declinazione di tale principio è chiara: si tratta dell'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori tramite agenzia e lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore a parità di mansioni.

L'individuazione di quali siano, in concreto, le condizioni che devono essere garantite in maniera paritaria ai lavoratori tramite agenzia ed ai dipendenti dell'utilizzatore richiede una lettura coordinata dell'art. 3, § 1, lett. f), direttiva 2008/104/CE e dell'art. 5, § 1, lett. a) e b) dello stesso art. 5. Infatti, la prima delle disposizioni citate fornisce la definizione di «condizioni di base di lavoro e d'occupazione» riferendola all'«orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi» ed alla «retribuzione». L'art. 5, § 1, specifica che, comunque, ai fini dell'applicazione del principio di parità di trattamento «devono essere rispettate a norma di quanto stabiliscono le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, i contratti collettivi e/o le altre disposizioni di portata generale,» «la protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei bambini e dei giovani; e la parità di trattamento fra uomini e donne e ogni azione volta a combattere qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali».

La lettura coordinata delle due disposizioni conduce ad una definizione molto ampia dell'ambito di applicazione del principio di parità di trattamento. Esso infatti va ad incidere su quasi tutti gli istituti del rapporto, a partire da tutti gli istituti legati, in senso lato, all'orario di lavoro ed alla retribuzione, comprese le sospensioni connesse allo svolgimento delle funzioni di cura all'interno del nucleo familiare (Gottardi 2003, 651 ss.; Miscione M. 2001).

Per la verità, si deve precisare che il principio di «parità di trattamento», così come inteso nella direttiva 2008/104/CE, ha la conformazione di un divieto di discriminazione (cfr. Zappalà 2003a, 97), in quanto proibisce le differenziazioni fondate sulla diversa natura del modello negoziale di assunzione. D'altra parte, non sarebbe concepibile una diversa interpretazione, dacché, data

l'inesistenza nella maggior parte dei paesi europei, e nello specifico in Italia, di un principio di parità di trattamento per i lavoratori del settore privato, non è affatto detto che agli stessi lavoratori assunti alle dipendenze dell'utilizzatore siano concessi trattamenti economici e normativi eguali a parità di mansioni. Semmai, la differenza risiede probabilmente nell'onere della prova. Infatti, nel nostro caso, non deve essere richiesto al lavoratore di dimostrare l'intento discriminatorio, ma, al contrario, è il datore di lavoro (quindi l'agenzia) a dover motivare l'applicazione di un trattamento differente.

Inoltre, alla luce di tali osservazioni, appare ragionevole che il giudizio di comparazione avvenga non in relazione ai trattamenti in concreto applicati ai singoli lavoratori, ma rispetto al contratto di lavoro applicato nell'unità produttiva di riferimento. Infatti, soprattutto per quanto attiene ai trattamenti retributivi, l'eventuale discriminazione non può essere determinata in base ai trattamenti individuali riservati ai singoli che, nelle deroghe *in melius*, non possono essere tenuti in considerazione quale parametro di riferimento. Potrebbero sorgere problemi interpretativi laddove nell'unità produttiva di riferimento non fosse applicato alcun contratto collettivo. Certo, anche in questo caso, è onere dell'agenzia dimostrare le motivazioni delle differenze nei trattamenti, partendo dalla presunzione *iuris tantum* di una "identità di trattamento" (*contra* Zappalà 2003a, 96). In tal caso, spetterebbe al giudice verificare quali tra i trattamenti attribuiti ai lavoratori siano riconosciuti *intuitu personae* ai prestatori d'opera in forza di specifiche caratteristiche di natura soggettiva.

5. Le deroghe

Accanto all'enunciazione, in forma ampia, del principio di parità di trattamento, il legislatore comunitario prevede ampie possibilità di deroga, sulla base di presupposti specificati in maniera più o meno precisa. Qui l'applicazione di una lettura restrittiva delle deroghe – anche laddove le clausole confezionate dal legislatore paiono più lasche – pare necessaria e, soprattutto, coerente con l'assetto generale della direttiva 2008/104/CE, che riversa quasi per intero sulle norme di regolazione del rapporto di lavoro il peso della tutela del lavoro tramite agenzia.

La prima deroga è contenuta nel § 2 dell'art. 5, ed attiene alla «retribuzione». In particolare, «gli Stati membri possono, previa consultazione delle parti sociali, prevedere una deroga al principio di cui al paragrafo 1 nel caso in cui i lavoratori tramite agenzia interinale che sono legati da un contratto a tempo indeterminato a un'agenzia interinale continuano a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra». Tale previsione è "anticipata" nel 15° considerando, laddove si chiarisce, senza, per la verità, alcun effetto precettivo, che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», aggiungendo poi che «nel caso dei lavoratori legati all'agenzia interinale da un contratto a tempo indeterminato, tenendo conto della particolare tutela garantita da tale contratto, occorrerebbe prevedere la possibilità di derogare alle norme applicabili nell'impresa utilizzatrice».

In primo luogo, occorre osservare che, alla luce dell'evidente interconnessione tra le due disposizioni, il principio espresso dalla prima parte del 15° considerando non richiama una presunta "normalità" del lavoro, per così dire, *standard* rispetto a quello *non standard*, riportando all'interno di tale ultima nozione anche il lavoro tramite agenzia. Al contrario il riferimento è proprio alla durata del rapporto in senso stretto, sancendo quindi una direttrice esegetica – ma anche normativa in quanto indirizzata agli Stati membri – di favore verso la costituzione di rapporti a

tempo indeterminato con l'agenzia. Sembra quindi che con tale disposizione il legislatore comunitario riproponga nell'ambito del rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore lo stesso principio presente nella direttiva 99/70/CEE sul lavoro a termine, peraltro avvalorando l'idea che un analogo rapporto regola-eccezione non valga nella diade lavoro *standard* e lavoro tramite agenzia.

Tale lettura dovrebbe indurre ad abbandonare quelle impostazioni interpretative secondo le quali, nell'ordinamento italiano, sussisterebbe un collegamento negoziale tra il contratto di somministrazione ed il rapporto di lavoro a termine alle dipendenze dell'agenzia (favorevole a tale impostazione è Ichino 2004, 291 ss.). Al contrario, la fornitura di manodopera dovrebbe "normalmente" avvenire attraverso l'invio di lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato, secondo quanto emerge dall'interpretazione sistematica della direttiva 2008/104/CE. La necessaria integrale applicazione della normativa sul lavoro a termine al rapporto tra lavoratore ed agenzia impone che la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia giustificata in modo preciso, con l'individuazione di specifiche causali che legittimino la deviazione dalla regola generale della prevalenza del rapporto a tempo indeterminato, le quali non possono senz'altro coincidere con quelle dedotte nel contratto di somministrazione. Per lo stesso ordine di ragioni, è lecito dubitare della legittimità di quelle disposizioni che autorizzano vistose deroghe, per il rapporto alle dipendenze dell'agenzia di lavoro interinale, alle restrizioni poste dal legislatore (sia quello comunitario, che quello interno) nell'utilizzo del lavoro a termine, specie per quanto attiene alla disciplina della proroga o alla reiterazione dei contratti (cfr. *infra*, § 10.2.9.2.).

L'art. 5, § 2, direttiva 2008/104/CE giustifica la facoltà di deroga al principio di parità di trattamento in materia di «retribuzione» sulla base della posizione di più incisiva o «particolare tutela» (15° considerando) insita nel rapporto a tempo indeterminato. La deroga è ammessa soltanto nel caso in cui i lavoratori siano «retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra». Qui l'elemento in grado di sollevare le maggiori incertezze è legato al significato da attribuire alla parola «retribuito»; in particolare, vi è da chiedersi se debba considerarsi tale il lavoratore che durante i periodi nei quali non è "in missione" riceva una mera indennità di disponibilità. La questione deve essere risolta in relazione alla legislazione interna e della contrattazione collettiva applicabile. È infatti evidente che in presenza di un'indennità di disponibilità quantitativamente assai ridotta in proporzione alla retribuzione comunemente percepita dal lavoratore durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, sulla base della propria professionalità e quindi delle mansioni in concreto svolte durante le missioni, non si può ritenere realizzata quella «particolare tutela», che, nella *ratio* sottesa all'art. 5, § 2, direttiva 2008/104/CE, giustifica il trattamento derogatorio (per una diversa interpretazione v. Zappalà 2003a, 98).

Pare ragionevole ritenere che il riferimento all'eventualità che il lavoratore sia «retribuito» nel periodo in cui non è attribuito ad alcuna missione implichi che egli possa comunque svolgere la propria attività lavorativa anche in favore dell'agenzia di somministrazione, come ritenuto legittimo, peraltro, da parte della dottrina anche italiana (Ichino 2004, 292). È la stessa preferenza accordata dal legislatore comunitario al rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia che induce a ritenere legittima tale eventualità. Non sarebbe ragionevole favorire tale forma di rapporto di lavoro limitando poi, nel suo ambito, la possibilità di svolgere in concreto la prestazione lavorativa, a detrimento anche del lavoratore. Inoltre, un siffatto approccio si porrebbe in contrasto con la ricerca di maggiori spazi di flessibilità per l'organizzazione del lavoro imposta dalla *flexicurity*.

L'art. 5, § 2, direttiva 2008/104/CE prevede che l'eventuale deroga al principio di parità di trattamento debba comunque essere preceduta dalla «consultazione delle parti sociali». La direttiva non pone ulteriori specificazioni su quali siano le organizzazioni da consultare. Si deve ritenere che sul punto sia attribuita piena discrezionalità ai governi degli Stati membri, secondo le proprie tradizioni e prassi di concertazione e dialogo sociale.

Elementi di incertezza possono sorgere anche in relazione a quali siano gli istituti del rapporto che possono costituire oggetto di deroga. L'art. 3, § 2, specifica che «la direttiva lascia impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore, contenute nella legislazione nazionale». Quindi, è dubbio rispetto a quali elementi del trattamento economico del lavoratore il legislatore possa prevedere la non applicazione del principio di parità di trattamento. Ad esempio, l'ordinamento italiano non possiede una definizione univoca di retribuzione; tale nozione, deve essere dedotta dalla normativa specifica dell'istituto nel quale viene in considerazione, secondo le indicazioni esplicite in essa contenute o l'interpretazione sistematica. È quindi auspicabile che, in sede di adattamento, il legislatore nazionale fornisca una specifica definizione degli istituti del trattamento retributivo oggetto della deroga.

In ogni caso, la centralità delle tutele nel rapporto, nella direttiva 2008/104/CE, impone una lettura restrittiva di qualunque facoltà di deroga al principio di parità di trattamento concessa dal legislatore comunitario. Quindi, in relazione all'art. 5, § 2, non possono essere ritenute ammissibili deroghe incisive riguardanti elementi fondamentali della retribuzione, quali l'applicazione dei trattamenti minimi tabellari garantiti dai contratti collettivi. Va infatti ricordato che, in via generale per quanto il principio non sia richiamato in modo specifico nella disposizione in commento, la direttiva deve comunque garantire ai lavoratori tramite agenzia interinale un «quadro normativo (...) che sia non discriminatorio, trasparente e proporzionato».

Una più ampia ed incisiva possibilità di deroga al principio di parità di trattamento è concessa dall'art. 5, § 3 il quale dispone che gli Stati membri possono, sempre dopo aver consultato le parti sociali, «accordare loro, al livello appropriato e alle condizioni da esse previste, l'opzione di mantenere o concludere contratti collettivi che, nel rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale, possono stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale, diverse da quelle di cui al paragrafo 1».

Come emerge *de plano* dalla lettera della disposizione, la facoltà di deroga qui disciplinata assume carattere alternativo e residuale rispetto a quelle previste per i lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato. Viene meno la situazione di maggior sicurezza propria del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che, nella disposizione precedente, giustifica il trattamento differenziato. Tant'è che, in questo caso, la possibilità di introdurre la deroga è rimessa alla contrattazione collettiva. Peraltro, da tale previsione è lecito dedurre che nel caso dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia l'autorizzazione della deroga da parte della contrattazione collettiva non sia necessaria e la sua applicazione sia rimessa all'autonomia negoziale individuale. Ciò induce a qualche riflessione dubitativa. Infatti, per quanto la posizione del lavoratore a tempo indeterminato possa essere considerata «più tutelata», tale maggiore tutela non può essere ritenuta idonea ad attestare la genuinità dell'eventuale accettazione.

La direttiva rimette agli Stati membri la determinazione del livello di contrattazione adeguato per la previsione delle eventuali deroghe. Pare ragionevole ritenere che il livello più appropriato sia

quello decentrato territoriale, che, come peraltro già rilevato in dottrina (Corazza 2004, 119), si presta maggiormente a confrontarsi con le peculiarità del lavoro tramite agenzia. Infatti, in base all'art. 5, § 3, tramite la contrattazione territoriale, potrebbero essere introdotte deroghe al principio di parità di trattamento volte ad incentivare l'aumento dei livelli occupazionali in zone particolarmente svantaggiate. Anche per il § 3 valgono le osservazioni proposte in generale per l'art. 5, ed in particolare per il § 2, in merito alla necessità di una lettura restrittiva delle deroghe al principio di parità di trattamento. Pertanto, non pare ipotizzabile l'attribuzione alla contrattazione collettiva di una facoltà di deroga in bianco, al contrario si deve ritenere che il legislatore debba predefinire ambiti e motivazioni a fronte dei quali l'autonomia collettiva possa prevedere trattamenti differenziati anche per i lavoratori tramite agenzia a tempo determinato. In ogni caso, anche qualora il legislatore non preveda tali limitazioni per la contrattazione collettiva, quest'ultima dovrà porre restrizioni all'applicazione in concreto delle deroghe, definendo le «condizioni» in presenza delle quali esse possono divenire operative, come previsto in modo esplicito dall'art. 5, § 3, direttiva 2008/104/CE.

L'ambito delle deroghe previste da tale ultima disposizione è ben più ampio di quello previsto nella precedente. Qui differenziazioni possono essere previste in generale per le «condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale». Oltre alle norme sul trattamento retributivo possono essere derogate quelle sul trattamento normativo in relazione agli istituti legati all'orario, come declinati dall'art. 3, § 1, lett. f), punto i, della direttiva. Restano esclusi dalla deroga la regolamentazione attinente alla protezione delle donne in gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei giovani e dei bambini, nonché quelle sulla parità di trattamento tra uomini e donne e le norme antidiscriminatorie, sia per quanto attiene ai divieti che alle azioni positive.

La previsione successiva, al § 4 dello stesso articolo, stabilisce che «a condizione che sia garantito ai lavoratori tramite agenzia interinale un livello adeguato di protezione, gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore o area geografica possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1». La *ratio* della norma è evidente. Posto che il presupposto per gli interventi di flessibilizzazione rimessi alla contrattazione collettiva è l'esistenza di un sistema (di diritto positivo, giurisprudenziale o di prassi) che ne garantisca l'applicazione generalizzata, il legislatore comunitario vuole impedire che agli Stati privi di tali meccanismi giuridici sia preclusa la possibilità di derogare al principio di parità di trattamento, come declinato dal § 1 dell'art. 5. D'altra parte, se così non fosse, si creerebbe il pericolo di *dumping* sociale a sfavore dei Paesi che non attribuiscono efficacia generalizzata al contratto collettivo, incompatibili con i principi fondamentali del trattato.

Tuttavia, la disposizione presenta alcune difficoltà interpretative. In primo luogo, desta perplessità il riferimento ad un «livello adeguato di protezione», che dovrebbe essere comunque garantito ai lavoratori interinali. Se è chiaro il perché di tale previsione, non altrettanto soddisfacente è la soluzione proposta, con l'utilizzo di una clausola di significato impreciso e rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri e degli interpreti. Mentre nella deroga posta dal § 3 il mantenimento di uno *standard* accettabile di protezione dovrebbe essere assicurato dalla creazione di un

equilibrato bilanciamento negoziale nell'esercizio dell'autonomia collettiva; nel caso del § 4, la previsione di un livello minimo di tutela è giustificata dalla discrezionalità dei legislatori nazionali nell'esercizio del potere derogatorio. Tuttavia, il riferimento all'«adeguatezza» del livello di protezione costituisce una formula vuota, dacché il legislatore comunitario non fornisce altri elementi per verificare quali siano, in concreto, i livelli di protezione adeguata. Infatti, il principio cardine su cui ruota l'impianto del sistema di tutela all'interno del rapporto di lavoro nella direttiva 2008/104/CE è proprio l'obbligo di parità di trattamento. In sostanza, a dar fede ai principi generali posti a fondamento della direttiva 2008/104/CE, un livello adeguato di protezione per i lavoratori tramite agenzia è proprio quello in cui sia rispettata tale previsione. Ciò detto, la disposizione apre un ampio margine all'intervento della Corte di Giustizia, la quale sarà chiamata a vagliare la legittimità delle disposizioni adottate dagli Stati membri alla luce dell'art. 5, § 4, con un ampio spazio di manovra condizionato dall'assenza di linee guida precise nella direttiva. La Corte dovrà tenere in considerazione l'esigenza di impedire che l'attuazione di tale disposizione introduca elementi di competizione al ribasso tra gli ordinamenti, a sfavore di quelli dotati di un sistema di applicazione generalizzata della contrattazione collettiva ed a detrimento dei livelli generali di protezione dei lavoratori tramite agenzia.

Non pare oggetto di dubbi rilevanti il contenuto delle «modalità alternative riguardanti le condizioni di base e di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di parità di trattamento». Si deve trattare di una serie di disposizioni e principi di tutela del lavoratore tramite agenzia relative agli istituti desumibili, così come per il § 3, dal disposto combinato dell'art. 5, § 1, e dall'art. 3, § 1, lett. f), della direttiva. Anche qui, non potranno subire deroghe le condizioni generali relative alla tutela delle donne in stato di gravidanza, in periodo di allattamento o alla protezione dei bambini e dei giovani e la normativa antidiscriminatoria.

Assai più oscura è la disposizione di chiusura dell'art. 5, § 4, alla luce della quale le «modalità alternative riguardanti le condizioni di base e di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di parità di trattamento (...) possono prevedere un periodo di attesa per il conseguimento» della stessa. Pare che l'ampia possibilità di deroga attribuita agli Stati membri non in possesso di un sistema idoneo a garantire l'applicazione generalizzata della contrattazione collettiva si possa ridurre ad una mera dilazione dell'entrata in vigore del principio di parità di trattamento.

Invero, è comunque necessaria la previsione di una normativa transitoria di tutela per i lavoratori nel periodo di dilazione, corrispondente ad un «livello adeguato di protezione». Pur esercitando la facoltà di differire l'applicazione del principio di parità di trattamento, gli Stati membri interessati perverrebbero al risultato conclusivo di vedersi comunque preclusi spazi di flessibilità, utilizzati invece da quelli nei cui ordinamenti i contratti collettivi assumono efficacia generalizzata, ponendosi in una posizione di svantaggio sia sul piano della concorrenza tra ordinamenti che su quello della riduzione dei costi del lavoro per le proprie imprese. Pertanto, è da ritenere che il ricorso alla facoltà posta dall'ultima proposizione dell'art. 5, § 4, direttiva 2008/104/CE non sia destinata ad avere un ampio utilizzo negli ordinamenti nazionali.

Il secondo capoverso del § 4 stabilisce che le misure poste in essere dagli Stati membri in forza della facoltà di deroga del § 4 «sono conformi alla normativa comunitaria e sufficientemente precise e accessibili da consentire ai settori e alle aziende interessate di individuare e assolvere i loro obblighi». Se ne deduce che la deroga al principio di parità di trattamento non può comunque comportare la modifica peggiorativa di condizioni di tutela del lavoratore conformi ad altre pre-

visioni dell'ordinamento comunitario. Inoltre, è richiamata l'esigenza di una normativa dettagliata, che definisca in modo preciso posizioni giuridiche debitorie e creditorie, talché siano soddisfatte le esigenze di certezza del diritto anche a favore di un corretto adempimento da parte del datore di lavoro.

È poi fatto proprio dal legislatore comunitario il principio della salvaguardia dei trattamenti normativi ed economici non peggiorativi previsti dalla eventuale contrattazione collettiva, di qualsiasi livello. Pertanto, la previsione di una specifica disciplina di tutela dei lavoratori tramite agenzia non intacca la vigenza delle norme collettive migliorative già applicate ai lavoratori temporanei.

Occorre infine porre l'attenzione sulla previsione, sempre contenuta nell'art. 5, § 4, 2° cpv., per la quale «gli Stati precisano se regimi professionali di sicurezza sociale, inclusi i regimi pensionistici, i regimi relativi alle prestazioni per malattia o i regimi di partecipazione finanziaria dei lavoratori, sono compresi nelle condizioni di base di lavoro e d'occupazione di cui al pr. 1», quindi se sono soggetti all'applicazione del principio di parità di trattamento. Tale previsione è ricondotta a quella dell'art. 3, § 2, per la quale restano «impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore, contenute nella legislazione nazionale».

Tale prescrizione ha una portata di notevole momento, con ripercussioni di rilievo sulla protezione dei livelli di tutela, soprattutto con riferimento ai sistemi pensionistici ed al trattamento spettante per i periodi di sospensione dovuti a malattia del lavoratore. Al contrario, la partecipazione azionaria dei dipendenti non raggiunge nella maggior parte dei paesi europei una diffusione tale da avere conseguenze di portata incisiva sull'assetto complessivo dei lavoratori tramite agenzia (Ghera 2003, 413 ss.).

L'attribuzione agli Stati della facoltà di ricomprendere o meno nel principio di parità di trattamento i trattamenti previdenziali o la retribuzione dei periodi di malattia è legata alle profonde differenze tra i sistemi pensionistici. L'applicazione generalizzata del principio di parità di trattamento potrebbe infatti imporre riforme con modifiche incisive sul sistema di raccolta dei contributi, ad esempio rispetto alla classificazione del modello di prelievo contributivo, laddove essa avviene in base alla categoria merceologica del datore di lavoro, che può essere differente per l'impresa utilizzatrice e l'agenzia.

Assai complessa e per certi versi oscura appare l'interpretazione dell'ultimo paragrafo dell'art. 5. Si prevede che «gli Stati adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare,» si aggiunge, «per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva». La natura delle previsioni contenute nell'art. 5 inducono a ritenere che le misure cui fa riferimento la prima parte della disposizione debbano essere indirizzate a prevenire l'utilizzo abusivo delle deroghe al principio di parità di trattamento. Tuttavia, alla luce del ruolo attribuito alla contrattazione collettiva, appare arduo prevedere quale possa essere il contenuto di tali misure preventive.

Il § 2 dell'art. 5 pone la possibilità di derogare al principio di parità di trattamento rispetto alla retribuzione dei lavoratori assunti dall'agenzia a tempo determinato. In proposito è difficile prospettare che gli Stati membri possano ritenersi obbligati a prevedere limitazioni di tipo causale alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato, al fine di evitare che essa avvenga con finalità elusive o fraudolente.

Rispetto alla deroga del § 3, l'eventuale applicazione di disposizioni antielusive conferma l'opportunità di prevedere limitazione causali, da parte dei contratti collettivi, per l'accesso al regime di tutela derogatorio rispetto al principio di parità di trattamento. I legislatori interni dovrebbero quindi imporre un obbligo in tal senso in capo all'autonomia collettiva. L'idea non è peregrina, in quanto l'esplicitazione nel documento negoziale (ed eventualmente nel contratto di somministrazione) delle causali poste a fondamento della deroga consentirebbe il controllo giudiziale sulla genuinità delle giustificazioni addotte e la verifica sulla loro non genericità e vaghezza. Le sanzioni alle eventuali infrazioni potrebbero essere costituite dalla applicazione *ex tunc* dei trattamenti conformi al principio di parità di trattamento.

Più difficile è invece prevedere quale possa essere la ricaduta della norma antielusiva sulle deroghe consentite dal § 4 della stessa disposizione. Infatti, qui si prevede la costituzione di un regime di protezione specifico per i lavoratori tramite agenzia, alternativo all'applicazione del principio di parità di trattamento. Non pare che esso possa essere riservato soltanto ad alcune imprese, ma, al contrario, è logico ritenere che debba ricevere applicazione generalizzata. In sostanza, sulla base di un accordo sindacale (si deve ritenere di livello interconfederale), viene definito l'assetto regolativo delle posizioni giuridiche di tutela del lavoratore tramite agenzia con applicazione estesa a tutti i rapporti di lavoro temporaneo. In tale caso non vi è un ruolo dell'autonomia negoziale individuale nell'applicazione del regime derogatorio e non sussiste l'esigenza di disposizioni antifraudolente.

La previsione che desta maggiori perplessità è quella in cui viene esplicitata quale condotta fraudolenta da prevenire la realizzazione di «missioni successive», appunto «con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva». Non si comprende in che modo la realizzazione di più missioni successive possa consentire l'elusione del principio di parità di trattamento, dacché, il frazionamento delle missioni non esime l'agenzia dalla garanzia dei trattamenti normativi ed economici previsti per i periodi in cui la missione ha luogo. È pur vero che la disposizione non limita l'ambito oggettivo delle misure antielesive al principio di parità di trattamento, ma, al contrario lo estende a tutte le previsioni della direttiva 2008/104/CE. Tuttavia, anche a voler valorizzare tale elemento, non sembra potersi giungere ad una decisiva chiarificazione. In tal caso la norma andrebbe a sovrapporsi con altre previsioni della stessa direttiva. In primo luogo quella del § 1 dell'art. 4, che già prevede la possibilità per gli Stati membri di mantenere in vita «divieti» e «restrizioni» all'utilizzo del lavoro tramite agenzia laddove questi siano indirizzati alla «prevenzione di abusi». D'altra parte, anche a volersi ritenere che l'u. § dell'art. 5 faccia riferimento a misure antifraudolente diverse da «divieti» e «restrizioni», la disposizione dovrebbe essere letta come intesa a imporre la previsione di sanzioni per la violazione degli obblighi imposti dalla direttiva ai soggetti coinvolti nella realizzazione della fattispecie interpositoria. Tuttavia, tali misure sono poste, peraltro in maniera più dettagliata, nell'art. 10.

Più realisticamente, il riferimento specifico alla successione di più missioni quale prassi fraudolenta, tale da richiedere specifiche previsioni repressive, pare un residuo delle precedenti versioni della direttiva, non opportunamente adattato alle successive modifiche che il testo normativo ha subito nella sua assai lunga gestazione. Infatti, l'art. 5, § 4, della versione originaria, presentata al Parlamento europeo dal Consiglio, aggiungeva, a quelle già previste nei §§ precedenti, un'ulteriore deroga che rimetteva agli Stati membri la facoltà di prevedere, riguardo alla retribuzione, che il principio di parità di trattamento non trovasse applicazione per il lavoratore temporaneo che svolgesse «una prestazione o una serie di prestazioni, presso la stessa impresa utilizzatrice,

nell'ambito di un lavoro che, tenuto conto della sua durata o natura, può essere realizzato in un periodo che non superi le sei settimane».

6. Il lavoro tramite agenzia e la sua funzione promozionale per l'occupazione stabile

Le scelte normative operate con la direttiva 2008/104/CE poggiano su principi che costituiscono un assetto sistematico coerente, per quanto passibili di discussione sul piano della loro opportunità o delle scelte valoriali ad essi sottese. Nella ricerca di un equilibrio difficoltoso tra flessibilità delle forme di impiego, incentivazione dell'occupazione e conservazione e miglioramento della "qualità" del lavoro, il legislatore comunitario sposta il baricentro della tutela del lavoratore sul rapporto e imprime una spinta verso la liberalizzazione dell'utilizzo del lavoro tramite agenzia interinale, al fine di valorizzare la funzione di promozione occupazionale propria di tale modello di assunzione.

Sul piano logico tale impostazione presuppone comunque la prevalenza del rapporto a tempo indeterminato ed alle dipendenze dell'utilizzatore, dacché tutto l'impianto normativo è indirizzato alla promozione ed alla maggiore diffusione di impiego stabile. Tuttavia, su quello giuridico, la promozione del lavoro temporaneo sembra condurre il legislatore all'equiparazione delle due forme di impiego, dacché l'effetto dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE non può che essere quello di una graduale rimozione delle limitazioni di carattere causale-oggettivo per il ricorso all'interposizione di manodopera.

Gli ordinamenti interni paiono destinati a vedere tramontare l'idea del lavoro tramite agenzia quale strumento eccezionale per l'acquisizione di manodopera, in forza della regola generale per la quale l'imposizione di restrizioni e divieti costituisce un'eccezione, giustificata sulla base degli interessi di carattere generale menzionati dall'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE.

In coerenza con tale assetto complessivo, sono poste disposizioni volte a favorire la creazione di impiego stabile ed alle dipendenze dirette dell'utilizzatore, che proiettano sul piano giuridico positivo le linee di politica del diritto sottese all'intervento normativo.

L'art. 6, § 1, prevede che «i lavoratori tramite agenzia interinale sono informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice, affinché possano aspirare, al pari degli altri dipendenti dell'impresa, a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato». Sono prescritte anche le modalità tramite le quali tali informazioni devono essere portate a conoscenza dei lavoratori, cioè «un avviso generale opportunamente affisso all'interno dell'impresa presso la quale e sotto il controllo della quale detti lavoratori prestano la loro opera».

La portata della disposizione non è di grandissimo momento, in quanto non pone alcun obbligo rispetto all'assunzione dei lavoratori tramite agenzia piuttosto che di nuova forza lavoro proveniente dall'esterno. Tuttavia, l'introduzione di una regola di trasparenza, consistente nell'obbligo di agevolare la conoscenza rispetto alla realizzazione di procedure di assunzione, facilita per il lavoratore la tutela delle proprie posizioni di interesse – giuridicamente tutelate o meno – anche sul piano della rappresentanza collettiva.

Ben maggiore rilievo assumono le previsioni poste al § 2 dello stesso articolo. A norma di tale disposizione, «gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano dichiarate nulle o possano essere dichiarate nulle le clausole che vietano o che abbiano l'effetto d'impedire la stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il

lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione». Tale disposizione deve essere oggetto di interpretazione estensiva, in quanto strettamente connessa alla *ratio* che il legislatore comunitario attribuisce all'intero impianto regolativo del lavoro tramite agenzia (Zappalà 2003a, 88). Pertanto, la sanzione della nullità colpisce tutte le clausole che, in concreto, producano l'effetto di precludere la stipulazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore. Anzi, lo stesso termine «impedire» («*prevent*», nel testo inglese) non va inteso come riferito alla assoluta preclusione rispetto alla stipulazione del contratto di lavoro. È sufficiente che quest'ultima sia resa più difficoltosa o, ad esempio, onerosa, al punto da rendere svantaggiosa per il lavoratore o per l'utilizzatore l'assunzione alle dipendenze di questo ultimo. Pertanto, devono essere considerate illegittime, ad esempio, le clausole che dispongano il pagamento di penali eccessive a favore dell'agenzia nel caso in cui l'utilizzatore assuma il lavoratore temporaneo. Ragionando poi, secondo lo stesso indirizzo esegetico, si deve ritenere che la sanzione della nullità colpisca sia le clausole pattuite tra l'agenzia e l'utilizzatore che quelle apposte al contratto di lavoro.

L'art. 6, § 2, per espressa previsione del suo secondo punto, «lascia impregiudicate le disposizioni in virtù delle quali le agenzie di lavoro interinale ricevono un compenso ragionevole per i servizi resi all'impresa utilizzatrice in relazione alla missione, all'impiego e alla formazione dei lavoratori tramite agenzia». Tale disposizione fa salve le clausole del contratto di somministrazione che istituiscono un trattamento corrispettivo a favore dell'agenzia di lavoro interinale per l'attività svolta a favore dell'utilizzatore. I compensi devono essere “ragionevoli”, e deve ritenersi che la ragionevolezza vada intesa come proporzionalità rispetto alle attività svolte dall'agenzia, cui pare riferirsi la disposizione stessa. Si tratta del fatto stesso dell'invio di un proprio dipendente («missione»), dell'attività di selezione ed assunzione del personale («impiego») e delle attività di formazione ed aggiornamento del lavoratore («formazione»), le quali costituiscono il valore specifico del ricorso al lavoro tramite agenzia, cioè il nucleo essenziale delle funzioni legate alla gestione del personale, dei cui costi l'utilizzatore intende liberarsi tramite la loro esternalizzazione.

Alcune perplessità suscita la previsione dell'art. 6, § 3, della direttiva, a norma della quale «le agenzie di lavoro interinale non richiedono compensi ai lavoratori in cambio di un'assunzione presso un'impresa utilizzatrice o nel caso in cui essi stipulino un contratto di lavoro o avviino un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice dopo una missione nella medesima». A quanto emerge dal tenore letterale della disposizione (anche nel testo in lingua inglese), il suo ambito attiene ad eventuali corrispettivi per l'attività di intermediazione svolta dall'agenzia, o comunque il pagamento di una somma di danaro a favore dell'agenzia da parte del lavoratore nel caso in cui questi venga assunto dall'utilizzatore a conclusione di una missione, a titolo di ulteriore compenso per l'effetto di incentivazione all'assunzione stabile connesso alla realizzazione della fattispecie interpositoria. Resta esclusa dall'ambito del divieto la previsione di un corrispettivo per l'assunzione e per l'invio in missione, che costituisce tradizionalmente una misura di tutela del lavoratore e di garanzia contro un utilizzo abusivo e fraudolento dell'interposizione. Proprio per quest'ultimo motivo, le misure di tale contenuto poste dagli ordinamenti interni non devono comunque essere ritenute legittime in riferimento alle eccezioni al principio di liberalizzazione del ricorso al lavoro tramite agenzia posto dall'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE.

Peraltro, la disposizione del § 3 sembra sovrapporsi a quella del § 2, o quanto meno rientrare nell'ambito, assai più generale, del divieto ivi posto. Talché, si potrebbe ritenere che la disposizione sia riferita soltanto alle clausole del contratto di somministrazione, mentre, per quanto attiene al contratto di lavoro, l'illegittimità delle clausole ostative dei processi di stabilizzazione del

rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore sia limitata a quelle relative al pagamento di un corrispettivo a favore dell'agenzia di somministrazione. In sostanza, ad accogliere tale impostazione, resterebbero impregiudicati, ad esempio, eventuali patti di stabilità sottoscritti dal lavoratore con l'agenzia.

Tuttavia, tale lettura non è conforme all'impianto sistematico dalla direttiva 2008/104/CE. Infatti, per tale via si porrebbe un limite alla realizzazione di occupazione stabile tramite il ricorso al lavoro temporaneo – che invece il legislatore comunitario vuole valorizzare –, peraltro, sminuendo l'esigenza di tutela della posizione del lavoratore nel rapporto, che costituisce l'altro pilastro su cui si fonda la disciplina dell'interposizione di manodopera posta dalla direttiva. Appare più corretto interpretare la disposizione del § 3, come la specificazione di un divieto che, in chiave interpretativa, si sarebbe già potuto desumere dalla norma di portata più generale del § 2.

7. La tutela delle condizioni di lavoro

Alle disposizioni volte a “rafforzare” sul piano positivo la funzione di promozione dell'occupazione attribuita al lavoro tramite agenzia, il legislatore comunitario affianca, con l'art. 6, direttiva 2008/104/CE, in particolare al § 4, norme volte a favorire le condizioni di lavoro del lavoratore temporaneo assicurandogli l'accesso alle «attrezzature collettive» ed alla «formazione professionale» a condizioni paritarie rispetto a quelle garantite ai dipendenti dell'utilizzatore. Si prevede che, «fatto salvo l'art. 5, § 1, i lavoratori tramite agenzia interinale accedono, nell'impresa utilizzatrice, alle strutture o alle attrezzature collettive e, in particolare, ai servizi di ristorazione, alle infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia e ai servizi di trasporto alle stesse condizioni dei lavoratori impiegati direttamente dall'impresa stessa, a meno che ragioni oggettive giustificano un trattamento diverso».

Tale disposizione appare un completamento del principio di parità di trattamento, posto dall'art. 5, § 1, direttiva 2008/104/CE, cui in effetti la disposizione fa riferimento “facendolo salvo”. Infatti, non si prevede un livello minimo inderogabile per l'accesso alle «attrezzature collettive» ed alla «formazione professionale», ma si impone la garanzia di tali servizi ed attività alle stesse condizioni previste per i «lavoratori impiegati direttamente dall'impresa stessa».

La clausola di salvezza posta all'inizio della disposizione attesta la sua natura residuale. Il § 4 dell'art. 6 è destinato a trovare applicazione soltanto laddove l'estensione delle prerogative garantite ai dipendenti dell'utilizzatore non sia già giustificata alla luce dell'applicazione del principio di parità di trattamento posto dall'art. 5. Anche in questo caso è prevista la possibilità di deroghe, in presenza di «ragioni oggettive», e l'eventuale differenziazione è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, sulla base, però, di causali che, si deve ritenere, debbano essere ulteriormente specificate dai legislatori nazionali, per non rendere difficoltosa la verifica sulla legittimità del loro utilizzo.

8. La tutela collettiva dei lavoratori tramite agenzia interinale e i diritti di “rappresentanza”

La direttiva 2008/104/CE contiene disposizioni intese a rafforzare la rappresentanza collettiva dei lavoratori tramite agenzia. Tale scelta è conforme all'esigenza complessiva di rafforzare la tutela del prestatore di opere. Infatti, a tal fine non è sufficiente incidere soltanto sulle posizioni giuridiche soggettive, ma è necessario promuovere il peso nelle relazioni sindacali dei lavoratori temporanei spesso meno sindacalizzati, in parte a causa dell'instabilità dell'impiego, ma anche per

una mancanza di attenzione delle organizzazioni sindacali nei confronti delle esigenze di rappresentanza dei lavoratori *non standard* in generale. Tale esigenza è stata di recente sottolineata dalla dottrina, la quale ha rilevato come il riconoscimento dei diritti sindacali sia nei confronti del somministratore, che dell'utilizzatore rende effettivo «il potere di coalizione di autotutela dei lavoratori» ed ha sostenuto l'esigenza di interpretare le disposizioni di diritto interno in conformità a tale orientamento (Barbera 2009, 23; cfr. Speciale 2009, 7).

L'intervento promozionale del legislatore comunitario pecca di incisività. Tuttavia, come noto – e come, peraltro, è dato evincere anche dal tenore delle disposizioni in oggetto – l'intervento regolativo è reso assai disagevole dalle profonde differenziazioni tra le tradizioni socio-economiche e la regolazione giuridica dei diversi sistemi sindacali (cfr. Pantano 2007, 960 ss.).

La direttiva impone la predisposizione una specifica disciplina adottata in via diretta dal legislatore ed, in alternativa, l'adozione di misure volte a favorire l'intervento delle parti sociali agevolando la rappresentanza sindacale dei lavoratori temporanei, senza mai influire in concreto sull'effettivo assetto del sistema sindacale.

Si prevede che «gli Stati membri adottano le misure adeguate o favoriscono il dialogo tra le parti sociali, conformemente alle loro tradizioni e pratiche nazionali». L'intervento promozionale deve essere indirizzato a «migliorare l'accesso dei lavoratori tramite agenzia interinale alle opportunità di formazione e alle infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia nelle agenzie di lavoro interinale, anche nei periodi che intercorrono tra una missione e l'altra, per favorirne l'avanzamento della carriera e l'occupabilità» ed a «migliorare l'accesso dei lavoratori tramite agenzia interinale alle opportunità di formazione di cui godono i lavoratori delle imprese utilizzatrici». La *ratio* è connessa all'intento generale di migliorare le condizioni di lavoro e di vita dei lavoratori temporanei nonché la qualità del lavoro. Non a caso, tali previsioni si collocano nell'ambito dell'art. 6, dedicato, appunto ad «accesso all'occupazione, alle attrezzature collettive alla formazione professionale».

Non si deve trascurare il riferimento alla formazione, che valorizza l'esigenza di interventi volti a rafforzare la professionalità del lavoratore temporaneo, talché si mantengano elevate le sue possibilità di accedere a nuovi impieghi, laddove, a causa dell'instabilità del rapporto di lavoro tramite agenzia, subentrino periodi di disoccupazione involontaria.

Il legislatore comunitario impone la promozione del confronto sia rispetto all'agenzia che alle imprese utilizzatrici. In particolare, si vuole favorire la compensazione degli elementi, per così dire, di "disagio" legati all'assunzione tramite lavoro temporaneo, cioè la necessità di mantenere elevato il livello di professionalità del lavoratore, in modo che egli possa più facilmente rientrare nel mercato una volta concluso il rapporto, nonché migliorare la fruizione dei servizi collaterali allo svolgimento della prestazione lavorativa, sì da facilitare l'organizzazione della vita personale e familiare.

Pare ragionevole ritenere che le disposizioni dell'art. 6, § 5, impongano un preciso obbligo di intervento ai legislatori nazionali. Gli ampi margini di discrezionalità garantiti si giustificano in relazione alle diversità e, quindi, alle difficoltà di armonizzazione dei differenti sistemi sindacali. Non è da escludere la previsione di veri e propri obblighi di informazione e consultazione in favore delle organizzazioni sindacali, ad esempio sulla realizzazione delle strutture di accoglienza all'infanzia o sulla realizzazione di iniziative di formazione da parte delle agenzie e, per quanto attiene alla formazione, delle imprese utilizzatrici. Soprattutto, dovrebbe essere valorizzata la funzione

del contratto collettivo aziendale, che per quanto attiene alla formazione nelle imprese utilizzatrici, appare lo strumento più idoneo per la realizzazione di un intervento efficace.

Le disposizioni appena esaminate sono in senso lato indirizzate ad intervenire sull'assetto delle relazioni sindacali, ma in maniera funzionalizzata, con l'intento di promuovere la qualità della vita e del lavoro dei lavoratori temporanei. Invece, l'art. 7 della direttiva pone norme di carattere generale volte a regolare la «rappresentanza dei lavoratori tramite agenzia interinale», al fine di promuovere una maggiore centralità delle loro esigenze di tutela nell'assetto delle relazioni industriali dei paesi membri.

È evidente come i problemi di “sindacalizzazione” dei lavoratori tramite agenzia si fondino sullo sdoppiamento della figura datoriale, soprattutto sulla “instabilità” del collegamento tra il lavoratore ed il contesto lavorativo e produttivo nel quale egli svolge la propria prestazione. I fenomeni di esternalizzazione mettono in crisi il sistema fordista di rappresentanza collettiva, incentrato sul dato socio-economico della permanenza stabile dei lavoratori nello stesso luogo di lavoro, in via indipendente dalla realizzazione di un modello a “canale unico” o “doppio”.

In verità, l'art. 7 affronta uno specifico elemento, peraltro di non poco momento, ma di carattere più generale rispetto alla specificità dei problemi di rilevanza nelle dinamiche sindacali dei lavoratori temporanei: la loro computabilità nelle soglie oltre le quali, secondo la normativa comunitaria e nazionale, vige l'obbligo per il datore di lavoro di consentire la costituzione degli organi di rappresentanza. Il legislatore comunitario attribuisce agli Stati membri la facoltà di stabilire se a tale finalità i lavoratori temporanei debbano essere computati tra i dipendenti dell'agenzia o tra quelli dell'impresa utilizzatrice, fermo restando l'obbligo della loro rilevanza nella verifica delle soglie dimensionali e, di conseguenza, la loro definitiva espulsione dal novero dei cc.dd. lavoratori trasparenti.

Il § 1 dell'art. 7 prevede che «i lavoratori tramite agenzia interinale sono presi in considerazione, alle condizioni stabilite dagli Stati membri, per il calcolo della soglia sopra la quale si devono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale o dai contratti collettivi in un'agenzia interinale». D'altra parte, secondo il § successivo, «gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere, alle condizioni da essi definite, che i lavoratori tramite agenzia interinale siano presi in considerazione, in un'impresa utilizzatrice, come lo sono o lo sarebbero i lavoratori direttamente impiegati dall'impresa medesima per lo stesso periodo di tempo, per il calcolo della soglia sopra la quale si possono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale e dai contratti collettivi». Infine, l'ultimo paragrafo della disposizione specifica che «gli Stati membri che si avvalgono della facoltà di cui al paragrafo 2 non sono tenuti ad applicare le disposizioni del paragrafo 1». In sostanza, laddove venga dato rilievo ai lavoratori temporanei per il computo delle soglie nell'ambito dell'agenzia che li ha assunti, ciò non comporta in via necessaria che il fatto di svolgere in concreto l'attività lavorativa nell'impresa dell'utilizzatore attribuisca loro rilievo nelle dinamiche sindacali all'interno di tale realtà produttiva (Si sottolinea però come la direttiva lasci impregiudicata la possibilità di attribuire rilevanza ai lavoratori interinali in entrambe le realtà produttive; Countouris, 2009, 337).

Tale impostazione non è condivisibile, anzi costituisce una ingiustificata limitazione delle prerogative di natura collettiva riconosciute ai lavoratori temporanei rispetto a quelli assunti in forma stabile dall'impresa che ne utilizza la prestazione. Infatti, lo “sdoppiamento” della figura datoriale

umenta e, soprattutto, rende peculiari le esigenze di rappresentanza dei lavoratori temporanei. Il computo di questi ultimi nelle soglie dimensionali per la costituzione delle rappresentanze all'interno dell'agenzia è giustificato dal fatto che tali lavoratori fanno parte dell'organizzazione produttiva, anzi ne costituiscono il fulcro e la parte più rilevante. Tuttavia, ciò non esclude che, allo stesso tempo, lo svolgimento della prestazione presso l'utilizzatore influisca sulle esigenze di rappresentanza collettiva all'interno di quell'impresa.

La spinta liberalizzatrice rispetto all'utilizzo del lavoro temporaneo lascia presagire un incremento del suo utilizzo. È ragionevole ritenere che la rilevanza di tali lavoratori nell'organizzazione produttiva delle imprese sia destinata ad aumentare. Ciò rende ancora più evidente la necessità di adattare i modelli di rappresentanza sindacale dei lavoratori temporanei alle esigenze di tutela che gli sono proprie, anche attraverso meccanismi che consentano di tenerli in considerazione per la determinazione delle soglie dimensionali ai fini della costituzione delle rappresentanze collettive. D'altra parte, ciò non può comportare l'annullamento o l'irrilevanza degli stessi lavoratori temporanei nella definizione dei modelli di rappresentanza all'interno dell'impresa alle cui dipendenze essi sono assunti. In breve, è la scelta dell'alternativa tra computo nell'ambito dei dipendenti dell'agenzia o tra quelli dell'utilizzatore, così come posta dall'art. 7, direttiva 2008/104/CE, a non soddisfare le istanze di rappresentanza dei lavoratori temporanei, anche alla luce della *ratio* sottesa alla direttiva, che laddove richiama l'intensificazione delle tutele di tali lavoratori sul piano del rapporto, deve intervenire in maniera adeguata anche sul piano collettivo.

A chiudere il novero delle disposizioni sulla tutela collettiva dei lavoratori tramite agenzia è posto l'art. 8, dedicato alla «informazione dei rappresentanti dei lavoratori». Facendo salve le norme più restrittive in materia di informazione dei rappresentanti dei lavoratori già presenti nel diritto comunitario ed in quello degli Stati membri (in particolare la direttiva 2002/14/CE), tale disposizione prevede che «l'impresa utilizzatrice è tenuta a fornire informazioni adeguate sul ricorso a lavoratori tramite agenzia interinale all'interno dell'impresa all'atto della presentazione dei dati sulla propria situazione occupazionale agli organi rappresentativi dei lavoratori, istituiti conformemente alla normativa comunitaria e nazionale».

Come noto, la previsione di norme sull'informazione e la consultazione dei lavoratori costituisce uno dei maggiori campi di intervento del diritto comunitario sulla disciplina del rapporto di lavoro negli ultimi anni, sia nelle imprese di livello transnazionale (v. Pantano 2007, 960 ss.; Corti 2006, 225 ss.) che in quelle di rilievo solo nazionale o locale (cfr. Lunardon 2008). In particolare, la direttiva 2002/14/CE istituisce «un quadro generale relativo all'informazione ed alla consultazione dei lavoratori».

L'art. 8 si limita a chiarire che le informazioni fornite dagli organi direttivi dell'impresa ai rappresentanti dei lavoratori devono comprendere anche i dati relativi all'utilizzo di lavoratori tramite agenzia interinale. Non si tratta soltanto di dati numerici, ma in generale anche di informazioni sul tipo di attività svolte, sulle motivazioni che inducono all'utilizzo di tale strumento di impiego ed anche sulla progressiva stabilizzazione dei rapporti con tali dipendenti, in conformità con la *ratio* della direttiva e con le scelte normative fondamentali del legislatore comunitario. La disposizione non istituisce nuovi obblighi di informazione, ma specifica soltanto il contenuto di obblighi già previsti. Ciò si evince dal suo tenore letterale, laddove si prevede che le informazioni debbano essere fornite «all'atto della presentazione dei dati sulla propria situazione occupazionale». Pertanto, le imprese che già restano escluse dai sistemi di informazione e consultazione, a causa dei loro livelli occupazionali, non sono coinvolte dall'applicazione dell'art. 8, direttiva 2008/104/CE.

9. Le misure di prevenzione degli abusi

La direttiva 2008/104/CE impone agli stati membri di prevedere «misure idonee in caso di inosservanza della presente direttiva da parte di agenzie interinali o imprese utilizzatrici». Devono «in particolare» essere previste «procedure amministrative o giudiziarie appropriate» per assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva (art. 10 § 1, direttiva 2008/104/CE). Si precisa che le sanzioni devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» e che il loro «regime» è determinato dagli Stati membri (art. 10 § 2, direttiva 2008/104/CE). Inoltre, su questi ultimi grava l'obbligo di notificare le sanzioni adottate alla Commissione entro il 5 dicembre 2011 e, comunque, di comunicare alla stessa eventuali loro modifiche.

La previsione di un sistema sanzionatorio effettivo e dissuasivo è conforme all'impianto generale della direttiva. L'introduzione di nuovi spazi di flessibilità attraverso la riduzione – se non l'eliminazione – di divieti e restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia impone l'adozione di misure volte a garantire l'effettività delle posizioni soggettive di tutela dei lavoratori temporanei, sul piano individuale e collettivo, ed a reprimere l'abusivo utilizzo del lavoro temporaneo come strumento di *dumping* sociale.

Le previsioni della direttiva in materia di sanzioni comprendono nel loro ambito di applicazione anche quelle intese a colpire la realizzazione di fattispecie interpositorie illegittime e non solo la violazione di norme a tutela delle posizioni giuridiche soggettive, individuali e collettive, dei lavoratori temporanei. Ciò è evidente per lo svolgimento dell'attività di fornitura da parte di soggetti non autorizzati. Si pensi all'appalto di servizi non genuino, che può consentire all'appaltatore di sottrarsi a regimi più onerosi per il datore di lavoro previsti per l'attività di somministrazione, ovvero può costituire uno strumento di esternalizzazione più appetibile sul piano economico laddove gli ordinamenti degli Stati membri prevedano per i lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore tutele meno intense e la possibilità di retribuzioni inferiori rispetto a quelli temporanei. Lo stesso dicasi per le previsioni in materia di forma del contratto di fornitura o di somministrazione, laddove esse siano indirizzate a favorire la realizzazione delle posizioni giuridiche soggettive del lavoratore temporaneo. Potrebbe dubitarsi dell'applicazione delle previsioni della direttiva 2008/104/CE in materia di sanzioni per la violazione dei requisiti obiettivi per la stipulazione del contratto di somministrazione o dei divieti. Tuttavia, si è già rilevato che, in forza dell'art. 4, la regolazione della fattispecie interpositoria non è estranea alla direttiva 2008/104/CE e, di conseguenza, anche in tale ambito è necessario che i sistemi sanzionatori posti dagli Stati membri colpiscano, ad esempio, la realizzazione di fattispecie interpositorie con finalità fraudolente o elusive, con sanzioni corrispondenti ai principi posti dal legislatore comunitario.

L'art. 10, della direttiva lascia ampio spazio ai paesi membri sul «regime» delle sanzioni. Tale previsione è comprensibile, alla luce delle ampie differenze presenti tra gli Stati membri rispetto al tipo di conseguenze cui vanno incontro i soggetti che pongono in essere fattispecie interpositorie illegittime. Si pensi a paesi quali la Grecia, l'Italia o l'Irlanda, nei quali è prevista la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore o a paesi come il Lussemburgo, in cui il mancato rispetto dei limiti al rinnovo del rapporto con l'agenzia comporta la costituzione con quest'ultima di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Tuttavia, la previsione per cui le sanzioni devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» presuppone la possibilità di un controllo anche incisivo della Corte di Giustizia sulle previsioni adottate. Seppure non vi sono prescrizioni sul tipo di sistema sanzionatorio, la discrezionalità degli Stati membri non è illimitata. In particolare, proprio la struttura triangolare dei rapporti sottesi al lavoro tramite agenzia, impone

che il peso dell'intervento afflittivo sia distribuito in maniera ragionevole tra i soggetti che pongono in essere l'illecito, sia rispetto alla solidità economica ed imprenditoriale, che al grado di colpevolezza, effettiva o presunta, nella sua realizzazione.

10. L'impatto della disciplina comunitaria sull'interpretazione dell'art. 20, 1° c., d.lgs. n. 276/2003: verso la fine del divieto di interposizione?

La lettura della direttiva 2008/104/CE e l'impostazione interpretativa prescelta incidono sulle ripercussioni che l'intervento del legislatore comunitario è in grado di produrre sugli ordinamenti dei Paesi membri. Da questo punto di vista, la disposizione più controversa e "sensibile" è quella dell'art. 4, che impone la revisione dei divieti e delle restrizioni relative al ricorso al lavoro tramite agenzia. In particolare, si pongono problemi di adattamento, quanto meno sul piano interpretativo, per quegli ordinamenti che prevedono regimi più restrittivi. Infatti, l'intento del legislatore è quello di promuovere il ricorso al lavoro temporaneo e, di conseguenza, restringere ed eliminare in via progressiva le limitazioni al suo utilizzo.

Occorre chiedersi quali conseguenze, alla luce di tali osservazioni, l'intervento del legislatore comunitario provochi nell'ordinamento italiano per la regolazione del lavoro temporaneo e, soprattutto, della fattispecie interpositoria nel suo complesso.

La fornitura di manodopera è oggi disciplinata nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 276/2003, al titolo III, capo I, rubricato «somministrazione di lavoro». L'art. 20 del decreto stabilisce che «il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato». Mentre nella versione originaria del decreto il contratto di somministrazione poteva essere stipulato sia a tempo indeterminato che determinato, nell'attuale formulazione (successiva agli interventi modificativi della l. n. 244/2007; su cui v. Carinci F., Miscione M. 2008) la somministrazione è «ammessa» soltanto se «a tempo determinato», «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» (art. 20, 4° c., d.lgs. n. 276/2003).

Tale disciplina si è sostituita a quella prevista dalla l. n. 1369/1960, che poneva un divieto assoluto di interposizione per l'assunzione di manodopera; divieto sottoposto, dal 1997, alle eccezioni previste dalla l. n. 196/1997, la quale consentiva la fornitura di manodopera nei casi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, per far fronte ad esigenze di organico dell'utilizzatore caratterizzate dall'attributo della "temporaneità" (cfr. Carinci M.T. 2008, 28 ss.; Carinci M.T. 2000, 1 ss.).

Il d.lgs. n. 276/2003 prevede, all'art. 85, 1° c., lett. c) e f), l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e degli artt. 1-11, l. n. 196/1997. Nondimeno, la dottrina prevalente ha ritenuto che si «postuli comunque, come in passato, un generale divieto di somministrazione di lavoro altrui» (Carinci M.T. 2004, 15). Tale impostazione riflette la convinzione radicata per la quale la corrispondenza tra il datore di lavoro e colui che utilizza la prestazione di lavoro costituisce la regola del rapporto di lavoro subordinato, come disciplinato dall'art. 2094 c.c., e, di conseguenza, qualsiasi norma che autorizzi una diversa conformazione della fattispecie assume carattere eccezionale (recentemente, e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. Carinci M.T. 2007, 1027 ss.). Non sono però mancate opinioni contrastanti, che avevano evidenziato l'inattualità del divieto di interposizione nell'assunzione di manodopera e l'insussistenza della sua presunta necessità sul piano teorico

(Ichino 1999; Tiraboschi 1992, 83 ss.; De Luca Tamajo 1995, 418 ss.). Si rilevava che le rigide sanzioni poste dalla l. n. 1369/1960 comportavano un inopportuno effetto repressivo nei confronti dei fenomeni di “esternalizzazione” caratteristici del sistema economico produttivo postfordista. Inoltre, si sottolineava come la fattispecie “lavoro subordinato” non postulasse affatto l’accentramento di tutte le posizioni giuridiche soggettive del datore di lavoro; al contrario tale prospettiva non si porrebbe in contrasto con un’effettiva tutela dei lavoratori temporanei, dovendo questa realizzarsi con la garanzia di posizioni giuridiche di protezione all’interno del rapporto (Ichino 1999). Tale ultima impostazione è stata più di recente approfondita dalla dottrina, la quale ha sottolineato l’inefficacia delle impostazioni tradizionali nella ricerca di una interpretazione migliorativa per la tutela dei lavoratori temporanei (Corazza 2004, 10 ss.). Si rileva che «se è vero che non è più, o non è solo, l’organizzazione produttiva che esprime le capacità economiche di un’impresa, continuare ad allocare rischio e responsabilità laddove vi sia coordinamento diretto, temporale e spaziale, della prestazione, senza che vi sia necessariamente maggiore solidità economica, può risultare del tutto inefficace in termini di tutela, ove si voglia preservare la stabilità del posto e la continuità del reddito» (Barbera 2009, 20). Quindi, la valorizzazione del criterio dell’effettiva utilizzazione finisce per costituire una finzione giuridica, fondata su un assunto per il quale la titolarità del rapporto di lavoro non è “scomponibile” tra più soggetti, non confortato dall’effettiva conformazione dei rapporti economici nelle moderne realtà produttive. Al contrario, l’esperienza comparatistica (Ratti 2009, 36 ss.; Corazza 2004, 65 ss.; Salomone 2005, 26; Esposito 2002, 50 ss.) dimostra che in altri ordinamenti giuridici l’emancipazione del rapporto di lavoro subordinato dal dogma della monodatorialità riceve una piena consacrazione giuridica e può garantire una migliore modulazione delle tutele, ponendo al centro non la fattispecie interpositoria, e la regolazione della “triangolazione” che ne costituisce il fondamento, ma le posizioni giuridiche di garanzia del prestatore d’opera.

È difficile negare che un simile approccio sia quello fatto proprio dal legislatore comunitario. Resta tuttavia da capire in che misura le disposizioni della direttiva 2008/104/CE siano in grado di influire in concreto sull’assetto regolativo della somministrazione e del lavoro somministrato.

Le previsioni della direttiva 2008/104/CE, nonché, soprattutto, l’assetto sistematico e la *ratio* di fondo che ad esse sono sottesi, mettono in crisi l’idea della permanenza nel nostro ordinamento di un generale divieto nei confronti del ricorso all’interposizione. Alla luce dell’art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE, sono «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale» a dover essere giustificati e non il ricorso stesso. Di conseguenza, la regola è quella per cui la somministrazione costituisce un normale strumento di assunzione di manodopera, salvo specifiche limitazioni previste dal legislatore e giustificate sulla scorta dell’art. 4, § 1, che assumono però carattere eccezionale.

La stessa Corte di Cassazione dovrà tenere conto delle indicazioni del legislatore comunitario, che, secondo l’impostazione qui prospettata, impongono di rivedere l’orientamento in materia di recente assunto (cfr. Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, cit.). Alla luce dell’art. 4, direttiva 2008/104/CE è affatto controversa la permanenza nell’ordinamento interno del principio per il quale «il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro e prescindendosi da ogni indagine (...) sull’esistenza di accordi fraudolenti» (Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, cit., 1015). Soprattutto, il ripetuto richiamo alla necessaria funzione antielusiva delle restrizioni al ricorso al lavoro temporaneo e l’impianto sistematico della direttiva 2008/104/CE pongono in dubbio che il divieto di

interposizione operi «oggettivamente, prescindendo da un intento antifraudolento o simulatorio delle parti» (Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, cit., 1015), laddove, al contrario, in assenza di limitazioni generali di carattere oggettivo, è proprio la finalità fraudolenta che si pone alla base dell'illiceità del ricorso alla fornitura di lavoro altrui, nei casi eccezionali in cui questa riceva limitazioni. Semmai, si dovrà discutere della natura assoluta o relativa di eventuali previsioni limitative.

Per tale via, lo stesso requisito della necessaria temporaneità delle ragioni che giustificano il ricorso alla somministrazione può essere revocato in dubbio. Infatti, sul piano teorico, l'idea per la quale al lavoro tramite agenzia sia connaturato il requisito della temporaneità deriva dalla sua presunta eccezionalità rispetto al lavoro alle dirette dipendenze del soggetto che utilizza la prestazione lavorativa (cfr. Scarpelli 2004, 152; ma per una lettura diversa v. Carinci M.T. 2008, 39, la quale pur ritenendo che il d.lgs. n. 276/2003 mantenga in vita il generale divieto di interposizione previsto dalla l. n. 1369/1960, sostiene che esso abbia fatto venire meno la necessaria temporaneità delle esigenze sottese al ricorso alla somministrazione). Tale interpretazione non trova più giustificazione alla luce delle recenti evoluzioni dell'ordinamento comunitario, alla luce delle quali le limitazioni del ricorso al lavoro tramite agenzia possono essere soltanto eccezionali e giustificate in base ad una delle causali previste dall'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE. In ogni caso, i legislatori nazionali e gli interpreti devono tenere in considerazione la finalità promozionale di tale forma di assunzione della manodopera perseguita dalla direttiva, in forza del ruolo di catalizzatore dell'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro e, quindi, di incentivo all'incremento dei livelli occupazionali che il legislatore europeo gli attribuisce.

La logica che sembra trasparire dalla direttiva è quella per la quale attraverso il lavoro temporaneo sono moltiplicate le possibilità di conseguimento di un lavoro stabile. Da un lato, la liberalizzazione di tale forma di impiego agevola l'uscita dallo stato di disoccupazione involontaria; dall'altro, lo svolgimento della prestazione lavorativa presso l'utilizzatore facilita la possibilità di stipulare un rapporto di lavoro stabile alle dipendenze di quest'ultimo. Pertanto, se si impone la valorizzazione delle misure antielusive, volte ad impedire la stabilizzazione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, non può essere consentito un limite intrinseco alla fattispecie quale quello della temporaneità.

L'art. 20, 4° c., d.lgs. n. 276/2001 prevede che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Nonostante il legislatore interno abbia specificato che tali ragioni giustificano il ricorso alla somministrazione «anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore», dottrina e giurisprudenza hanno continuato ad offrire una lettura restrittiva di tale clausola (Scarpelli 2004, 158; ritiene ancora permanere il requisito della temporaneità e la necessità da parte del datore di lavoro di giustificare il ricorso al lavoro temporaneo anche Ichino 2004, 288; *contra* Carinci M.T. 2008, 39 (esclude la permanenza in vigore del vincolo della temporaneità anche Chieco 2004).

Tale lettura omette di tenere in considerazione la previsione posta dal legislatore interno sulla riferibilità «all'ordinaria attività dell'utilizzatore» delle ragioni che giustificano la stipula del contratto di somministrazione. Né pare convincente l'obiezione per la quale possono esistere ragioni «riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» ma temporanee (si pensi ad esempio alla necessità di intensificare l'attività per un incremento transitorio della richiesta, senza che ciò comporti lo svolgimento di attività differenti da quelle ordinarie condotte dall'impresa). Così ragionando, la clausola in discussione sarebbe priva di qualsiasi portata innovativa, dacché tali fattispecie sarebbero comunque comprese nella previsione generale per la quale alla somministrazione si ricorre

per ragioni di carattere «tecnico, produttivo o organizzativo».

Le indicazioni del legislatore comunitario inducono ad escludere l'esistenza del limite della temporaneità delle esigenze giustificatrici quale elemento caratterizzante della fattispecie negoziale. Al contrario, tutta l'impostazione della direttiva sembra indurre a ritenere che è il lavoro (*rectius*, la missione) ad essere «temporaneo» e non le giustificazioni necessarie per il ricorso alla somministrazione. Se il lavoro temporaneo deve costituire uno strumento di agevolazione dell'incontro della domanda e dell'offerta e quindi di promozione dell'occupazione stabile, secondo la logica cui si conforma l'intero provvedimento, sarebbe irragionevole la "sperimentazione" del lavoratore temporaneo su esigenze di organico che, per loro natura, sono destinate a venire meno, insieme quindi ai presupposti per la "auspicata" assunzione stabile alle dipendenze dell'utilizzatore.

Pertanto, alla luce della direttiva 2008/14/CE, non paiono più giustificati orientamenti giurisprudenziali, quali quelli espressi dalla più recente giurisprudenza di merito, volti a valorizzare la "eccezionalità" del lavoro reperito tramite somministrazione rispetto al modello negoziale *standard* alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore. Si afferma che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato deve tendenzialmente essere effettuata nel rispetto delle norme di cui al d.lgs. n. 368/01» e che «in caso di somministrazione effettuata al di fuori di quelle condizioni, si deve ritenere sussistente un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore» (Trib. Milano 10.4.2007, n. 1235, *DPL*, 2007, 2091). A tali conclusioni si giunge sulla base dell'assunto – smentito dal legislatore comunitario – che «la somministrazione di lavoro costituisce un'evidente deroga ai principi affermati dal nostro ordinamento giuslavoristico». Tale impostazione valorizza l'interpretazione letterale e attribuisce all'espressione «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», contenuta sia nell'art. 21, 4° c., d.lgs. n. 276/2003, sia nell'art. 1, 1° c., d.lgs. n. 368/2001, un identico valore precettivo, smentito, però, dall'interpretazione sistematica, specie alla luce delle disposizioni comunitarie correlate. Infatti, «una cosa è (...) discutere dei limiti causali (e non) alla stipulazione di un contratto di lavoro a termine che deve confrontarsi con un assetto, anzitutto costituzionale, a tutela della stabilità dell'occupazione del lavoratore e di un altro grappolo di diritti della persona; altra cosa è discutere degli stessi limiti riferiti, questa volta, alla stipulazione di un contratto tra imprese, che si inserisce entro un sistema di rapporti tra soggetti paritari governati dalle regole proprie delle istituzioni economiche, a cominciare dalla libertà dell'art. 41 Cost.» (Chieco 2004, 16). Si aggiunga che mentre la direttiva 99/70/CE chiarisce che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro» (8° considerando), la direttiva 2008/14/CE non prevede l'eccezionalità del lavoro tramite agenzia rispetto al lavoro alle dipendenze dirette dell'utilizzatore, ma, al contrario, lo promuove attraverso un processo di progressiva liberalizzazione, indirizzato alla rimozione di «limitazioni» e «restrizioni» alla realizzazione delle fattispecie interpositorie.

Per tale via, il significato precettivo della disposizione che impone l'indicazione delle ragioni giustificatrici nel documento negoziale del contratto di somministrazione risulta modificato. La specificazione per iscritto non è più preordinata alla verifica da parte del giudice della legittimità delle ragioni sottese al ricorso alla somministrazione. La previsione della forma scritta *ad substantiam* (cfr. Trib. Bologna 8.2.2008) per l'indicazione delle ragioni di «carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» può assumere la funzione di una norma di trasparenza. Essa si concretizza nell'obbligo di specificare le valutazioni sottese alla scelta gestionale e consente una più

agevole verifica delle condotte fraudolente, attraverso il confronto tra quanto indicato nel documento negoziale e la concreta realizzazione del rapporto.

11. Le ricadute della direttiva 2008/104/CE sulla regolamentazione interna del rapporto di lavoro

Mentre alla regolazione della fattispecie interpositoria il legislatore comunitario indica una sola disposizione (l'art. 4), le altre previsioni della direttiva sono dedicate alla regolazione del rapporto, dacché l'ordinamento comunitario sposta su tale versante l'asse portante del regime di protezione dei lavoratori temporanei.

I principi fondamentali sui quali il legislatore comunitario ha incentrato la disciplina del rapporto di lavoro temporaneo ricevono in genere già applicazione nella legislazione interna, quanto meno nei paesi dell'Europa occidentale. La loro estensione o la modifica del loro regime – si pensi al principio di parità di trattamento – costituiscono ed hanno costituito uno dei punti più discussi nel dibattito sulla somministrazione e sulla tutela dei lavoratori somministrati. Tuttavia, l'analisi della normativa interna alla luce delle previsioni comunitarie può riservare qualche sorpresa, poiché in alcuni casi le previsioni del legislatore interno si rivelano meno restrittive sul piano delle tutele rispetto a quelle del diritto comunitario.

12. Il principio di parità di trattamento nel diritto interno

L'art. 23, 1° c., d.lgs. n. 276/2003, prevede che «i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte». Tuttavia, «restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196».

Anche tale disposizione pone alcune questioni rispetto alla sua compatibilità con le previsioni dell'art. 5, direttiva 2008/104/CE. Infatti, l'espressione «complessivamente non inferiore» ha un tenore differente da quella utilizzata dal legislatore comunitario, che fa riferimento a «condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori» «almeno identiche» tra i lavoratori temporanei e quelli alle dipendenze dell'utilizzatore. Le disposizioni comunitarie non sembrano ammettere un giudizio complessivo di equivalenza, vietando differenziazioni anche nella determinazione delle singole voci retributive. Non sono consentite differenze normative o retributive e non solo a tutela dell'interesse specifico del lavoratore, ma anche al fine di impedire dinamiche concorrenziali fondate sul *dumping sociale* (cfr. Chieco 2004, 49).

Il legislatore del 2003 ha specificato che la comparazione deve essere riferita a dipendenti che svolgano le stesse mansioni («a parità di mansioni»). Anche qui occorre fare riferimento al trattamento contrattuale previsto per lavoratori che se assunti direttamente dall'utilizzatore svolgerebbero le stesse mansioni di quelli somministrati (cfr. Speciale 2006, 54; Ichino 2004, 299; *contra* Carinci M.T. 2008, 64; Chieco 2004, 19).

Il legislatore italiano estende il principio di parità a tutti i trattamenti normativi. Tale previsione parrebbe avere un ambito di applicazione più esteso rispetto a quello della direttiva, che invece utilizza l'espressione «condizioni di lavoro e d'occupazione», facendo riferimento ad un numero più ristretto di istituti (cfr. *supra*, § 10.2.5.). Di conseguenza, mentre per quanto ricade nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria il principio di parità di trattamento va inteso nel senso più restrittivo indicato dall'art. 5, § 1, per gli altri trattamenti normativi l'equivalenza può essere

accertata sulla base di un giudizio complessivo, non senza un ampio margine di incertezza nell'applicazione. In ogni caso, la direttiva non consente revisioni peggiorative di trattamenti più favorevoli già applicati nell'ordinamento interno, per la clausola di non regresso dell'art. 9, § 2, della stessa direttiva.

Il 2° c. dell'art. 23, d.lgs. n. 276/2003 esclude l'applicazione del principio di parità di trattamento per i «contratti di somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati, a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso con Regioni, Province ed enti locali ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 13». La *ratio* della disposizione, indirizzata a favorire l'accesso al lavoro per soggetti particolarmente "svantaggiati", non elimina l'attrito con il principio di parità di trattamento, come declinato dal legislatore comunitario, il quale, appunto, non ammette deroghe se non quelle esplicitate dalla stessa direttiva 2008/104/CE, da intendersi sempre in modo restrittivo (già critico nei confronti di tale disposizione Speciale 2006, 29; ed in generale, nei confronti del ribasso delle tutele al fine di favorire l'occupazione, Del Punta 2001, 38).

Analoghe osservazioni valgono per il 4° c. della stessa disposizione, che attribuisce ai «contratti collettivi applicati dall'utilizzatore» la facoltà di stabilire «modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa» (cfr. Chieco 2004, 50; Ichino 2004, 300). Come già rilevato, il principio di parità di trattamento va applicato a tutte le voci della «retribuzione», secondo la previsione dell'art. 3, § 1, lett. f), punto ii, direttiva 2008/104/CE, cui rinvia l'art. 5, § 1; né possono essere ammesse interpretazioni che riconducano tale eccezione alle deroghe giustificate dall'art. 5, § 3 della direttiva 1472008/CE, dacché, in tale caso il legislatore comunitario richiede che la previsione legislativa sia stata preceduta dalla consultazione delle parti sociali.

L'art. 23, § 4, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che «i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno altresì diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio». Anche qui può sorgere qualche perplessità in merito alla compatibilità con il secondo periodo dell'art. 6, § 4, direttiva 2008/104/CE, che, come già sottolineato, costituisce un'ulteriore declinazione del principio di parità di trattamento. Infatti, parte di tali servizi rientra tra le «strutture» o «attrezzature collettive» cui fa riferimento il legislatore comunitario; di certo tale affermazione vale per le «infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia». Le eventuali limitazioni all'applicazione del principio di parità di trattamento in tali casi devono fondarsi su «ragioni oggettive» che «giustificano un trattamento diverso». Non sembra potersi reputare tale il requisito della «anzianità», specie se riferito ai lavoratori temporanei che difficilmente possono maturarne un livello rilevante. Peraltro, resta oscuro se l'anzianità debba essere riferita alla durata della missione o al rapporto di lavoro. In tale ultima ipotesi sarebbe irragionevole la modulazione in base a tale criterio di prerogative legate in gran parte alla relazione con la struttura organizzativa dell'utilizzatore.

13. Le clausole che impediscono la stabilizzazione del rapporto con l'utilizzatore

La regola di un'interpretazione coerente con la *ratio* dell'intervento normativo del legislatore comunitario va applicata anche alle clausole che limitino od ostacolino l'assunzione del lavoratore

temporaneo alle dipendenze dell'utilizzatore. Ciò pone in attrito con le previsioni comunitarie l'art. 9, 8° c., d.lgs. n. 276/2003, il quale dispone che la sanzione della nullità, prevista per «ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione» non trovi applicazione «nel caso in cui al lavoratore sia corrisposta una adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore». Infatti, la previsione comunitaria non prevede possibilità di deroga.

Per lo stesso motivo deve essere condivisa la lettura di chi ritiene di estendere la nullità alle clausole limitative dell'assunzione alle dipendenze dell'utilizzatore anche se apposte al contratto di lavoro, nonostante la disposizione interna sembri riferirsi al solo contratto di somministrazione (Ichino 2004, 313). Peraltro, la direttiva 2008/104/CE fa esplicito riferimento anche alle clausole sottoscritte dal lavoratore.

Inoltre, devono essere ritenute nulle le previsioni che ostacolano o rendano eccessivamente onerose le dimissioni del lavoratore temporaneo, laddove esse siano motivate dall'assunzione da parte dell'utilizzatore. In particolare, sembra incompatibile con le previsioni del diritto europeo l'inesistenza del potere di recesso in capo al lavoratore a termine, salvo voler ritenere che l'opportunità di stipulare un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore costituisca una giusta causa di dimissioni, ai sensi dell'art. 2119 c.c. Mentre non pare di per sé in contrasto con l'art. 6, § 2, direttiva 2014/2008/CE la previsione del pagamento di un'indennità per il recesso anticipato, laddove di entità ragionevole e, di conseguenza, non tale da rendere eccessivamente onerosa per il lavoratore l'estinzione. In tal senso può essere ritenuto valido l'art. 31 C.c.n.l. per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro, in vigore dal 24 luglio 2008, il quale prevede il pagamento di una penalità per la risoluzione anticipata da parte dei lavoratori a tempo determinato commisurata al numero di giorni di missione non effettuati. La penale non è tale da «impedire» l'assunzione, limitandosi ad attribuire al lavoratore il pagamento di una somma volta ad indennizzare l'agenzia per il danno subito a seguito dell'estinzione anticipata del rapporto. Peraltro, «in caso di comunicazione preventiva del recesso anticipato, in misura pari al numero di giornate di penale imputabili, la stessa non viene applicata».

Anche per quanto attiene il rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia la previsione di limitazioni al potere di recesso del datore rischia di entrare in conflitto con l'art. 6, § 2, direttiva 14/2008/CE. Infatti, sarebbe da ritenere illegittima la determinazione di un'indennità di mancato preavviso tale da rendere talmente oneroso il recesso da impedire la stipulazione del contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

Allo stesso tipo di verifica deve essere sottoposto l'art. 11, 2° c., d.lgs. n. 276/2003, il quale prevede che il divieto di oneri economici a carico dei lavoratori possa essere derogato dai «contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale (...) per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati». Anche in questo caso la relativa disposizione della direttiva 2008/104/CE non prevede la possibilità di deroghe. Tuttavia il legislatore comunitario ha previsto il divieto di richiedere compensi da parte delle agenzie di lavoro interinale soltanto «in cambio di un'assunzione presso un'impresa utilizzatrice o nel caso in cui essi stipulino un contratto di lavoro o avviino un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice dopo una missione nella medesima agenzia interinale». Nulla si dice in merito all'eventuale compenso attribuito dai lavoratori all'agenzia per l'assunzione tramite contratto

di lavoro temporaneo e non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva quello eventuale per l'attività di intermediazione. Quindi, soltanto in tali due ipotesi deve essere considerata valida la previsione dell'art. 11, 2° c., d.lgs. n. 276/2003, mentre non sono consentite deroghe da parte della contrattazione collettiva nei casi esplicitamente disciplinati dal legislatore comunitario.

Infine, qualche dubbio di legittimità, sotto analoghi profili, può essere sollevato in relazione all'art. 22, 2° c., d.lgs. n. 276/2003 nella parte in cui deroga alla disciplina posta dal d.lgs. n. 368/2001 sulla proroga e la successione di contratti a termine per i lavoratori temporanei utilizzati nell'ambito di una somministrazione a tempo determinato. Tale opzione normativa facilita il mantenimento di occupazione non stabile anche in relazione ad esigenze organizzative che perdurano nel tempo. In tali circostanze, la possibilità di prorogare o rinnovare i contratti a termine in maniera indiscriminata disincentiva l'assunzione a tempo indeterminato da parte dell'agenzia e, per quanto in via indiretta, consente all'utilizzatore di procrastinare l'eventuale assunzione a tempo indeterminato di un lavoratore del quale abbia appurato ed apprezzato la professionalità.

14. La rappresentanza collettiva dei lavoratori "somministrati" nel diritto interno

Le previsioni del legislatore interno in materia di rappresentanza sindacale dei lavoratori temporanei sono assai scarse e del tutto inadeguate a consentire la formazione di un sistema efficace di tutela degli specifici interessi collettivi dei lavoratori "somministrati". Tant'è che in alcuni punti il d.lgs. n. 276/2003 rischia, sotto tale profilo, di non dare un completo adattamento alla disciplina comunitaria, per quanto la stessa direttiva 2008/104/CE non preveda un sistema organico e compiuto. Una disciplina più dettagliata è rinvenibile nel C.c.n.l. 24.7.2008, che pare in qualche modo colmare le lacune della normazione primaria, esercitando il ruolo di adattamento alla realtà specifica delle relazioni industriali interne gli scarni principi del legislatore italiano ed ora di quello comunitario.

Per quanto, in linea di principio, è vero che il legislatore del 2003 ha aperto la strada a forme di «codatorialità» anche in materia di diritti sindacali (Barbera 2009, 23); alla generica previsione dell'art. 24, 1° c., d.lgs. n. 276/2003, per la quale «ai lavoratori delle società o imprese di somministrazione e degli appaltatori si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni», non corrispondono disposizioni di adattamento agli specifici problemi della rappresentanza collettiva dei lavoratori tramite agenzia (Carinci M.T. 2008, 77 ss.).

In relazione all'impresa utilizzatrice il legislatore interno si limita a prevedere che «il prestatore di lavoro ha diritto a esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici» (art. 24, 2° c.), senza disposizioni di dettaglio e, di conseguenza con un ruolo di integrazione attribuito alla contrattazione collettiva. In effetti, il C.c.n.l. 24.7.2008 ha delineato un sistema di rappresentanza collettiva dei lavoratori tramite agenzia; il quale si fonda sul «rappresentante nazionale di agenzia», il «delegato sindacale territoriale», il «rappresentante sindacale in azienda». Per l'art. 16, 1° c., lett. a), C.c.n.l. il «rappresentante nazionale di agenzia» costituisce la principale istanza rappresentativa dei lavoratori temporanei presso l'agenzia datrice di lavoro formale. Il numero dei componenti va da 3 a 9 secondo il numero dei dipendenti «full-time», con l'applicazione del principio *pro rata temporis* per i lavoratori a tempo parziale.

Il «rappresentante nazionale di agenzia» costituisce un soggetto di rappresentanza unitario, sul modello delle r.s.u., per esplicita previsione delle parti negoziali all'art. 16, 1° c. Di conseguenza, l'assenza di regole specifiche sulle modalità di individuazione dei membri induce a ritenere applicabili le disposizioni dell'accordo confederale del 1993, incluso l'istituto della riserva del terzo, a favore delle Oo.ss. che hanno sottoscritto il C.c.n.l.

Posta la natura «unitaria» del sistema di rappresentanza nelle agenzie, desta qualche perplessità la previsione, contenuta nella stessa disposizione, per la quale «le rappresentanze nazionali di agenzia svolgono, unitamente alle proprie organizzazioni, le attività negoziali proprie relative agli interventi nei confronti della medesima Agenzia di Somministrazione per l'applicazione dei contratti e delle norme in materia di lavoro e per l'applicazione dei diritti sindacali in genere». In primo luogo risulta ambiguo il riferimento alle Oo.ss. come «proprie» rispetto al rapporto con le rappresentanze, dacché la r.n.a., in quanto organismo unitario, dovrebbe essere svincolato da un rapporto preferenziale con una o più organizzazioni sindacali. Deve ritenersi che il riferimento sia alle Oo.ss. che godono della riserva del terzo, pare di capire, con una implicita restrizione a tali organizzazioni della legittimazione a negoziare per la stipulazione del contratto collettivo aziendale.

Qualche dubbio interpretativo solleva anche la mancata specificazione del numero di componenti della rappresentanza nelle aziende con meno di 2000 dipendenti *full-time*. Ciò potrebbe indurre a ritenere che non sia prevista per le imprese di tale dimensione alcuna forma di rappresentanza dei lavoratori "somministrati" presso l'agenzia. In verità tale interpretazione lascerebbe un rilevante vuoto di rappresentanza, perché dipendenti di imprese di dimensione rilevante sarebbero privi di una rappresentanza collettiva presso il proprio datore di lavoro, con la conseguenza di un vuoto anche rispetto all'esercizio dei diritti di informazione e consultazione previsti dal d.lgs. n. 25/2007, attuativo della direttiva 2004/14/CE. Tuttavia, non possono essere condivise interpretazioni estensive, tali da forzare la volontà delle parti negoziale al punto da ipotizzare la costituzione di rappresentanze nazionali di agenzia di uno o due membri nelle imprese con meno di 2000 dipendenti. Quindi, nelle agenzie per il lavoro con meno di 2000 dipendenti l'unica forma di rappresentanza collettiva dei lavoratori "somministrati" è esercitata dai delegati sindacali territoriali, i quali, non sono costituiti nell'azienda, ma hanno una competenza territoriale di carattere regionale e provinciale. Inoltre, secondo l'art. 16, 1° c., lett. b), C.c.n.l. i «delegati sindacali territoriali sono nominati dalle singole organizzazioni firmatarie del presente Ccnl a livello regionale e provinciale». A tali organi sono attribuite «le funzioni di intervento nei confronti delle Agenzie di Somministrazione per l'applicazione dei contratti e delle norme in materia di lavoro e per l'applicazione dei diritti sindacali in generale, nell'ambito di un territorio provinciale, interprovinciale o regionale definito». Quindi, i delegati non possono esercitare in via diretta i diritti sindacali né svolgere funzioni negoziali, con l'irragionevole conseguenza che i lavoratori delle agenzie con meno di 2000 dipendenti somministrati resterebbero privati dell'esercizio di tali prerogative. In verità, deve ritenersi che, per effetto del richiamo generale dell'art. 24, 1° c., d.lgs. n. 276/2003, nelle imprese con meno di 2000 lavoratori "somministrati" questi ultimi possano costituire rappresentanze sindacali aziendali a norma dell'art. 19 st. lav., legittimate all'esercizio dei diritti sindacali del titolo III.

L'art. 16, 1° c., lett. c), istituisce invece il «rappresentante sindacale aziendale», che svolge «compiti di intervento nei confronti delle ApL operanti nella specifica impresa utilizzatrice e si coordina con i delegati sindacali territoriali operanti sul suo territorio e con i delegati nazionali di agenzia»

(da intendersi come i membri del rappresentante nazionale di agenzia). Tale organismo costituisce quindi l'istanza rappresentativa dei lavoratori "somministrati" presso l'impresa utilizzatrice, laddove questa impieghi «almeno 20 lavoratori in somministrazione contemporaneamente per più di tre mesi, anche di ApL diverse». Il rappresentante sindacale in azienda è un organismo di natura elettiva. Infatti, «le organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie possono organizzare elezioni di rappresentanti dei lavoratori nella misura di 1 rappresentante per ogni 20 lavoratori in somministrazione». Per quanto il primo periodo della disposizione in oggetto preveda che il rappresentante sindacale in azienda sia «eletto o nominato» tra i lavoratori somministrati dell'impresa utilizzatrice, il contratto non prevede procedure alternative all'elezione, pertanto non si vede per quali vie si possano nominare i rappresentanti ed, in assenza di nuove previsioni negoziali, quello elettorale sembra l'unico metodo di individuazione dei membri dell'organismo. Anche in questo caso deve ritenersi richiamato il sistema di elezione disciplinato dall'accordo interconfederale del 1993 sulle r.s.u.

Al fine di rendere effettiva la realizzazione delle rappresentanze, il C.c.n.l. prevede che le agenzie debbano fornire alle organizzazioni sindacali firmatarie «informazioni sul numero delle aziende utilizzatrici in cui si è verificata la situazione di presenza contemporanea di almeno 20 lavoratori in somministrazione per più di 3 mesi».

L'art. 16, 1° c., lett. c), C.c.n.l. prevede una serie di disposizioni più dettagliate sul funzionamento di tale rappresentanza e di prerogative per i lavoratori che fanno parte dell'organismo. Per questi ultimi è prevista la facoltà di rimanere in carica fino ai 24 mesi successivi alla fine della missione.

Cercando di risolvere una questione assai discussa in giurisprudenza, le parti negoziali collettive hanno previsto che le organizzazioni sindacali possano revocare il mandato dei rappresentanti «nominati», dandone comunicazione all'agenzia; tuttavia tale clausola non può ritenersi immune da eventuali rilievi sulla sua validità (cfr. Cass. 12.8.2000, *MGL*, 2000, 1140).

Nel C.c.n.l. sono poi previste norme che regolano il godimento di diritti sindacali. In particolare, l'art. 18 – rubricato «Assemblea» – pare dare attuazione all'art. 24, 3° c., d.lgs. n. 276/2003, a norma del quale «ai prestatori di lavoro che dipendono da uno stesso somministratore e che operano presso diversi utilizzatori compete uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e con le modalità specifiche determinate dalla contrattazione collettiva». La norma negoziale prevede per i «lavoratori in somministrazione» uno specifico diritto di riunirsi dentro le sedi dell'agenzia o presso locali dell'utilizzatore appositamente da questo apprestati dietro specifica richiesta della stessa agenzia. A tale assemblea, anche laddove si svolga presso uno degli utilizzatori stipulanti contratti di somministrazione con l'agenzia, possono partecipare tutti i dipendenti di quest'ultima, proprio perché, benché ciò non sia esplicitamente previsto dal testo negoziale, esso deve essere ritenuto quale attuazione dello specifico diritto di riunione disciplinato dal d.lgs. n. 276/2003. Peraltro, lo stesso art. 18 C.c.n.l. disciplina separatamente la partecipazione dei lavoratori "somministrati" alle assemblee indette per i dipendenti dell'utilizzatore.

La rappresentanza nazionale di agenzia è inoltre titolare di diritti di informazione e consultazione in relazione ad una serie di questioni legate all'andamento economico dell'impresa; alla sua situazione economica; all'andamento della situazione occupazionale, in particolare alle trasformazioni dei rapporti di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed alle misure anticipatrici da adottare in caso di minaccia; alle decisioni che possono comportare cambiamenti di rilievo in materia di organizzazione del lavoro e di contratti di lavoro, soprattutto in relazione ai

licenziamenti ed ai trasferimenti di azienda. A tali previsioni si aggiungono quelle poste in via esplicita dal legislatore nazionale. L'art. 24, 4° c., d.lgs. n. 276/2003 prevede che «l'utilizzatore comunica alla rappresentanza sindacale unitaria, ovvero alle rappresentanze aziendali e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: a) il numero e i motivi del ricorso alla somministrazione di lavoro prima della stipula del contratto di somministrazione; ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità di stipulare il contratto, l'utilizzatore fornisce le predette comunicazioni entro i cinque giorni successivi; b) ogni dodici mesi, anche per il tramite della associazione dei datori di lavoro alla quale aderisce o conferisce mandato, il numero e i motivi dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati». Tali previsioni sono volte a garantire il controllo sindacale sul ricorso alla somministrazione al fine di evitare comportamenti fraudolenti o abusivi. Peraltro, possono essere considerate quali attuazione nell'ordinamento interno delle disposizioni dell'art. 8, direttiva 2008/104/CE, che impongono agli Stati membri di prevedere obblighi di informazione a favore delle rappresentanze dei lavoratori proprio con tale finalità, facendo salvi i diritti di coinvolgimento derivanti da altre previsioni di diritto interno o comunitario. Al contrario, le norme poste dalla contrattazione collettiva attengono all'interesse dei lavoratori somministrati a vigilare, tramite le proprie rappresentanze sindacali, sull'andamento dell'impresa somministratrice, pertanto, vanno ricondotte al d.lgs. n. 25/2007.

Se considerate nel loro assetto complessivo, le norme di diritto interno e quelle poste dall'autonomia negoziale collettiva costituiscono un sistema di rappresentanza dei lavoratori "somministrati" abbastanza organico, soprattutto grazie al contributo del C.c.n.l. 24.7.2008, in grado di soddisfare gran parte delle prescrizioni – peraltro scarse – della disciplina in materia posta dal legislatore comunitario.

La contrattazione collettiva ha previsto, in effetti, un sistema di rappresentanza ben più dettagliato di quello definito dal legislatore. Peraltro, è apprezzabile la creazione di un "doppio binario", con organismi rappresentativi sia presso l'utilizzatore, che presso l'agenzia. Se mai stupisce l'accentramento del sistema di rappresentanza nell'ambito dell'agenzia, fondato su un unico organo, con l'attribuzione della gestione delle questioni sindacali specifiche dei lavoratori "somministrati" ai delegati sindacali territoriali, strettamente legati alle organizzazioni sindacali firmatarie del C.c.n.l., e quindi dotati di una legittimazione di tipo "discendente".

Qualche lacuna e, di conseguenza, la necessità di norme di adattamento va rilevata rispetto agli obblighi posti dal legislatore comunitario all'art. 6, § 5, che impone la previsione di misure che favoriscano il dialogo tra le parti sociali in relazione all'accesso per i lavoratori tramite agenzia alle «opportunità di formazione», ed alle «infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia nelle agenzie di lavoro interinale» (v. *supra*, § 10.2.5.3.). Se, infatti, su tale aspetto si registrano degli interventi del C.c.n.l. (v. art. 6, «commissione pari opportunità», e art. 14, «diritto allo studio e alla formazione»), al contrario, non vi sono previsioni del legislatore interno.

Desta poi non poche perplessità di carattere sistematico il fatto che organismi di rappresentanza e diritti di natura sindacale la cui realizzazione pone obblighi collaborativi in capo all'impresa utilizzatrice siano regolate e disciplinate nell'ambito di un contratto collettivo sottoscritto da associazioni di categoria delle agenzie di somministrazione. Non si vede infatti come l'impresa utilizzatrice, la cui associazione di riferimento non avrà sottoscritto il contratto collettivo di cui si invoca l'applicazione, debba ritenersi obbligata a consentire l'esercizio da parte delle organizzazioni

sindacali o dei singoli lavoratori dei diritti ivi previsti. Deve ritenersi, allora, che la sottoscrizione del C.c.n.l. da parte delle organizzazioni delle agenzie per il lavoro comporti un vincolo implicito a richiedere dall'impresa utilizzatrice un rinvio al contratto collettivo nel contratto di somministrazione. In tal caso si potrebbe ipotizzare un ricorso ex art. 28 stat. lav. nei confronti dell'utilizzatore, la cui legittimazione passiva per tale azione è riconosciuta dalla più recente giurisprudenza di merito (Trib. Milano 6.7.2007, *D&L*, 2007, 1053, con nota di Cordedda).

Connesso con il tema della rappresentanza sindacale è quello della computabilità dei lavoratori somministrati per l'applicazione delle norme di legge e di contratto collettivo. In materia, ha efficacia l'art. 22, d.lgs. n. 276/2003, il quale esclude per tali finalità i lavoratori "somministrati" dall'organico dell'utilizzatore, salvo che per le norme «relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro». Alla luce di tale norma deve ritenersi che i lavoratori somministrati debbano essere però computati nell'organico dell'agenzia di somministrazione, almeno per quanto attiene alle soglie per la costituzione delle rappresentanze collettive. Tale interpretazione appare coerente con le previsioni della direttiva 2008/104/CE, la quale, per tale finalità, impone ai legislatori nazionali di prevedere la computabilità dei lavoratori temporanei nell'organico dell'agenzia ovvero dell'utilizzatore (art. 7). Di conseguenza, la legislazione comunitaria non fornisce indicazioni in relazione al computo dei lavoratori "somministrati" ai fini dell'applicazione delle altre normative di legge e di contratto collettivo, ad esempio, quelle relative alla tutela contro il licenziamento invalido.

In tale ambito le scelte operate dal legislatore comunitario e nazionale non paiono coerenti con l'esigenza di garantire ai lavoratori somministrati una tutela effettiva, sia rispetto alle posizioni giuridiche di natura collettiva, che individuale. Una modulazione ragionevole delle tutele imporrebbe di computare i lavoratori tramite agenzia nell'organico dell'utilizzatore o dell'agenzia stessa a seconda delle finalità perseguite dalla normativa da applicare. È irragionevole che il legislatore interno tuteli l'interesse dei lavoratori somministrati a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici, senza però computare tali lavoratori laddove debba essere individuata la soglia per l'applicazione dell'istituto (cfr. Carinci M.T. 2008, 77).

15. Il sistema sanzionatorio

L'analisi del sistema sanzionatorio per la stipulazione di contratti di somministrazione illegittimi rinvia a scelte interpretative fondamentali sulla natura della fattispecie interpositiva. Le risposte attribuite all'interrogativo sull'esistenza o meno di un divieto generale di interposizione, anche successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, comportano differenti letture rispetto al modo in cui opera la sanzione della costituzione di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Il legislatore comunitario non offre indicazioni precise, salvo prevedere l'adozione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». Tuttavia, proprio alla luce delle scelte regolative di fondo della direttiva 2008/104/CE appare possibile, in conclusione, condurre alcune brevi osservazioni in merito ai rapporti tra la disciplina europea e le previsioni contenute nel d.lgs. n. 276/2003 sul sistema sanzionatorio.

L'assetto posto in essere dal legislatore interno con il d.lgs. n. 276/2003 è incentrato sulla figura della somministrazione irregolare, disciplinata dall'art. 27. È irregolare la somministrazione posta

in essere al di fuori dei limiti dell'art. 20 dello stesso decreto, attinenti all'individuazione dei soggetti legittimati a stipulare ed alle causali, ovvero quella in cui non siano indicati nel documento negoziale alcuni degli elementi del contratto indicati dall'art. 20, lett. a), b), c), d), e). In tali casi «il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione». Invece, l'art. 21, 4° c., del decreto, prescrive la sanzione della nullità per il contratto di somministrazione stipulato senza la forma scritta e prescrive, in maniera esplicita, che in tale evenienza «i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore». Si aggiunga che, prima dell'intervento modificativo del d.lgs. n. 251/2004, tale ultima previsione trovava applicazione anche nel caso di mancata indicazione nel documento negoziale di quegli stessi elementi per i quali ora trova applicazione l'istituto della somministrazione irregolare, disciplinato dall'art. 27.

Infine, l'art. 28 disciplina l'istituto della «somministrazione fraudolenta», prevedendo che «quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore e utilizzatore sono puniti con una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione», facendo salve le sanzioni penali ed amministrative dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, per la stipulazione di contratti di somministrazione da parte di soggetti non autorizzati o con gli stessi e, comunque, per il mancato rispetto dei limiti legislativi previsti.

L'assetto posto in essere dal legislatore è senza dubbio assai complesso e comporta non pochi problemi interpretativi. Ciò che più interessa verificare in questo contesto è se le previsioni poste dal legislatore interno siano compatibili con quelle della direttiva 2008/104/CE, ovvero se le indicazioni provenienti dal legislatore comunitario inducano ad una variazione delle impostazioni esecutive fin qui assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie.

Molti tra commentatori della prima stesura del d.lgs. n. 276/2003 (precedente al decreto correttivo n. 251/2004) hanno evidenziato la sostanziale continuità dell'attuale regime con il precedente (Salento 2006, 477; Mazzotta 2006, 162; 97; Scarpelli 2004, 97). In particolare, l'esigenza di coerenza sistematica induce la dottrina a minimizzare le differenziazioni del diritto positivo ed a valorizzare al contrario l'univocità del sistema sanzionatorio per il contratto di somministrazione stipulato al di fuori dei limiti posti dal legislatore, affermando che la sanzione civilistica inferta dall'ordinamento è sempre quella radicale della nullità (Chieco 2004, 57). Tale impostazione richiama la permanenza nell'ordinamento del generale divieto di interposizione di manodopera e, di conseguenza, la riemersione del contratto di lavoro in concreto sussistente con l'effettivo utilizzatore della prestazione una volta rilevata la nullità del contratto di somministrazione illecito, anche nell'ipotesi di somministrazione irregolare prevista dall'art. 27, con la conseguenza che, in tale caso come in quello della nullità regolato all'art. 20, la sentenza del giudice è di accertamento e non costitutiva (Carinci M.T. 2004, 166 ss.; Carinci M.T. 2008, 83).

Sembra che il rinnovato contesto imponga di rivedere alcune delle considerazioni sulle quali tale impostazione trova fondamento. L'orientamento verso la liberalizzazione della fattispecie interpositoria – che emerge dalle scelte del legislatore comunitario – non giustifica più la permanenza nell'ordinamento dell'idea del divieto generalizzato nel ricorso alla somministrazione. Al contrario pare corretto affermare la liceità del ricorso al lavoro tramite agenzia all'interno di limiti posti dal

legislatore con finalità antifraudolente; limiti che costituiscono però un'eccezione alla regola di una sostanziale equiparazione tra le due forme di reperimento della prestazione lavorativa.

D'altra parte, altra dottrina aveva già intravisto nell'assetto regolativo posto dal legislatore interno, precedente all'intervento comunitario, la possibilità di una tale orientamento esegetico (Ichino 2004, 317 ss.). Si era infatti sottolineato come la lettera dell'art. 27, 1° c., d.lgs. n. 276/2003 potesse configurare una fattispecie di invalidità differente dalla nullità, assimilabile alla annullabilità di diritto comune, per quanto con efficacia retroattiva. Infatti il legislatore attribuisce soltanto al lavoratore la facoltà di impugnare il rapporto di somministrazione illegittimo, chiedendo al giudice la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore «con effetto dall'inizio della somministrazione». Tale teoria sarebbe stata avvalorata dalla circostanza che, laddove il legislatore ha ritenuto di definire forme più rigide di invalidità l'ha fatto in maniera esplicita, prevedendo la nullità del contratto di somministrazione stipulato non per iscritto. Si rilevava però, allo stesso tempo, come a deporre a sfavore di questa tesi militasse la previsione della stessa sanzione per la mancata indicazione nel documento negoziale degli elementi del contratto indicati alle lett. e a, b, c, d. ed e dello stesso art. 21 (Ichino 2004, 318). Vi è che tali condizioni sono venute meno con l'intervento del d.lgs. n. 251/2004, che ha ridotto alla sola mancanza della forma scritta i casi di nullità del contratto di somministrazione, secondo le previsioni dell'art. 1325 c.c.; mentre la nullità della somministrazione fraudolenta può essere dedotta dai principi del diritto comune.

Quindi, nell'attuale assetto normativo, soprattutto alla luce delle previsioni della direttiva n. 2008/104/CE, pare del tutto ragionevole ritenere che i casi di nullità sostanziale del contratto tra agenzia ed utilizzatore siano limitati alla mancanza della forma scritta ed alla somministrazione fraudolenta, e che in tutti gli altri casi la somministrazione «irregolare» sia annullabile, con la peculiarità dell'efficacia *ex tunc* della pronuncia, secondo le prescrizioni dell'art. 27, d.lgs. n. 276/2003 (concorde Carinci F. 2004, LXXXVIII).

Le ricadute sul rapporto legate alla nullità della somministrazione sono quelle previste dall'art. 21, 4° c., cioè «i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore», ed è ragionevole ritenere che tale previsione trovi applicazione anche per la somministrazione fraudolenta, in conformità agli orientamenti delle previsioni comunitarie che indirizzano i legislatori interni verso la persecuzione dei comportamenti elusivi, piuttosto che verso la limitazione dell'accesso al lavoro tramite agenzia *tout court*.

La previsione della nullità radicale è quindi comminata nell'attuale sistema soltanto per i casi in cui è comprovato l'intento fraudolento, ovvero laddove la realizzazione della fattispecie interpositoria avvenga senza il rispetto delle prescrizioni formali dettate dal legislatore, in relazione a quelle finalità di carattere generale connesse al buon funzionamento del mercato del lavoro, cui lo stesso legislatore comunitario fa riferimento, e che trascendono l'interesse del singolo. Per la somministrazione fraudolenta la nullità del contratto di somministrazione si desume dalle regole di diritto comune. In particolare l'art. 1344 c.c. commina la sanzione del contratto fraudolento per via dell'illiceità della causa (Chieco 2004, 61). Negli altri casi la costituzione di un rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore è rimessa alla scelta del lavoratore, che «può» richiederla al giudice, ma laddove l'azione non sia esercitata l'invalidità non è impugnabile da soggetti terzi, compresi gli enti previdenziali. Peraltro, tale impostazione non può essere considerata una "imprecisione terminologica", dacché previsioni di questo genere sono rinvenibili anche rispetto ad altri istituti del d.lgs. n. 276/2003. Si pensi all'art. 79, il quale dispone che «gli effetti dell'accertamento

dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari», impedendo all'ente previdenziale la riqualificazione per la ridefinizione degli oneri contributivi (*contra*, Scarpelli 2004, 159 ss.).

Se mai, occorrerebbe interrogarsi sulla ragionevolezza e, soprattutto in questa sede, sulla compatibilità di tale regime sanzionatorio con l'art. 10, 2° c., direttiva n. 2008/104/CE, laddove impone agli stati membri l'adozione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». Il legislatore interno fa ricadere per intero sull'utilizzatore le conseguenze sanzionatorie di carattere civilistico connesse alla realizzazione della fattispecie interpositoria illecita (cfr. Barbera 2009, 27). È invece di tutta evidenza il ruolo svolto dall'agenzia, che nella maggior parte dei casi è anche in possesso di conoscenze tecniche maggiori per valutare la liceità o meno del contratto stipulato (cfr. Ratti 2009, 11 ss.). Se tale regime poteva essere giustificato nel contesto economico-produttivo in cui si calava la l. n. 1369/1960, nel quale il datore interposto costituiva un soggetto economico fittizio, privo di una propria consistenza economico-imprenditoriale (cfr. Carinci M.T. 2008, 21 ss.; Salento 2006, 450), il mutato contesto impone una incisiva revisione, con un'efficace sistema di tutela dei lavoratori e di repressione delle condotte abusive. Appare condivisibile l'idea di una differenziazione del regime sanzionatorio a seconda della consistenza economica dei due soggetti imprenditoriali coinvolti, con l'imputazione del rapporto a quello di maggiore "rilevanza" e, soprattutto, che è in grado di esercitare sull'altro un maggiore condizionamento delle scelte gestionali (cfr. Corazza 2004, 88 ss.; Speciale 2006, 35 e 47 ss.). Altrettanto irragionevole appare la distribuzione delle sanzioni penali ed amministrative. Infatti, non è coerente e proporzionata con la ridefinizione del sistema operata dal legislatore comunitario la concentrazione delle conseguenze più pesanti, anche su tale piano, nell'ambito della realizzazione della fattispecie interpositoria illecita. Al contrario, il sistema sanzionatorio dovrebbe essere ricalibrato, con una più incisiva repressione di condotte elusive delle tutele nell'ambito del rapporto, soprattutto rispetto alla violazione del principio di parità di trattamento ed alle pratiche volte ad impedire o ostacolare la stabilizzazione del rapporto. In relazione alla illecita stipulazione del contratto di somministrazione, le previsioni più repressive, con un uso incisivo di previsioni di natura penale, dovrebbero essere concentrate sulla somministrazione fraudolenta, e, comunque, anche in questo caso con una modulazione delle sanzioni sulla base delle circostanze effettive nella realizzazione dei comportamenti incriminati e del ruolo svolto dai soggetti coinvolti.

Bibliografia

Arrowsmith J., 2006, *Temporary agency work in an enlarged European Union*, Dublin, European foundation for the improvement of living and working conditions;

Barbera M., 2007, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio; innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, I;

2009, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, relazione svolta in occasione del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, *In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro - Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009;

- Benedetti. G., 1965, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *RTDPC*, I, 1492;
- Carabelli U., 1999, *Flessibilizzazione e destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa*, in Liso F., Carabelli U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla l. n. 196/1997*, Franco Angeli, 33;
- Carinci F., 2000, «Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali, in *LD*, 2000, 281; ss.
- 2004, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Miscione M., Ricci M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano;
- 2007, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino;
- Carinci F., Miscione M., 2008, *Il collegato lavoro 2008*, Ipsoa, Milano;
- Carinci F., Pizzoferrato A., 2000, *Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali*, *LD*, 281;
- Carinci M.T., 2008, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino;
- 2007, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione etitolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, *ADL*, 2007, 1019 ss.;
- 2004, *La somministrazione di lavoro altrui*, in Carinci M.T., Cester C. (a cura di) *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in Carinci F. (coordinato da) *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano;
- 2000, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Art. 2127*, Giuffrè, Milano;
- Caruso B., Massimiani C., 2008, *Prove di democrazia in Europa. La Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella opinione europea*, *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*;
- Chieco P. 2004, *Somministraizone, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*;
- Countouris N., Horton R., 2009, *The temporary agency work directive: another broken promise?* In *Industrial law journal*, 329;
- Corazza L., 2004, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova;
- Corti M., 2006, *L'esperienza dei comitati aziendali europei dall'interno: un confronto fra Italia e Regno Unito*, in *RIDL*, I, 225;
- Del Punta R., 2001, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 3;
- De Luca Tamajo R., 2007, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, I, 3;
- 1995, *Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale*, in *RIDL*, I, 417;

- Esposito M., 2002, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli;
- Freeldland M., 2006, *From the contract of employment to the personal work nexus*, in *ILJ*, 1;
- Freeldland M., Kountouris N., 2008, *Toward a comparative theory of the contractual construction of personal work relations in Europe*, in *ILJ*, 49;
- Ghera E., 2003, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, in *RIDL*, I, 413;
- Gottardi D., 2003, *Maternità, [aggiornamento]*, in *DDP comm.*, Utet, Torino, 651;
- Ichino P., 1999, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul diritto del lavoro*, relazione introduttiva alle Giornate di studio AIDLASS di Trento, 4-5 giugno 1999, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 203;
- 2004, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna;
- Lo Faro A., 2003, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, 2003 (dattiloscritto);
- Lunardon F., 2008, *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori: D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, Ipsoa, Milano;
- Massimiani C., 2008, *Flexicurity and decent work in Europe: can they co-exist?*, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT;
- Mazzotta O., 1979, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano;
- 2006, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 157;
- Miscione M., 2001, (a cura di) *I congedi parentali*, Ipsoa, Milano;
- Mutarelli M.M., 2007, *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, *DLM*, 2007, 567 ss.;
- Pantano F., 2007, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società europea*, in *ADL*, 960;
- Ratti L., 2009, *Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT;
- Salento A., 2006, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni. Teorie organizzative*, in *DLRI*, 441;
- Salomone R., 2005, *Lavoro somministrato tramite agenzia e qualificazione della fattispecie contrattuale: la giurisprudenza inglese scopre il co-datore?*, in *RIDL*, II, 20;
- Scarpelli F., 2004, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma;
- Speziale V., 2009, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, relazione svolta in occasione del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, *In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro - Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009;

2006, *Le “esternalizzazioni” dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, 3;

Tiraboschi M., 1992, *Il lavoro temporaneo in Italia*, in *DRI*, 83;

2000, *L'intermediazione privata: un mercato ancora poco trasparente*, in *DPL*, 657;

Zappalà L., 2003°, *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DLRI*, 69 ss.;

2003b, *The regulation of temporary work in the light of flexicurity: between soft law and hard law*, *WPC.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*.

Fonti normative

d.lgs. 10.9.2003, n. 276 – d.lgs. 6.10.2004, n. 251 – l. 24.12.2007, n. 244 – l. 25.12.2007, n. 247 – direttiva 2002/14/CE (11.3.2002) – direttiva 104/2008/CE (19.11.2008).

Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*

Silvana Sciarra

1. Solidarities in Times of Uncertainty	179
2. Restructuring, Company Agreements and Global Challenges	181
2.1 Joint Transnational Texts	184
2.2 Codes of Conduct and International Framework Agreements	185
2.3 The Revised EWC Directive	186
3. Protectionism versus Social Dumping	188
4. Concluding Remarks. New Developments for Transnational Collective Bargaining	192

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 73/2009

1. Solidarities in Times of Uncertainty

Most European labour lawyers are currently engaged in a sharp war of words regarding fundamental social rights and their respective roles and functions in the coming new phase of European integration. Two main directions can be identified in the attempt to clarify the content of this debate and in order to look to the future as to new developments.

The first has to do with the impact of the controversial rulings of the Court of Justice dealing with collective social rights. The enforcement of these judgments falls into the dangerous trap of proportionality principles and opens up difficult scenarios for judges and social partners alike at the national level when faced with overriding market freedoms.³⁹⁸ Some member states are already active in establishing new rules for the game in compliance with the Court's judgments, while still preserving the autonomy of collective bargaining.³⁹⁹

The second direction is imposed by the economic and financial crisis. The word 'solidarity' appears in recent European sources, referring either to urgent measures that need to be adopted,⁴⁰⁰ or as a derogation of previous sources to provide immediate help to workers who have lost their jobs as a 'direct result of the global financial and economic crisis'.⁴⁰¹

These two directions run parallel to each other, as collective social rights are, in the best consolidated European tradition, pivotal to the achievement of solidarity and social justice.

The Commission has recently been thinking along these lines when aiming at consolidating and improving all sources potentially suitable in anticipating and managing changes. We see this approach in the Commission's Social Agenda,⁴⁰² as well as in a document specifically related to transnational company agreements.⁴⁰³ Furthermore, amendments have been introduced to the revised Directive on European Works Councils (EWC)⁴⁰⁴ in order to emphasize the transnational competence of such bodies at the relevant level of company or group of companies, according to the issue under discussion.

In all such cases, solidarity among workers acquires new dimensions, mainly linked to uncertain circumstances. It is uncertain what will happen to workers posted to a host country to provide services and, in a more challenging manner, how workers in the receiving country will react when

³⁹⁸ The literature on *Viking*, *Laval*, *Rüffert* and *Luxembourg* cases is vast. A stimulating summary, in the light of recent developments in the UK, is offered by C. Kilpatrick, *British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Services in EU Law*, LSE Working Paper 16/2009 and by the same author *The ECJ and Labour Law: a 2008 Retrospective*, ILJ 2009, 180.

³⁹⁹ Further on see section 3.

⁴⁰⁰ Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Council, *A European Economic Recovery Plan*, 26 November 2008, COM (2008) 800 final.

⁴⁰¹ Regulation (EC) n. 546/2009 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009, amending Regulation n. 1927/2006 on establishing the European Globalisation Adjustment Fund, art. 1.1.

⁴⁰² Communication of the Commission '*Renewed Social Agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st Century Europe*', Brussels, 2 July 2008, COM (2008) 412.

⁴⁰³ Commission Staff Working Document, *The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration*, Brussels, 2 July 2008, SEC (2008) 2155.

⁴⁰⁴ Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 *on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees*, OJ L 122/28, 16 May 2009.

facing potential social dumping. The same can be maintained for workers whose fundamental social rights come into collision with an equally fundamental market freedom, such as freedom of establishment.

The result of the economic and financial crisis is uncertain as to its terms in losses of jobs and/or relocation of jobs to other countries, both within and outside the EU. The revised European Globalization Adjustment Fund (EGAF), one of the most innovative responses provided in recent years, suggests taking into account 'a reasoned analysis of the link between the redundancies and major structural changes in world trade patterns or the financial and economic crisis, a demonstration of the number of redundancies, and an explanation of the unforeseen nature of those redundancies'.⁴⁰⁵

It is equally uncertain how company restructuring – a phenomenon carefully monitored by European institutions over the years – will evolve in present times and whether existing tools to counteract managerial strategies will prove efficient. Empirical data is required⁴⁰⁶ in order to detect the complex reality behind managerial strategies whenever they interact with transnational collective interests, both on the side of employers and of workers. This learning process is underway, requiring a deeper understanding of current practices in conjunction with a rigorous interpretation of the law. However, it would be wrong to argue that uncertainty comes as the most direct effect of the free provision of services, freedom of establishment and transnational restructuring. The rise of finance – in the broad sense currently attributed to this word – has revealed serious weaknesses in collective bargaining systems. The latter are framed within political and economic systems and, despite their claim for autonomy, at times can be hit by unforeseen circumstances.⁴⁰⁷

Company restructuring is very often the result of global manoeuvres, leading to mergers and acquisitions. Frequent changes in production systems affect work organisation and skill requirements in a significantly rapid way. Collective bargaining cannot intervene with traditional tools in this fluid process. Information regarding changes – both financial and organizational – thus becomes integral to bargaining collectively and to anticipating issues of relevance for both sides within the negotiations.

One of the purposes of this paper is to investigate whether uncertainties caused by economic and financial downturns are aggravated by the fact that a vague notion of solidarity is taking shape. Such an indistinct steering principle could slowly weaken traditions deeply rooted in labour law.

⁴⁰⁵ Regulation (EC) 546/2009 at fn. 4, art. 1.4, replacing art. 5(2)(a).

⁴⁰⁶ See, for example, the large interdisciplinary project coordinated by M.A. Moreau Agire, *Anticiper pour une gestion innovante des restructurations en Europe*, www.fse-agire.com, and the special issue, *Restructurations en Europe*, Semaine Social Lamy, Supplément n. 1376, 24 November 2008. See also M.A. Moreau, S. Negrelli, P. Pochet, *Building anticipation of restructuring in Europe*, PIE Peter Lang 2009. The Commission started to be active as to these issues in the late 1990s, following the Report of a High Level Group chaired by Pehr Gyllenhammar. Monitoring of major restructuring operations has been carried on by Eurofound, see in particular European Monitoring Centre on Change (EMCC) and European Restructuring Monitor (ERM), www.eurofound.europa.eu/emcc. Setting criteria to measure job losses due to restructuring is not an easy task, see within the framework of the Eurofound project, D. Storrie, *Restructuring and employment in the EU: concepts measurement and evidence*, Luxembourg, OOEPEC 2006.

⁴⁰⁷ S. M. Jacoby, *Finance and Labor: Perspectives on risk, inequality, and democracy*, CLLPJ 2008, 17 ff.; S. Deakin, *The rise of finance: what is it, what is driving it, what might stop it?*, CLLPJ 2008, 67 ff., commenting on Jacoby's paper. See also, for a future prognosis, Lord Wedderburn, *Labour Law 2008: 40 years on*, in ILJ 2007, 397 ff.

Collective actors could, as a result, find themselves lacking the necessary legitimacy to face global challenges.

One way to address issues of uncertainty linked to the above described phenomena of job shortages and social dumping is to rethink the notion of solidarity as a driving force behind collective bargaining. Solidarity, framed within the potentially expanding transnational scope of collective agreements, needs to adapt to the volatility of managerial strategies and constantly changing demands for new skills and professional qualifications.⁴⁰⁸

Thus, solidarities – in the plural – become starting points for differentiation, rather than for overall and encompassing processes of standard setting. Solidarities should emerge as a result of new legitimacies; they should mirror processes of changes within companies and adapt to them, constantly opening new levels of negotiations.

One starting point is to look at company restructuring and evaluate the legal nature of company agreements dealing with matters related to structural changes, affecting both the quality and quantity of jobs. We shall then examine other negotiated texts at the international and European level, in an attempt to draw a picture of existing voluntary sources, all characterised by issues of 'transnationality'.

2. Restructuring, Company Agreements and Global Challenges

The approach to restructuring within the framework of the Commission's Renewed Social Agenda⁴⁰⁹ is to favour, more explicitly than before, a coordination of existing policies and a profitable exchange of data on mass dismissals.⁴¹⁰ On one hand, there is a need to enhance employment policies as defined in the 'new' strategy pursued by Barroso, ensuring that National Reform Programs (NRP) include effective measures on flexicurity. The latter are expected to tackle both internal and external flexibility, while guaranteeing more proactive measures through efficient labour market institutions.⁴¹¹

On the other hand, regional and sector analyses should be pursued, in order to favour policies tailored for local labour markets and for specific economic activities. The example of Canada is

⁴⁰⁸ Cedefop - European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Future skill needs in Europe. Medium-term Forecast*, Luxembourg, OOEPEC 2008. A recent survey covering 27 Member States and Norway stresses the centrality of collective bargaining: Cedefop, *Contribution of collective bargaining to continuing vocational training*, Dublin 2009. The Commission Communication, *Recovery*, at fn. 3, p. 11 discusses how to 'improve the monitoring and matching of skills development and upgrading with anticipated and existing job vacancies'. Recent findings in Investing in SEOR Erasmus University Rotterdam, TNO Netherlands Organisation for Applied Scientific Research, ZSI Centre for Social Innovation, Study conducted on behalf of the European Commission, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities DG, *The Future of Jobs and Skills - Scenarios, implications and options in anticipation of future skills and knowledge needs*, 2009.

⁴⁰⁹ See fn. 5

⁴¹⁰ Commission Staff Working Paper, *Restructuring and employment the contribution of the European Union*, Brussels, 2 July 2008, SEC (2008) 2154.

⁴¹¹ For a discussion as to the changes occurring in employment policies under the Barroso presidency of the Commission, see S. Sciarra, *Is Flexicurity a European Policy?*, in R. Eklund, R. Hager, J. Kleineman, H.-Å. Wängberg (eds.), *Skrifter till Anders Victorins minne*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009, 447 ff., also appearing in URGE Working Paper n. 4/2008, www.urge.it/files/papers/2_wpurge4_2008.pdf. See also J. Kenner, *New frontiers in EU labour law: from flexicurity to flex-security*, in M. Dougan, S. Currie (eds.), *50 years of the European treaties*, Oxford, Hart Publishing 2009, 279 ff.

pertinent, whereby 'sector employment and qualifications councils' are set up for the coordination of training needs related to potential job shortages. This idea of anticipation relies on the active participation of social partners, in accordance with local authorities and in particular with institutions devoted to training.⁴¹²

As seen, solidarity is underpinned by different values. In flexicurity policies, the combination of law and collective agreements is indispensable to meeting the needs of both companies and workers. This is part of the employment policies at the national level. Thus, solidarity can be linked to more general and abstract principles, as in legislation auxiliary to collective bargaining. This 'model' legislation is still part of the European tradition, particularly in the Scandinavian countries, and should be set as an example of mutual adaptability among regulatory sources.⁴¹³

It is asserted that the state, whenever possible, should not interfere with managerial strategic choices in company restructuring, leaving ample space for negotiations between the social partners. However, national governments have been asked to intervene when large productive sectors have recently been hit by the crisis. Seeking solutions compatible with European law⁴¹⁴ should be part of the forward-looking initiatives of the social partners. Auxiliary measures, such as socially responsible investments, support for new consumer demands and for the creation of European infrastructures, should not be perceived as obstacles to autonomous collective bargaining.

Solidarity can be built around more circumscribed goals, for example, having to do with the obligation to retrain a certain number of redundant workers with the view of keeping them employed. The alternative option, to relocate them within the same company or outside it, could still be the outcome of a joint decision between management and labour. The latter is another example of solidarity, originated by a concession agreement, having as its main goal the continuation of employment, albeit with uncertain outcomes as to where and when.

In these latter cases, restructuring depicts a notion of selective solidarity. It is based on a distribution of sacrifices and losses among workers, sometimes in view of creating chances and opportunities. Selectivity refers particularly to the choice of keeping some workers employed, whereas others, for objective reasons, are left outside of employment, in search of alternative solutions that may or may not be the outcome of the company's restructuring strategies. The EGAF has previously been mentioned as the most recent support provided by European law, albeit to restricted numbers of workers.

Furthermore, local tripartite pacts – often described as social pacts – can originate from solidarity within given local communities, characterised by shared economic activities, such as in clusters

⁴¹² Commission Staff Working Paper, SEC (2008) 2154, at fn. 13, p. 10.

⁴¹³ S. Sciarra, *The evolution of labour law (1992 – 2003)*, General Report, vol. I, Luxembourg, OOEPEC 2005, 38 ff. on the concept of semi-mandatory law. More specifically see N. Bruun, J. Malmberg, *National Report on Denmark, Finland and Sweden (1992 – 2003)* in *The Evolution of labour law, National reports of 15 countries*, Vol. 2, Luxembourg, OOEPEC 2005.

⁴¹⁴ See, for example, the proposal addressed to the automobile industry for a 'European green cars initiative', to be funded by the Community, the EIB, industry and Member States, in Commission Communication, *Recovery*, at fn. 3, p. 16. Further details in COM (2009) 104 final, *Responding to the crisis in the European automotive sector*, 25 February 2009, and in www.anticipationofchange.eu/index.php?id=346.

of companies or industrial districts. They can call upon the active involvement of public local authorities, co-opted to various degrees within a scheme of mutual promises and obligations.⁴¹⁵ When national governments are asked to intervene, solidarity becomes the product of a political decision and is once more selective, attached as it is to options among different available priorities.

In all such cases, an 'objective' notion of solidarity should be elaborated, since redistributive effects should always be attached to transparent and non-discriminatory selective criteria. We ought to be guided by the best traditions in European labour law, whereby business necessities are measured against the guarantee of individual and collective fundamental rights.

Yet, we can see that the spreading of the current crisis reveals growing inequalities, also due to the failure of collective bargaining in controlling global financial strategies. The search for selective and yet objective criteria of solidarity thus becomes a dramatic task that should be based on political accountability and, when it comes to the roles played by private governments, on a strengthened legitimacy of the bargaining agents.

It can be argued that processes legitimizing negotiators should be equally selective and provide for specific mandates, reflecting the specific contents under discussion. This debate is still undefined at the European level, fluctuating among the enforcement of existing secondary legislation, above all the revised EWC Directive, and the introduction of new measures to support transnational collective agreements.⁴¹⁶

A complex spectrum of observation is offered by company agreements on restructuring. Here the catchy phrase 'anticipation and management of changes' is frequently linked to the exercise of collective rights to information and consultation, thus falling under the scope of the EWC Directive. The interesting point to underscore is that whenever such rights are effectively exercised, there is a tendency to open up bargaining opportunities and even to reach agreements beyond the letter of the law.⁴¹⁷

Nonetheless, there are dark sides to the enforcement of the EWC Directive. In 1997, when the closure of the Renault plant at Vilvoorde in Belgium occurred, failure to respect management's obligations prompted the European Commission to propose a new Directive on information and consultation of employees.⁴¹⁸ It is noteworthy that this latter source should now be subject to

⁴¹⁵ This practice is not unfamiliar in comparative labour law. See S. Sciarra, *The evolution of collective bargaining: observations on a comparison in the countries of the European Union*, CLLPJ 2007, 8; B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the 'global village'*, CLLPJ 2007, 530 ff.

⁴¹⁶ See the proposals by the groups of experts appointed by the Commission, E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, J. F. Valdes, *Transnational collective bargaining: past, present and future. Final Report*, 2006, available at <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2897&langId=en>. Comments on the 'Ales Report' in A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?* *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2007, 551 ff.

⁴¹⁷ This ongoing practice is underlined in the Ales Report, *infra* fn. 19, section 3.2. See also M. Carley, M. Hall, *European Works Councils and Transnational Restructuring*, *European Foundation for the improvement of living and working conditions*, Luxembourg, OOPC 2006; A. Alaimo, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione e partecipazione*, in S. Sciarra e B. Caruso (eds), *Il lavoro subordinato*, Trattato di diritto privato di diritto europeo, Torino Giappichelli, 2009, 659 ff.

⁴¹⁸ Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 *establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation*, in OJ L 80/29, 23 March 2002. For an analysis of the critical enforcement of the Directive in

coordination with other parallel sources within the framework of the revised EWC Directive. Failures to enforce rights to information and consultation have, in fact, continued to be at the origins of highly controversial cases, such as the recent announcement to move Nokia's businesses from Germany to Romania.⁴¹⁹

Company restructuring follows, as one can see, unpredictable paths. It cannot be stopped, nor limited, when the mobility of capital and company assets are at stake and economic efficiency must be pursued. This is why observers of such complex phenomena should be looking at all available options whenever transnational economic initiatives challenge traditional collective bargaining.

2.1 Joint Transnational Texts

The Commission has listed 147 'joint transnational texts' in 89 companies since 2000.⁴²⁰ The breadth of this phenomenon calls into question the compatibility of national – both legal and voluntary – sources, whenever the transnational scope of these new operations needs to be addressed.

A clarification is needed in legal terms, following the Commission's own words: 'Texts intended to apply in more than one Member State and which have been concluded by companies and workers' representatives are referred to by the generic term transnational texts'.⁴²¹ No confusion should be made with collective bargaining in national legal systems, its levels and functions. Furthermore, showing a meticulous linguistic approach, the Commission clarifies that negotiations – 'an interactive process leading ultimately to a compromise' – are nothing but a 'generic term', again not to be confused with collective bargaining.⁴²²

The Commission's suggestion tests the social partners' intention to structure transnational texts around certain formal requirements. The need to preserve autonomous collective bargaining at the national level cannot ignore the *de facto* uprising of new formulas. Companies eager to attach concrete legal results to restructuring are plausibly those interested in promoting settlements and in doing so by involving worker representatives.

Transnational collective interests, following the Commission's hesitant words, are generated by the simple practical implication that 'texts' are valid in more than one Member State. Transnational managerial decisions open opportunities for 'compromises', binding on the negotiators, albeit not in the same way as collective agreements are in national legal systems.

the UK, see P. Taylor, C. Baldry, A. Danford, P. Stewart, *Corporate restructuring, redundancy and the effectiveness of ICE Regulations*, Relations Industrielles/Industrial Relations 2009, 27 ff.

⁴¹⁹ *Nokia closes its Bochum plant*, in European restructuring monitor quarterly 2008, n. 1, 11 www.eurofound.europa.eu/publications/2008/37/en/1/ef0837en.pdf. Interesting developments, relevant for arguments used in this paper, are in the application filed to the EGAF for some 1300 German workers made redundant at Nokia. This was announced in Brussels, 31 July 2009.

See the press release in www.lex.unict.it:80/eurolabor/documentazione/comunicati_stampa.htm.

⁴²⁰ Commission Staff Working Document, SEC (2008) 2155, at fn. 6, 3.

⁴²¹ Commission Staff Working Document, SEC (2008) 2155, at fn. 6, 5.

⁴²² *Ibidem*.

2.2 Codes of Conduct and International Framework Agreements

Let us now look outside the EU. For quite a long time, codes of conduct have been adopted by international organizations and large transnational companies as leading sources to enforce fundamental rights, hence recognizing the counterparty's significant role, despite the fact that their unilateral adoption did not imply negotiations, nor the signature of agreements.⁴²³ Codes of conduct are part of a 'soft' approach to labour rights, mainly because they are not, in a strict sense, legally binding. They provide the right jargon for governance of transnational companies, often in conjunction with the adoption of good practices, dealing with Corporate Social Responsibility (CSR).

Recent research shows that these practices have been progressively turned into proper negotiations, leading to the signature of International Framework Agreements (IFA).⁴²⁴ In this new framework of collective and mutual obligations, 'global responsibility' constitutes the correct way ahead and should be consistently pursued through organizational learning, a more dynamic and interactive process than CSR.⁴²⁵ Rather than becoming an alternative, or even a way to escape labour law and collective bargaining, CSR and corporate codes of conduct should supplement legal and voluntary sources and be better equipped in providing effective monitoring, seeking, when necessary, institutional support.⁴²⁶

The ongoing transformation of codes of conduct into negotiated texts raises several questions relevant to the discussion in this paper. The search for more structured and binding sources is instructive insofar as it challenges both parties in proving their legitimacy. The setting of standards within bilateral negotiations presupposes that all levels of decision-making within the company are made responsible and that all workers are included within the scope of the agreement. The potential impact of this new regulatory framework is extraordinary when it affects subcontractors and companies over which control is exercised, thus expanding the coverage towards a vast number of workers.⁴²⁷

In this new scheme of action, solidarity interlinks the national and transnational levels. While broad issues, such as respect for fundamental social rights, continue to be dealt with, health and

⁴²³ H. Arthurs, *Private ordering and workers' rights in the global economy: corporate codes of conduct as a regime of labour market regulation* in J. Conaghan, K. Klare, M. Fischl (eds.), *Transformative labour law in the era of globalization*, Oxford, OUP 2001, 471 ff.; B. Hepple, *Labour laws and global trade*, Oxford, Hart Publishing 2005, 69 ff.; M.A. Moreau, *Normes sociales, Droit du travail et Mondialisation*, Dalloz 2006 ; A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, Paris, L.G.D.J. 2002.

⁴²⁴ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, Luxembourg, OPEC 2008; K. Papadakis (ed.), *Cross-border social dialogue and agreements: an emerging global industrial relations framework*, ILO-IILS Geneva 2008 and in particular the chapter by A. Sobczak, *Legal dimensions of international framework agreements in the field of corporate social responsibility*, 115 ff. The ILO research looks at 62 IFAs, enforced in 2007 and points out that the number would grow considerably if agreements informally signed by CAEs in European groups of companies should be included in the field research.

⁴²⁵ A. B. Antal, A. Sobczak, *Beyond CSR: organisational learning for global responsibility*, *Journal of general management* 2004, 77 ff. The authors refer, among other examples, to 'global compact', an experiment launched in 2004 by Kofi Annan at the UN (89 ff.). See www.unglobalcompact.org.

⁴²⁶ L. Compa, *Corporate social responsibility and workers' rights*, CLLPJ 2008, 1 ff.

⁴²⁷ A. Sobczak, *Codes of conduct in subcontracting networks. A labour law perspective*, *Journal of Business Ethics* 2003, 225 ff.

safety is at stake in a large percentage of IFAs (85%), as are wages (70%), referring back to national law and collective agreements for specific applicable standards.⁴²⁸ The novelty is the creation of new collective actors: the International Trade Union Confederation (ITUC), Global Union Federations (GUF), active at the sector level, and the International Organization of Employers, active in providing training for managers. The examples explored so far prove that the most innovative experimentations are those tested by the social partners, whenever a transnational dimension of collective interests is at stake.

ILO research shows that Framework Agreements are considered international even when GUFs have a single employer, not an association, as a counterparty. Relevance is assigned to the international scope of the agreement, namely the building up of cross-border solidarity.

An equally significant outcome is the agreement reached by the European Community Ship Owners' Associations (ECSA) and the European Transport Workers' Federation (ETF), following the Court of Justice's ruling in *Viking*.⁴²⁹ Here the transnational weight of the agreement is no doubt related to the mobility of ship owners in exercising freedom of establishment within the EU. The origins of the agreement, becoming a proposal for a Council Directive, in force of art. 139.2 of the TEC,⁴³⁰ lie in the potentially explosive contradiction among different aspects of collective interests, should the ship owner be left free to fly flags of convenience. This European sector agreement, originally inspired by the relevant 2006 ILO Convention,⁴³¹ still in the process of ratification, shows an interesting contamination among legal sources, all intended to set transnational standards. The result is the coverage of large number of workers, through legally binding sources of regulation, for the guarantee of labour standards within an entire economic sector.

The same result cannot be taken for granted in IFAs and company agreements on restructuring. However, interpretative criteria are emerging from the practice of transnational agreements and should be further explored by the social partners, in view of building up their transnational legitimacy.

2.3 The Revised EWC Directive

The lack of effectiveness as to the right of informing and consulting EWCs in cases of restructuring

⁴²⁸ A. Sobczak, *Legal dimensions* at fn. 27.

⁴²⁹ Judgment of the Court of 11 December 2007, *International Transport Workers' Federation (ITWF) and Finnish Seamen's Union (FSU) v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05.

⁴³⁰ Communication from the Commission under Art 138(2) of the EC Treaty on the strengthening of maritime labour standards, COM(2006) 287 final, 15 June 2006. The Commission consulted the social partners in order to reach a framework agreement for the transposition into European law of some principles enshrined in the ILO Convention. See *EU social partners: agreement reached on implementing ILO maritime labour convention*, European Employment Review, 13 December 2007 (no. 407). Proposal for a Council Directive implementing the agreement concluded by the European Community Shipowners' Associations (ECSA) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on the Maritime Labour Convention 2006 and amending Directive 1999/63/EC, 2 July 2008, COM (2008) 422 final. Positive comments on these original developments in N. Lillie, *The ILO Maritime Labour Convention 2006: a New Paradigm for Global Labour Rights Implementation*, in K. Papadakis (ed.), *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an Emerging Global Industrial Relations Framework*, Geneva, ILO 2008, 191 ff.; S. Sciarra, *Viking and Laval: Collective labour rights and market freedoms in the enlarged EU*, in C. Barnard (ed.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007-2008*, vol. 10, Hart Publishing, Oxford 2008, 563 ff.

⁴³¹ ILO, *Maritime Labour Convention, MLC (C186)*, adopted on 23 February 2006, available at www.ilo.org/ilolex/english/condisp1.htm.

is mentioned by the Commission in its Proposal for amending the 94/45 Directive. In fact, an incomplete success story lies in the origins of the proposal. During fifteen years, 820 EWCs were set up for the purpose of being informed and consulted, representing 14.5 million employees. They cover only 36 % of the undertakings falling under the coverage of the Directive. Furthermore, interpretative problems have arisen in cases of mergers and acquisitions and whenever rights to information and consultation had to be exercised at the national and transnational levels.⁴³² The proposal is part of the renewed Lisbon agenda; it interacts with the ongoing discussion on restructuring and transnational company level agreements; it ensures respect of art. 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Drafters of the 94/45 Directive were aware that concentrations of companies, through cross-border mergers and take-overs, are phenomena originated in the functioning of the internal market. The revised Directive has the objective of improving the effectiveness of information and consultation rights, setting criteria that are mainly procedural. One way is by the opportunity offered to the EWC to give an opinion to the undertaking in a 'timely fashion', an expression echoing a similar provision in the Collective Redundancies Directive 98/59.⁴³³ The other novelty lies in the clarification that information and consultation should take place 'at the relevant level of management and representation, according to the subject under discussion' (recital 14 and 15).

Transnational matters are identified in a more sophisticated way than previously. Such are determined by 'both the scope of its potential effects, and the level of management and representation that it involves' (recital 16). The distinction from the merely national enforcement of information and consultation rights raises the issue of coordination among these two levels. In this, as in other new facets of the revised Directive, agreements on the establishment and functioning of the EWCs will be crucial in choosing innovative ways forward and in setting the preconditions for clear legitimacy tests. A well balanced structure in the composition of EWCs will, for example, facilitate the search for real ways to seek 'anticipation and management of changes' in restructuring. It will also clarify a new transnational level of solidarity in parallel with the transnational 'potential effects' of managerial decisions. EWCs have in fact a duty to report back to the employees they represent (recital 33).

It seems appropriate, therefore, to emphasize the language adopted in the revised article 10, where reference is made to a collective representation of the employees' interests, 'without prejudice to the competence of other bodies or organisations' (art. 10.1). It is also specified that EWCs have a duty to inform 'the representatives of the employees of the establishments or of the undertakings' and, in their absence, 'the workforce as a whole' (art. 10.2). The importance attached to this crucial passage is also confirmed by other detailed provisions, such as access to training without any loss of wages, for both members of the negotiating body and the EWC, whenever this is deemed 'necessary for the exercise of their representative duties in an international environment' (art. 10.4).

⁴³² Proposal for a European Parliament and Council Directive, COM (2008) 419 final, 2008/0141, (COD), presented by the Commission, p. 2, sections 3 and 4.

⁴³³ 'Where an employer is contemplating collective redundancies, he shall begin consultations with the workers' representatives *in good time* with a view to reaching an agreement', Directive 98/59/EC of 20 July 1998 *on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies*, in OJ L 225/16, 12 August 1998.

A most relevant innovation, despite its potentially difficult enforcement, rests on the idea that EWCs should adapt to 'significant' changes in the structure of the undertaking or group of undertakings. Here again agreements establishing EWCs (art. 6) should intervene with strong clauses, guaranteeing links with national representation bodies. However, even in the absence of an agreement, existing EWCs must continue to operate, seeking to reach a new agreement on the necessary adaptations (art.12).

Empirical research shows that several International Framework Agreements have been signed by EWCs, jointly with international and national unions. It is worth recalling that this is by now a consolidated practice, originating in an unequivocal interest on both sides. Furthermore, even when EWCs do not directly sign the agreements themselves, leaving the floor to international and national trade unions, consensus on the negotiated issues is reached within the EWC.⁴³⁴

In light of the novelties brought about by the revised Directive, it is possible to argue that EWCs are legitimate collective actors in both promoting transnational agreements and even in signing them. They are linked to different representation bodies at other levels; they can be the voice of the employees 'as a whole' within the boundaries of the transnational companies; they are promoters of new solidarities derived by transnational collective interests. There is now, more clearly than in the past, a solid ground to build up a transnational legitimacy test at a purely voluntary level. Detailed solutions are in the hands of the social partners.

3. Protectionism versus Social Dumping

Recent controversial ECJ rulings were mentioned at the beginning of this article with the intent of investigating their impact on national and transnational notions of solidarity. After analysing current practices in transnational collective bargaining, it was then suggested that solidarities in the plural would be a better way to approach the description of collective interests lying behind a constantly changing phenomenon of standard setting. The Court's rulings reveal a different and yet parallel scenario.

The Court's decision in *Viking* has already been mentioned for its immediate impact on European sector social dialogue, leading to a proposal for a directive.⁴³⁵ It is also reassuring that the litigation ended as the case was settled in March 2008.⁴³⁶ However, commentators cannot ignore the pressure provoked by *Viking* within the Finnish legal system, shaken by the ECJ's intrusive intervention on matters relating to the autonomy of national collective bargaining. Despite the fact that the right to strike is an *ultima ratio* measure in Finland and was, even on that occasion, exercised in close correlation with the signature of a collective agreement, the Court found it to be

⁴³⁴ The Ales Report, at fn. 19, quotes all relevant agreements at section 3.2. See also the website of the International Metalworkers' Federation (IMF) www.imfmetal.org/index.cfm?c=10266&l=2 for further references to recent agreements.

⁴³⁵ See fn. 33 *infra*.

⁴³⁶ N. Bruun, *Finland: ECJ and the Challenge of Understanding Collective Bargaining*, in R. Blanpain, A. M. Świątkowski (eds.), *The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment v. Industrial Conflict in the European Union*, Kluwer Law International 2009, 51.

in breach of art. 43 TEC.⁴³⁷ The Court rejected any public policy reasons that would have allowed a restriction on freedom of establishment.⁴³⁸

The Court questioned whether collective bargaining and the right to strike are values underpinning national public policy. For example, in addressing issues of proportionality, national judges will have to take into account whether collective industrial action is lawful whenever it aims at maintaining employment that otherwise would be jeopardised by the exercise of market freedoms. This would have been a likely outcome for the ferry operator intending to pursue a reflagging of its ferry in Estonia.⁴³⁹

For the purposes of the present paper, it is useful to underline that this judgment confirms the points put forward before, namely the search for new solidarities in times of uncertainty. Here solidarities in the plural signify that while safeguarding the function of industrial action, the eradication of social dumping must be addressed at some level of policymaking. Strikes called for the protection of jobs, otherwise endangered by a practice of social dumping, should not be deemed illegal following the proportionality principle. Nonetheless, a challenging proportionality test arises whenever economic freedoms are at stake. *Viking* proves the uneasiness of the ECJ in selecting matters of public interest related to the 'protection' of workers. The choice of priorities, together with ways of addressing solidarities in the plural, should remain a prerogative of the collective parties involved in the dispute.

This plea for self-regulation is in line with the choice made by the European social partners signing the agreement – to become a directive in due time – addressed to the entire maritime sector.⁴⁴⁰ The flexible structure of European framework agreements, as the one in question, is such to indicate binding principles to be adopted in individual contracts of employment, for example in health and safety issues. It also includes criteria for the calculation of wages, not the definite setting of salaries, thus overcoming the problem of wages excluded from TEC's competence.⁴⁴¹

In *Laval*,⁴⁴² competitive advantages brought about by social dumping may have an even less stable outcome. We cannot enter into the detailed implications of this case within the scope of the present paper. The points to underline here have to do with the potentially disruptive effect of the Court's ruling on a 'model' system of collective bargaining.⁴⁴³ Thus, solutions that should be

⁴³⁷ *Viking*, para. 36.

⁴³⁸ *Viking*, para. 75.

⁴³⁹ This could be argued reading the closing para. 90 in *Viking*. One of the points addressed in this case has to do with the enforcement of a peace obligation clause. However, this obligation has a 'relative' value, since it applies only to matters included in the collective agreement. For this clarification, see N. Bruun, *Finnish labour law report*, in F. Dorsssemont, T. Jaspers, A. van Hoek (eds.), *Cross-border collective actions in Europe*, Antwerpen, Oxford Intersentia 2007, 105.

⁴⁴⁰ A similar controversy in the Irish ferries dispute found a consensual solution in the signing of an agreement on 14 December 2005 and the case was not litigated. References in T. Novitz, 'Labour rights as human rights: implications for employers' free movement in an enlarged European Union', *CYELS* (2006–2007), vol. 9, 359.

⁴⁴¹ Proposal for a Council Directive, at fn. 33, Standard A2.1, sections 1-4.

⁴⁴² Judgment of the Court of 18 December 2007, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, C- 341/05. Critical comments by R. Eklund, *A Swedish perspective on Laval*, CLLPJ 2008, 551 ff.

⁴⁴³ This 'model' is now portrayed in R. Eklund, T. Sigeman, L. Carlson, *Swedish Labour and Employment Law: Cases and Materials*, Uppsala, Lustus Förlag 2008.

elaborated in the future may become a paradigm illustration, beyond Sweden, on how to regain and even enhance the autonomy of national collective bargaining. This should be the lesson to learn, if challenges posed by transnational collective interests – as in the posting of workers to host countries – become part of the agenda of national unions. The alternative would be protectionism, a perspective as alien to European traditions as social dumping.⁴⁴⁴

A committee appointed by the Swedish government in April 2008 delivered a Report in December of that same year.⁴⁴⁵ This inquiry, the result of detailed consultations with the social partners, the Nordic labour law academic community and the Swedish Work Environment Authority, is valuable from a comparative perspective. One of the ideas put forward by the Report is the comparability of labour standards applied in the country of origin by the service provider. The latter should openly disclose such information to Swedish trade unions for the purpose of comparing them with the hard core provisions in art. 3.1 of Directive 86/71. This is a first step to take in view of evaluating recourse to industrial action.

A similar orientation – namely the attempt to avoid controversies over issues potentially related to social dumping – inspires the proposal to revise the law transposing the Directive on posted workers, in consideration of the non enforceability *erga omnes* of collective agreements in the Swedish legal system and in anticipation of what could be too ample a reference to binding applicable norms. Infringing art. 49 TCE should in such a way be avoided by a preliminary and attentive interpretation of public policy issues, as in art. 3.10 of the Directive.

From a comparative perspective, the three 'components' suggested in the Report for ascertaining a lawful recourse to industrial action are informative. The first component refers to the vexed question of levels of bargaining, indicating that the national level should be the most relevant. Agreements at this level are binding for all workers in the specific sector of economic activities. Furthermore, following a practice – familiar to an Italian labour lawyer such as the present author – agreements are extended by employers even to workers not associated to the signatory unions. The assumption is that *erga omnes* should be interpreted in the light of national mechanisms in extending the coverage of collective agreements.

As for the second component, national collective agreements should be the reference point for the Directive's hard-core provisions. However, collective bargaining typically brings about improvements of legal standards, for example, paid holidays and rest periods. Even more complex is the overall calculation of wages when it comes to including special remuneration for overtime, shift work and inconvenient working hours including night work. Compensation can also be associated with different tasks assigned to workers and thus be at the origin of objective differentiations related to experience, competence and responsibility. In the absence of minimum wage legislation, the calculation of overall salaries, with or without the inclusion of all such detailed elements, must be considered a prerogative of the country receiving the services, taking into account that in collective bargaining, such choices follow objective criteria.

⁴⁴⁴ The alarming case of British workers striking unofficially for 'British jobs' at the 'Lindsey Oil' refinery is discussed by C. Kilpatrick, at fn. 1.

⁴⁴⁵ References are to the English summary: C. Stråth, *Action in response to the Laval judgment*, Swedish Government Official Reports, SOU 2008:123, Stockholm 2008.

The third component looks at the country of origin's standards, enforced for workers to be posted. Industrial action will be considered unlawful if it is proved that normative standards, not inferior to the ones enforceable under Swedish collective agreements, are applicable to posted workers in the country of origin. For a foreign observer, some ambiguity is entrenched in this third component. When comparisons are made with weaker economic systems, one ought to take into consideration standards effectively enforced and wage policies *de facto* adopted. Here comparative analysis may reveal profound differences in national systems of collective bargaining, also due to highly different percentages of union membership. One could speculate that space should be left for cross-border negotiations among the social partners, hence for solidarities in the plural.⁴⁴⁶ It could even be contemplated that objectively grounded differentiations in wages, if adopted for limited periods of time, could be used as a starting point towards subsequent increases.

It is useful to stress from a comparative perspective the proposals put forward in the Report in the view of enhancing the role of the Swedish Work Environment Authority. This body should become a better equipped liaison office – as under art. 4 of the Directive – and provide detailed and timely disclosure of information to providers wishing to offer their services. It should also evaluate the compatibility of a voluntary system of collective bargaining within European law, in a prior examination of the collective agreements that the social partners intend to enforce for posted workers.

The Report is also attentive to the issue of employers not members of the associations that are signatories to the collective agreements. This typical facet of a purely voluntary system of collective bargaining is addressed, suggesting that standard agreements in different economic sectors should be made available and become applicable to posted workers, provided that the above mentioned Authority finds them compatible with the Directive 96/71.

Examples of the active roles played by national legislatures in the aftermath of the Court's rulings reveal an interesting, developing trend. In Denmark, a government appointed committee suggested changes to the national legislation implementing the Posted Workers Directive, with an eye to preserving the main characteristics of the Danish voluntary system of collective bargaining. The new law came into force on January 1st 2009.⁴⁴⁷ Industrial action is lawfully exercised against foreign service providers if aimed at achieving salaries equivalent to those of Danish workers, for jobs with equal professional contents.

The Danish Committee, following *Laval*, also suggested that transparent information should be released, because of the non enforceability *erga omnes* of Danish collective agreements. In com-

⁴⁴⁶ Cooperation agreements aimed at preventing social dumping were reached among Baltic trade unions and neighbouring Nordic countries, especially in the construction industry. See EIRR, August 2006, 3. Suggestions on establishing transnational collective bargaining having minimum wage as a mandatory subject within cross border provisions of service in A. Lo Faro, Is a decent wage part of a decent job? Answers from an enlarged Europe, WP C.S.D.L.E Massimo D'Antona, INT 64/2008.

⁴⁴⁷ The Danish Commission appointed by government published its report in June 2008. References in R. Nielsen, *Denmark: The Viking Line and Laval Cases Seen from a Danish Perspective*, in R. Blanpain, A.M. Świątkowski (eds.), at fn. 39.

pliance with art. 3.8 of the Directive, Danish law now requires that lawful recourse to strikes implies that reference should be made to wages determined in collective agreements signed by most representative unions and employers associations.

In Germany, following the ECJ's decision in *Rüffert*,⁴⁴⁸ the legislature in Lower Saxony redrafted the provisions on the award of public contracts in the building sector. Contractors must specify in writing their intention to enter collective agreements that are enforceable locally, as soon as they open the procedure for subcontracting and further on when the contract enters into force. These new formalities will prove full compliance with art. 3.8 of Directive 96/71, which refers to *erga omnes* collective agreements. The change in legislation implies that the procedure for extending the coverage of collective agreements, first an option for the parties signatories to them, is now compulsory, for the sake of avoiding infringement of European law.⁴⁴⁹

All these very different examples prove that protectionist reactions do not provide the right answers to new and potentially conflicting solidarities. They also prove that the spreading of social dumping can only be stopped by joint initiatives of the social partners.

It is asserted that foreign investments tailored to an exploitation of low wages do not create employment, based as they often are on very high levels of productivity. Furthermore, the need for rapid technological innovations may favour the off-shoring of services and employment outside of the EU. These are all good reasons to believe that forward looking initiatives in the service sector as well as in manufacturing will need to enhance training and fair wages, rather than adopt social dumping.⁴⁵⁰ ILO research confirms that unbalanced results occur when the search for lower wages is the main outcome expected in business mobility.⁴⁵¹ The global phenomena of outsourcing can only be efficiently counterbalanced by new innovative principles of 'market governance'.⁴⁵²

4. Concluding Remarks. New Developments for Transnational Collective Bargaining

An objective of this paper was to initiate a discussion regarding the assumption that 'transnationality' is taking shape both as a concept and as a practice. Based essentially in customary law – as we ought to consider recent developments of European social dialogue and the practice of international cross-border dialogue – it is not extraneous to secondary European legislation.⁴⁵³

⁴⁴⁸ Judgment of the Court of 3 April 2008, *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, C- 346/06.

⁴⁴⁹ Art. 3, law of the Land of Lower Saxony, 15 December 2008. I am grateful to Prof. M. Fuchs for this information. References to the extension of collective agreements in M. Fuchs, *National Report on Germany*, in S. Sciarra (ed.), *The evolving structure of collective bargaining in Europe*, <http://eprints.unifi.it/archive/00001160>.

⁴⁵⁰ Interesting indications on the EU as the largest importer and exporter of services, even after enlargement, in G. Kemekliene, H. Conolly, M. Keune, A. Watt, *Services employment in Europe*, ETUI-REHS 2007, 42 ff.

⁴⁵¹ *A fair globalization: creating opportunities for all*, Report of the World commission on the social dimension of globalization, ILO, Geneva 2004.

⁴⁵² G. Gereffi, *The new offshoring of jobs and global development*, ILO Social policy lectures, ILO, Geneva 2006, 41 ff.

⁴⁵³ See, for example, the Posted Workers Directive 96/71/EC of 16 December 1996, in OJ L 18, 21 January 1997, recital 6, talking of 'transnationalization' of the employment relationship; see also the references to the revised EWC Directive at section 2.3 above. Agency work offers interesting insights. See K. Ahlberg, B. Bercusson, N. Bruun, H. Kountouros, C. Vigneau, L. Zappalà, *Transnational Labour Regulation A case study of temporary Agency Work*, Brussels, P.I.E. Peter Lang 2008.

Voluntary transnational texts are developing on a *de facto* basis, proving once more the autonomy of collective bargaining.⁴⁵⁴ Rather than reducing state's sovereignty, transnational collective bargaining adds to the capacities of the state as regulator. The designation of new bargaining agents and the setting up of competences within trade unions and employer associations are all signs of collective autonomy. Nevertheless, the definition of new collective interests, shaped around solidarities in the plural, can force national legislatures into new frames of reference, for example into the direction of auxiliary legislation, in support of transnational collective autonomy. National legislatures, along with social partners, will learn that nothing but false promises can be generated by recourse to social dumping and by consequent protectionist answers.

Examples taken from the practice of transnational collective bargaining, both inside and outside the EU, show that a new transnational collective autonomy is slowly emerging and adapting to specific requirements of the negotiators. This is happening despite the weakness of collective social rights, such as rights to information and consultation. The hope is that other collective rights will not be weakened as a result of the previously mentioned case law. The idea put forward in this paper is that a positive and inventive reaction to recent ECJ's rulings could paradoxically enhance new synergies among the social partners.

The impetus to look to the future in this discussion comes from the present economic and financial crisis. Issues of social justice are more urgent than ever and so is the search for innovative ways to address solidarities in the plural. Transnational collective bargaining opens the ground to the enforceability of standards, whenever comparable working conditions apply.

An emphasis has been placed above on the legitimacy of the bargaining agents whenever transnational issues are at stake. Each time selective solidarity is the underlying principle in negotiations, specific mandates should be required for the negotiators. On the employer's side, it could be ascertained that a mandate relating to strategies of selective solidarity be issued by the controlling company. On the workers' side, one ought to look at constituencies within the companies, taking into account areas of the productive processes concretely affected by transnational strategies. Similar working conditions generate the notion of collective interest. The latter is, by all means, the starting point in transnational collective bargaining.

Restructuring and the EGAF pose the question of objective criteria to be adopted when jobs are lost and help is required. Access to European funds could be pivotal in new emerging dimensions of transnational interests.⁴⁵⁵ Employment policies on flexicurity, eligible, according to recent guidelines of the European Council, give support to the ESF. To take one of many examples, it could be maintained that a transnational collective interest to training, parallel to the request of new and differentiated skills, is inherent in most cases of restructuring.

This very broad discussion is also relevant in addressing once more problems of shared competences between the EU and Member States. The suggestion is that new approaches to 'variable geometry' should be pursued. Social partners and national legislators should be looking favoura-

⁴⁵⁴ The concept of autonomy from a comparative perspective is analysed in S. Sciarra, *The evolution of collective bargaining*, at fn. 18, p. 6 ff.

⁴⁵⁵ In *Responding to the crisis*, at fn. 17, p. 8 the Commission favours recourse to instruments to 'support the social cost of adjustment and to ensure that necessary skill levels required for the future competitiveness of industry are retained in the industry' for all sectors.

bly towards a European framework in which all existing initiatives based on transnational collective bargaining should evolve, setting aside fears of reciprocal interferences. Meanwhile, all actors, both public and private, cannot but acknowledge that transnationality is part of European law in action.

The Charter of Nice in the law in action: an investigation into the judges' statement of reasons (2000-2008)*

Bruno Caruso- Mariagrazia Militello

1. Methodological introduction to Courts' use of the Nice Charter.	196
2. 1 st Part. EU Courts' rulings. The salient data.	198
3. EU judges and Advocates General	200
4. How the Charter has been used in EU Court decisions	201
4.1. The Charter as an (occasional) element in the reconstruction of the normative framework of reference. Its rhetorical use.	202
4.2 Use of the Charter as interpretive support: its use as soft or semi hard law. The case of indirect application: the European Court	204
4.2.1.... the Court of First Instance.	207
4.2.2....and the Advocates General	208
4.3. Use of the Charter as hard law, that is, as normative foundation of rights, with binding effectiveness. The case of direct application.	213
4.3.1 The position of the Advocates General	213
4.3.2. The position of the Court of Justice.	220
5. 2 nd Part. Domestic decisions. Use of the Charter as interpretive support in relation to soft or semi hard law. The case of indirect application.	222
5.1. Use of the Charter as hard law, that is, as normative foundation of rights. The case of direct application	224
6. The Charter of Nice's steady ascent in juridical effectiveness in law in action.	226

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 74/2009

1. Methodological introduction to Courts' use of the Nice Charter.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed in Nice in December 2000, re-proclaimed and signed by the presidents of Parliament, of the Council and of the Commission in Strasbourg on the 12th of December 2007, was closely followed by the signing of the Treaty that modified the institutive Treaties in Lisbon, 13th of December 2007.

The history of the Charter is well-known and therefore here will be dealt with only in brief. Originally destined to be incorporated into the European Constitution, the Charter of Nice came to the same end. Following the failure of the legislative adoption process, the same term "constitution" was eliminated from successive attempts at reform with obvious disappointment on the part of those who had hoped for the constitutional consecration of fundamental rights, and in particular of social rights⁴⁵⁶.

With the Treaty that modified the institutive Treaties, hope was rekindled; art. 6 of the EU Treaty, reformed to 1 co., was, in fact provided that "The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties"⁴⁵⁷.

Against this backdrop of tormented normative procedure which reflects the general political difficulties regarding the process of integration, the first signs of law in action began to emerge, created by the judiciary of the Court of Justice, and even earlier by the Advocates General.

Following its solemn proclamation, the importance of the Charter of Nice became immediately apparent, not only due to its political significance, but also due to its juridical implications, both real and potential⁴⁵⁸, as the first catalogue of rights specific to the EU⁴⁵⁹. In the process of forming

⁴⁵⁶ A. SOMMA is very pessimistic about the possibility that EU fundamental rights codified in the Charter of Nice could create a framework of hard regulations to avoid a reduction in the levels of protection assured by the national legal systems, in *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, RCDP, 2008, 437 ss.

⁴⁵⁷ During the European Council of Brussels held on the 20th June 2008 it was stressed that «The European Council recalls that the entry into force of the Treaty of Lisbon requires ratification by each of the 27 Member States in accordance with their respective constitutional requirements. It reaffirms its wish to see the Treaty enter into force by the end of 2009 ». With specific regard to the particular position of Ireland, the Council established that «Having carefully noted the concerns of the Irish people as set out by the Taoiseach, the European Council, at its meeting of 11-12 December 2008, agreed that, provided the Treaty of Lisbon enters into force, a decision would be taken, in accordance with the necessary legal procedures, to the effect that the Commission shall continue to include one national of each Member State. 3. The European Council also agreed that other concerns of the Irish people, as presented by the Taoiseach, relating to taxation policy, the right to life, education and the family, and Ireland's traditional policy of military neutrality, would be addressed to the mutual satisfaction of Ireland and the other Member States, by way of the necessary legal guarantees. It was also agreed that the high importance attached to a number of social issues, including workers' rights, would be confirmed».

Furthermore, with reference to the Charter of Nice, The Council concluded that «Nothing in the Treaty of Lisbon attributing legal status to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or in the provisions of that Treaty in the area of Freedom, Security and Justice affects in any way the scope and applicability of the protection of the right to life in Article 40.3.1, 40.3.2 and 40.3.3, the protection of the family in Article 41 and the protection of the rights in respect of education in Articles 42 and 44.2.4 and 44.2.5 provided by the Constitution of Ireland».

⁴⁵⁸ S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, DLRI, 2001, 617 ss.

⁴⁵⁹ M. CARTABIA, *Una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Quad. cost., 2000, 459 ss.

constitutional orders, legal scholars tend to recognise an increasingly important role to the founding norms, a/o recognising fundamental rights, compared to the rules of organisation and implementation of the system itself and to the question itself of sovereignty⁴⁶⁰.

It is precisely for this reason that we considered it useful to conduct research on a Courts' decisions which would indicate above all the effects of the Charter of Nice on supranational and national legal systems, but also reciprocal relationships between systems. In brief, in the light of careful analysis of the judgments of the Court of Luxembourg, of the General Advocate's Conclusions and of national judges' rulings, we have the first real acid test of the juridical power of the Charter⁴⁶¹.

To this end our intention was to start from an analysis of juridical law in action, in the light of the lessons of a great legal expert, according to whom "The figure of law in action must be introduced into the debate regarding sources of law" therefore "juridically law in action is the same law in force as it is interpreted and applied by the judiciary"⁴⁶².

On the basis of this theoretical premise our aim was to verify *to what extent and in which way* The Charter of Nice and the single articles contained within it have been used by EU and domestic judges, until now. The various Courts, at various levels of jurisdiction, are faced with the non-binding nature of a document whose constitutional importance and value, however, are ever increasing in the sphere of fundamental rights on a supranational level.

The reference to law in action appears to be particularly useful in this approach for a series of reasons: a) it seems beyond doubt, as indicated by several parties, the preeminent importance of

⁴⁶⁰ See for all, A SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, DPCE, 2003, 314 ss. and ibid. further references to the debate of constitutional doctrine. In particular on the various constitutional structures and on the collocation of rights above all in the "long" constitutions, see R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, GCost., 2006, 1, 751 ss.

⁴⁶¹ From another point of view, the majority of legislative documents published after the declaration with which the EU institutions formally bound themselves to the dispositions of the Charter, refer in a different way to the Charter or its individual dispositions. Cf. for example, the directive regarding services of the internal market 2006/123/CE of the 12th December 2006, the directive proposal of the Council xxx applications of the principle of equal treatment of persons regardless of their religion, beliefs, disability, age or sexual orientation [COM (2008) 426 def., 2nd July 2008]. And again the Conclusions of the Council of 22nd May 2008 on multilingualism (in *G.U.U.E* 6th June 2008, n.C140, p. 10) in which there is reference to art.22 on cultural, religious and linguistic diversity; consideration no. 30 of the Directive 2008/50/CE of the 21st May 2008, relative to the quality of the environmental air and for a cleaner air in Europe (in *G.U.U.E* 11th June 2008, n. L 152,p 1 which makes reference to art.37 on the protection of the environment as consideration no.45 of the Directive 2008/56/CE of the 17th June 2008 which institutes a framework for Community action in the field of policies for marine environments (Directive framework on the strategy for marine environments) (in *G.U.U.E* 25th June 2008, n.L164, p.19). See also the reference to various rights (no discrimination, of property, protection of professional and family life, consumer protection (in *G.U.U.E* 22 May 2008, L 133, p.66).

⁴⁶² On the concept of law in action, see the masterly elaboration of L. MENGONI, *Diritto vivente, Jus*, 1988, 15 ss. 19 in which he writes: "Law in action can express an authoritative restriction of application to future cases only on condition that it is transformable into a dogmatic rule on the basis of which an intersubjective agreement which guarantees coherence with rationality of the positive system" ibid. p. 21. In general, also P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2005. See also M. CALVINO, *La dottrina del diritto vivente come teoria del precedente giudiziario, Diritto e formazione*, 2005, 1, 159. Id., *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi del diritto vivente, Dir. Soc.* 2001, 1, 159. With less dogmatic precision, the labour law doctrine tends to refer to the concept of law in action to generically extra legislative rights, even including contractual sources and of doctrinal creation; in the first sense, see S: NADELET, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. Una riflessione sui lavori flessibili. (parte seconda). Insegnamenti e incognite di un'indagine su un diritto vivente del lavoro, LD*, 2005, 1, 3 ss. In the second, A VALLEBONA, *L'autonomia privata collettiva nel diritto vivente, MGL*, 2008, 8/9, 622 ss.

the European Courts' rulings in the construction of the constitutional basis of the new order; b) the dynamics of the order in progress, with the increasing convergence of the juridical systems determined by the process of European integration, render the differences between systems of *common law* and *civil law* less clear-cut, by considering law in action as a source of law⁴⁶³; c) In the European order the preceding rulings does not function according to the technique of *stare decisis*, in which the value of the previous rulings is considered *a priori* as a useful element to providing criteria of judgement and to establishing precise limits to the discretion of the judge. Instead it takes on an importance *a posteriori*, constituting an element aimed at evaluating results rather than limiting the interpretive discretion of the judge⁴⁶⁴. Due to this there is a greater heuristic consonance of the "continental approach" to the law in action and to dialogue between the Courts of the European legal system.

The first part of this work is dedicated to European Courts decisions and to the Advocate General's Conclusions; the second part is dedicated to domestic judges' decisions.

The abovementioned division of the work aims to highlight if and to what extent the attitude demonstrated in comparisons of the same "phenomenon" by supranational judiciary and national judiciary – who are considered EU judges of the first level – is different, and to identify the various consequences that it determines.

2. 1st Part. EU Courts' rulings. The salient data.

a) *The selection of documents*

The first phase of the research concentrated on the selection of available data⁴⁶⁵. We chose to use a wide-based set of criteria, on the basis of which Judgments (of the Court of Justice, but also the Court of the First Instance) and the Conclusions were selected where the terms "Charter of Nice" and "Fundamental rights" appeared together or alternatively. This was done in order to guarantee that a reasoned and correlated interpretation of the documents provided the most detailed picture possible of the legal institutions' attitude towards the Charter considered as a whole, and of its single articles.

⁴⁶³ The comparative doctrine has for some time debate on the radical differences between systems of *civil law* and *common law*. See G. SACCO, *Il giurista in Europa: problematiche e prospettive*, *Contr. Impr. Eur.* 2002, 789 ss.; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, *Rass. Forense*, 2007, 2, 493. See also M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Laterza, 45 ss. and *ibid.* further references in notes 21-23.

⁴⁶⁴ M. CALVINO, *La dottrina del diritto vivente*, *op. cit.* p. 1005: "Value is not attributed to the preceding decision before the judge pronounces his decision. It will be given value only if confirmed ex post by other decisions of the same type: once many judges have pronounced the same decision, and only then, on the basis of a judgement *a posteriori* on their actions, will it be possible to affirm the existence of law in action". On law in action as a "macroscopic" example of the rhetorical circular relationship on the basis of which it constitutes "a series of meanings which the community of interpreters have chosen as the most "credible" interpretation of the dispositions which the community itself retains in force, (constituting) the set of conventions stipulated by components of the community" cf. R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutica nei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (edited by), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, 1993, 8 ss.

⁴⁶⁵ The database used is the official one of the Commission, Eur-lex, consultable at the website <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>. Also fundamental was the invaluable collaboration of CDE – centre of European Documentation of the University of Catania – and in particular Chiara Cantarella.

In this first part of the research, we were able to ascertain that the number of judgments in which the Charter and its articles are cited varies according to the year in which the sentence was given: that it increases with time (in total 72)⁴⁶⁶. This confirms the intrinsic authority of the Charter (growing) and of the relative independence of this authority from its formal juridical status (contrarily, subject to wavering fortune).

On the other hand, from the documentation of the Advocates General's Conclusions, partially different data emerged: the number of Conclusions in which the Charter was cited remained more or less constant over the years (in total 139)⁴⁶⁷ and furthermore, to the objective variable time, the subjective variable, the juridical sensibility of the single Advocate General, is added.

b) The subdivision of the documents by articles

In the second phase the cataloguing of EU documents was further refined using reference to the articles cited. It was then possible to identify a rather uniform trend in both the judgments and the conclusions, on the basis of which it was revealed that the provisions of the Charter which are most cited are those generally contained in paragraph VI-Justice and one in particular, contained instead in paragraph V-Citizenship (Right to good administration, art. 41)⁴⁶⁸.

c) Modality and techniques of referencing the articles

Lastly, the third phase regards the analysis of the merit of the EU rulings and Conclusions, guided by criteria identified previously and aimed at the comprehension – via the application of precise canons of interpretation (generic reference – indirect application – direct application) of the ways of referencing used by the judges and Advocates General. In this way it was possible to obtain a first evaluation not of the general influence, but rather on the specific significance which the Charter has gradually obtained, eight years on from its first proclamation and in spite of its continuing lack of legal bindingness (*rectius*, a promised legal bindingness).

Subsequently it was decided to subdivide Judgments and Conclusions based on the *modality of citation* of the Charter so as to qualify and identify the hypotheses whereby it is used merely as an interpretative support, or on the other hand, as if it were already legally binding. In the first case, when only an occasional reference is made to the Charter, that which is highlighted is exclusively its political significance, placed, however, in the context of juridical argumentation and decisions through the generic reference to its authority, which remains, in any case, only *political*. On the other hand, in the second case the juridical significance is sublimated through either direct

⁴⁶⁶ Data on the increase of the number of judgments for each year are the following: 2001-1; 2002-4; 2003-7; 2004-9; 2005-10; 2006-12; 2007-15; 2008-14.

⁴⁶⁷ The data on the growth of the number of Conclusions for each year are the following: 2001-16; 2002-11; 2003-17; 2004-20; 2005-18; 2006-16; 2007-17; 2008-24.

⁴⁶⁸ As regards the Judgments, the data on the most cited article is as follows: Preamble-1; General reference-9; art.7-4; art. 8-4; art. 11-1; art. 12-1; art. 17-5; art. 20-1; art. 21-2; art. 24-3; art. 28-2; art. 39-1; art. 41-16; art. 42-4; art. 46-1; art. 47-22; art. 48-8; art. 49-7; art. 50-3; art. 51-1; art. 52-2; art. 53-2.

As regards the Conclusions, the data on the most cited articles is as follows: Preamble-1, General reference:- 8; art. 1-2; art. 3-1; art. 7-13; art. 8-6; art. 9-1; art. 11-3; art. 12-4; art. 14-1; art. 15-1; art. 16-3; art. 17-9; art. 18-1; art. 20-4; art. 21-11; art. 22-1; art. 23-3; art. 24-4; art. 26-1; art. 27-3; art. 28-3; art. 30-1; art. 31-6; art. 34-1; art. 35-1; art. 36-5; art. 37-3; art. 41- 25; art. 42-5; art. 45-7; art. 47- 38; art. 48- 11; art. 49-11; art. 50- 7; art. 51-5; art. 52- 9.

application, or, as in the majority of cases, indirect. Direct application means the decision is based precisely on the article referred to, while indirect application means that the Charter is quoted in the judge's statement of reasons, thereby conditioning it, but which technically does not provide the basis for the decision⁴⁶⁹.

3. EU judges and Advocates General

Quantitative data relative to references to the Charter is indicative of the different approaches adopted by EU judges and the Advocates General to this document.

Among Judgments and Conclusions, in fact, there appears to be a difference in references not only due to the time factor, that is, of the chronological vicinity to the adoption of the Charter.

The trend shows that the number of judgments in which the EU judges, those of the Court of Justice in particular, make reference to the Charter of Nice and/or to its articles, increases over the years. Until 2006, the Court had kept an "impassable" silence, "bordering on provocation"⁴⁷⁰. To explicit references in the same cases, on the part of the Advocates General, the Court responded with a deafening silence, causing an evident *fin de non-recevoir*. This phase in relations between Advocates General and judges of the Court of Justice, concerning the references to the Charter of Nice, could be defined as *asymmetric parallelism*. To the Advocates General's suggestions to optimize the Charter, the Court, on the same cases, demonstrated a rather different attitude. The most convincing explanation of this initial prudence on behalf of the Court in terms of juridical politics and constitutional equilibrium was given by Poiares Maduro⁴⁷¹. It was not simply a question of the Court's understandable prudence when called to rule – contrary to the Advocates General who are less bound by responsibility – on issues regarding relations between States and between States and the Union. Rather, there appeared to be an evident crisis of perception of its own institutional role which was until the emanation of the Charter "relatively free" to found a new supranational constitutional system, based also on the rights declared by the Court itself. And this, considering the political choice made by other EU institutions to formally "claim rights", which risked curbing both their judicial creativity and role of the ECJ as political barycentre in the EU's institutional order.

This asymmetry in the approaches of the Court and the Advocates General is highlighted by the datas.

The number of Conclusions in which the Charter is mentioned in some way, unlike the Judgments, is constant over a period of time. The Advocates General, since the very first proclamation, showed their sensitivity towards a document which for the first time lists a catalogue of EU fundamental rights. This is also due to the relatively informal "style", of the conclusions, which allows

⁴⁶⁹ Cf. for the modality of citation used in the text, B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Il lavoro subordinato*, vol. VI of the Trattato di diritto privato dell'Unione Europea directed by G. Ajani and G. A. Benacchio, Giappichelli, 2009.

⁴⁷⁰ J. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografie e feticismo*, *QCost.*, 2002, 521 ss.

⁴⁷¹ M. POIARES MADURO, *The double Constitutional life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in T.K. HERVEY AND J. KENNER (edited by) *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003.

for a more relaxed, discursive use of the charter, compared to the more traditional, legalistic and deductive approach of the Court⁴⁷².

A variation in the number of Conclusions which cite the Charter can be verified when the specific Advocate General who dealt with the question in point is considered. This would most probably depend on the juridical, political and cultural background of the individual Advocate General⁴⁷³.

It can certainly be affirmed that almost immediately after the adoption of the Charter of Fundamental Rights the Advocates General – and some more than others – began to cite the document directly as a whole, and also to particular articles contained within it, as an element of reconstruction of EU legislation, considered useful in the solution of concrete cases in point or as a juridical instrument to define the question. However, in only 7 cases⁴⁷⁴ was the stance taken by the Advocate General in accordance with that of the judges of the Court of Luxembourg, and if they referred to specific fundamental rights contained in the Charter as will be seen, they did so parsimoniously and cautiously.

4. How the Charter has been used in EU Court decisions

As already stated, the way the Charter of Nice and its articles are cited makes it possible to subdivide Judgments and Conclusions, depending on if it is used occasionally, with a merely rhetorical reference, or inserted in a more structural way in the process of juridical argumentation.

Among those described, the most common modality of reference is without a doubt the indirect application of the Charter, which rises in rank to that which has been defined *soft law* or semi *hard law*⁴⁷⁵. As it would be impossible to attribute *apertis verbis* to a juridical restriction which has not yet been consecrated in the Treaty, the Charter, and the fundamental rights recognised within it, are implicated in a circular decision-making process. In this way they enter the decisions of the judges or the opinions of the Advocates General indirectly frequently via reference to common constitutional traditions consecrated in the European document⁴⁷⁶.

Less frequent – but in some ways more courageous and without a doubt more significant – is the use that some judges, but above all some Advocates General, have made of the Charter as if it

⁴⁷² On the style of the Court of Justice, see S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis*, *Com. Mark, Law Review* 2006, 43, 629-665. See also M. ROSENFELD, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, *Int. Journ. Const. Law*, 2006, 1 ss. E M. LASSER, *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court*, Jean Monnet Working Paper 1/03.

⁴⁷³ The data on the single Advocates General and the number of times in which each of them used the Charter in their Conclusions are the following: Alber-2; Bot-3; Geelhoed-15; Jacobs-6; Kokott-24; Leger-9; Mazàk-1; Mengozzi-4; Mischo-2; Poiares Maduro-15; Ruiz-Jarabo Colomer-31; Sharpston-7; Stix-Hackl-11; Tizzano-3; Trstenjak-6.

⁴⁷⁴ These are the cases, C-450/06, *Varec SA c. Stato belga*; -303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*; C-402/05 *P.Yassin Abdullah Kadi e Barakaat International Foundation c. Council of EU and Commission of European Community*; C-341/05, *Lavel un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektriker förbundet*; C-275/06, *Productores de Música de España (promusicae) c. Telefónica de España SAY e C-540/03 Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*.

⁴⁷⁵ Cf. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali*, op. cit.

⁴⁷⁶ On the relationship between common constitutional traditions and the Charter of Nice, cf. A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Ars interpretandi*, 2003, 211 ss., here p. 227ss.

were already a legally binding force. The judgments in which the Court took a radical decision, attributing “European” dignity to some fundamental rights sanctioned in the Charter, are already well-known but this stance did not lead to logical consequences⁴⁷⁷. However, we are dealing here with cases whose peculiarity call for serious reflection⁴⁷⁸. These examples, surely more salient, do not however exhaust the number of documents which fall into the category of “direct application”. There are, in fact other examples – mainly the Conclusions of the Advocates General – in which the fundamental rights contained in the Charter were referred to with the aim of resolving preliminary questions.

In opposition to direct application there is a way of referring to the Charter which is merely evocative. This approach can be found in those judgments and conclusions where the Charter is evoked as only one of the elements, and one of the less important ones at that, in the reconstruction of the general normative framework within which the concrete case in point is considered. It is a “rhetorical” use of the Charter of Nice which highlights, essentially, as previously mentioned, its authority as a political document.

4.1. The Charter as an (occasional) element in the reconstruction of the normative framework of reference. Its rhetorical use.

In a hypothetical scale of an ascending climax, which from the low point of indifference climbs to a high point of direct application, the first and least significant form of use of the Charter of Nice would be its citation as a mere stylistic ornament; the reference, as a clause of style, does not make use of the articles which could be pertinent to the resolution of the case, but to the Charter as a whole, which is considered one of the sources, and usually not the most important, of a more articulated catalogue which serves as a normative context (generic) of general reference.

This is almost an obligatory passage, above all where the citation of the Charter is made by the plaintiff of the case in which the preliminary question was raised and exposed to the Court. However, there are a number of documented cases of indifference where the reference made by the plaintiff to an article of the Charter considered relevant falls by the wayside; no trace can be found of it in either the Conclusions of the Advocates General let alone in the judgments of the Court of Justice.

In some aspects, the attitude of EU judges and Advocates General is not dissimilar to that described above, when, for example, they only make reference to the Charter of Nice in the footnotes, giving no space to it whatsoever in the sentence or the Conclusions, let alone the provisions.

Starting from this type of reference we can note some differences in the attitudes of the Court and of the Advocates General regarding the use of the Charter.

In all the period under consideration (2000-2008) the cases in which the Court cited the Charter in the notes or in the form of reference of the claim of the plaintiff are much more numerous

⁴⁷⁷ The reference is to the sentence *Laval and Viking* to which we will return shortly. Among the categories which were adopted, the above mentioned sentence technically comes under the typology defined as “indirect application” given that the fundamental right sanctioned by the Charter of Nice – the rights of bargaining and collective action (art.28) – even though recognised, were not however affirmed by the Court which instead applied the technique of balancing in favour of the specific liberty sanctioned by the Treaty with which the rights conflicted in this specific case, respectively free supply of services and the rights of the establishment.

⁴⁷⁸ See par. 4.2.

than those in which the Advocates General do so. Yet the number of Conclusions in which the Charter is cited is much higher than that of the Judgments. This means that the Advocates General have in the vast majority of cases, preferred to give a higher profile to the Charter, rather than relegating it to the notes as the judges have frequently done.

The different attitudes manifested appear even clearer in those cases where the difference between prospected solution and decision made is registered with reference to the same preliminary question, object of the same case. In fact, it has even happened, that in the same case, the Court quoted the Charter of Nice among the references made by the plaintiff, while the Advocate General had used indirect application.

As for example in the case *The Queen against the Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd* in which Advocate General Geelhoed in his Conclusions of September 2002, had tried to argue the solution suggested to the Court using reference to the effective jurisdictional protection of which to art. 47 and to the rights of property of which to art. 17 of the Charter⁴⁷⁹, conflicting with the indifference of the Court which restricted itself to quoting only the reference to art. 17 as made by the plaintiff⁴⁸⁰.

The same dyscrasia can be recorded with reference to the case *Aalborg Portland A/S and a. c. Commission of the European Community*. Also in this case, the Advocate General tried to make a decisive reference to the Charter⁴⁸¹, while the Court considered only in passing the reference made by the plaintiff⁴⁸².

⁴⁷⁹ Conclusions of Geelhoed, 10th September 2002, C-491/01, *The Queen v. Secretary for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*. "The right to property is not a right recognised as such by the EC or EU Treaties. Article 17 of the Charter of Fundamental Rights does, it is true, recognise the right to property (and the protection of intellectual property). With regard to the present legal position, however, I attach more importance to Article 6 EU. That article requires the European Union to respect fundamental rights, as guaranteed by, *inter alia*, the ECHR, as general principles of Community law. One of those fundamental rights is the right to property, as referred to in Article 1, First Protocol, of the ECHR." (point 259).

⁴⁸⁰ Court of Justice, 10th December 2002, - C-491/01 *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco Investments Ltd and Imperial Tobacco Ltd*. "According to Japan Tobacco, Article 7 of the Directive prohibits it from exercising its intellectual property rights by preventing it from using its trade mark Mild Seven in the Community and by depriving it of the economic benefit of its exclusive licences for that trade mark. Such a result entails infringement of the right to property, which is recognised to be a fundamental human right in the Community legal order, protected by the first subparagraph of Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights (ECHR) and enshrined in Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union" (point 144).

⁴⁸¹ Conclusions of Ruiz-Jarabo Colomer 11th February 2003, Cases reunited C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), IrishCembent Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) and Cementir – Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00) v. Commission of the European Community*. "The Charter of Fundamental Rights of the European Union (26) takes the matter further, since, in addition to providing that an accused is entitled to defend his legal position in a fair and public judicial procedure, before an independent and impartial tribunal previously established by law, it also provides that every person has the right to be heard by the institutions of the European Union before any individual measure which could affect him or her adversely is taken and the right to have access to his or her file" (point 27).

⁴⁸² Court of Justice, 7th January 2004, cases reunited C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S (Portland A/S (C-204/00 P), IrishCembent Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) and Cementir – Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00) v. Commission of the European Community*. "[...] The right of access to those documents should be regarded as a fundamental right for the purposes of Article F of the Treaty on European Union (now, after amendment, Article 6 EU) and also under Article 6 of the ECHR and Article 42 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaimed in Nice on 7 December 2000 (OJ 2000 C 364, p. 1)" (point 94).

4.2 Use of the Charter as interpretive support: its use as soft or semi hard law. The case of indirect application: the European Court

We have already highlighted the ambivalent nature of this document that lacks a legal binding force, but which contains a list of fundamental rights, acting as surrogate to a formal supranational Constitution.

In spite of the obstacles and the numerous hindrances encountered along the way to acquiring binding juridical efficacy, The Charter of Nice, in fact, even before its inception, absolved the role of founding element and indispensable presupposition to the full legitimisation of the European Union by those who had supported its approbation; the Charter of Nice, furthermore, had sanctioned «visibly the crucial importance of fundamental rights and the significance that they have for European citizens»⁴⁸³.

Following its approbation, for the undoubted importance which it represents, the Charter in applicative phase then clearly superseded the simple declaration of principle collocating it on the crest – sometimes superseded – which separates it from full constitutional consecration.⁴⁸⁴

And it is exactly to this position, half-way between political reference and juridical use, that the EU Courts and the Advocates General have attested. They have demonstrated, albeit in different ways and intensities, a preference for indirect application of the Fundamental rights proclaimed at Nice.

The reference to the Charter – considered as a whole or with reference to specific articles – operates in the majority of cases as a merely interpretative support to a decision which has its basis elsewhere, or to an argumentation founded on other grounds, rarely constituting, therefore, the juridical basis of the solution chosen by the Court or suggested by the Advocate General.

Nevertheless, the use of the Charter of Nice as an argumentative support which is inserted in the final decision-making, justifies the observation that it now carries also juridical importance, no longer only political, which can be perceived, for example, when the reference appears just in the notes or the citation is made only in passing. In fact, in these cases, even if it is not the basis for the decisions – understandably considering its “soft” nature – the Charter occupies a prominent position in the statement of reasons of the Court and of the Advocates General, producing “soft” effects, in accordance with its nature.

Examples of this approach can be found in the judgments of both The Court of Justice and the Tribunal of the First Instance, and more numerously in the Conclusions of the Advocates General.

⁴⁸³ R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Il diritto dell'Unione Europea*, 2000, 4, 881

⁴⁸⁴ The use of this term is consented in the awareness that it has been removed from documents and EU projects. In the Conclusions of the German Presidency of the European Council of 26th June 2007, in which it was conferred a mandate to the CIG for the elaboration of a “treaty of reform” of the existing treaties, one can read in fact that «The constitutional concept, which consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called “Constitution”, is abandoned» (p. 2); that «The TEU and the Treaty on the Functioning of the Union will not have a constitutional character» and, finally, that «The terminology used throughout the Treaties will reflect this change: the term “Constitution” will not be used».

The most illustrious cases are represented by the judgments *Laval and Viking*⁴⁸⁵ significant for more than one reason. In fact, not only do they constitute a sort of paradigm of use of the Charter as an instrument of semi *hard law*, but they also highlight the intrinsic limits in the lack of legal bindingness of the same. With the current situation of weak juridification of the Charter (proclaimed but not ratified) in order to resolve the case in point the Court had to conduct an operation of “free balancing”⁴⁸⁶ – in which the results could have been different if the fundamental social rights to strike and of collective action, here implicated, had drawn their origins from a primary source legislative source.⁴⁸⁷

In the judgments *Laval* and *Viking*, the Court cites expressly the right to collective action contained in the Charter of Nice, recognising its full functionality within the supranational juridical order.

“In that regard, it must be recalled that the right to take collective action is recognised both by various international instruments which the Member States have signed or cooperated in, such as the European Social Charter, signed at Turin on 18 October 1961 – to which, moreover, express reference is made in Article 136 EC – and Convention No 87 of the International Labour Organisation concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise of 9 July 1948 – and by instruments developed by those Member States at Community level or in the context of the European Union, such as the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers adopted at the meeting of the European Council held in Strasbourg on 9 December 1989, which is also referred to in Article 136 EC, and the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaimed in Nice on 7 December 2000” (point 90).

In the next passage, however, the same right, which has just been recognised, is circumscribed and limited by specific restrictions deriving from EU law and from national legislation and praxis.

In this way the Court affirms

“Although the right to take collective action must therefore be recognised as a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law the observance of which the Court ensures, the exercise of that right may none the less be subject to certain restrictions. As is reaffirmed by Article 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, it is to be protected in accordance with Community law and national law and practices” (point 91)⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Court of Justice, 18th December 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet* and Court of Justice, 11th December 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seaman’s Union c. Viking Line ABP and OU Viking Line Eesti*.

⁴⁸⁶ Cf. B. CARUSO, *I diritti sociali*, op. cit. 736 e, and for analogous considerations P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario*, *Dir. pubbl.*, 2001, 946.

⁴⁸⁷ It is worth mentioning that recently the Court of Strasbourg included the Charter of Nice among the *European Instruments* with reference to art. 28 of the Charter of Nice, aligning European Social Charter and the Charter of Nice in the sentence of 12th November 2008, *Demir and Baykara c. Turkey*. On the theme of dialogue, for a reconstruction of the relationship between national judges and the Court of Strasbourg, from the judgments of the Italian Constitutional Court no. 348 and 349 of 2007 regarding the relationship between Italian legal order and the ECHR, cf. L. MONTANARI, *Giudici nazionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 3.

⁴⁸⁸ The Court held exactly the same position in the *Viking* sentence: “Although the right to take collective action, including the right to strike, must therefore be recognised as a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law

Apart from these examples of indirect application of social fundamental rights – as manifest and debated as they are rare in number – it has been possible to establish, as previously indicated, that the most used articles of the Charter by judges – from the Court and the Court of First instance are those contained in paragraphs II – Freedom and VI – Justice.

Article 24, for example, concerning protection of children, was invoked by the EU Court of Justice in the case *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG* of the 14th February 2008⁴⁸⁹ in order to perform an operation of balancing. The aim was to stem the free circulation of goods of which to art. 28 Treaty of Rome, via the identification of a legitimate restriction of sales and an end to video supports via correspondence which have not undergone checks and classification in order to protect children⁴⁹⁰.

In all three cases reported in the notes, the fundamental rights evoked were considered as additions to the catalogue of fundamental rights which the EU respects, with reference to which the institutions are obliged to measure the legitimacy of their actions in the same way as the States must do when implementing EU regulations.

It is affirmed in the sentence *Advocaten voor de Wereld VZW*: “It is common ground that those principles include the principle of the legality of criminal offences and penalties and the principle of equality and non-discrimination, which are also reaffirmed respectively in Articles 49, 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed in Nice on 7 December 2000 (OJ 2000 C 364, p. 1)” (point 46).

The same approach is replicated in the sentence *Unibet* in which the Court recalls point 37, reconstructing, furthermore, its own constant law in action “the principle of effective judicial protection is a general principle of Community law stemming from the constitutional traditions common to the Member States, [...] which has also been reaffirmed by Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000 in Nice (OJ 2000 C 364, p. 1)”.

Similarly, the reference to art. 7 made on the occasion of the sentence *Varec SA c. State of Belgium* of the 14th February 2008⁴⁹¹ in which the right of respect for private life “[...] enshrined in Article 8 of the ECHR, which flows from the common constitutional traditions of the Member States and which is restated in Article 7 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed in Nice on 7 December 2000” (point 48) was numbered as one of the fundamental rights which deserved protection.

the observance of which the Court ensures, the exercise of that right may none the less be subject to certain restrictions. As is reaffirmed by Article 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, those rights are to be protected in accordance with Community law and national law and practices. In addition, as is apparent from paragraph 5 of this judgment, under Finnish law the right to strike may not be relied on, in particular, where the strike is *contra bonos mores* or is prohibited under national law or Community law” (point 44).

⁴⁸⁹ Court of Justice, 14th February 2008, C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*.

⁴⁹⁰ “The protection of the child is also enshrined in instruments drawn up within the framework of the European Union, such as the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000 in Nice (OJ 2000 C 364, p. 1), Article 24 of which provides that children have the right to such protection and care as is necessary for their well-being (see, to that effect, *Parliament v Council*, paragraph 58). Furthermore, the Member States’ right to take the measures necessary for reasons relating to the protection of young persons is recognised by a number of Community-law instruments, such as Directive 2000/31” (point 41).

⁴⁹¹ Court of Justice 14th February 2008, C-450/06, *Varec SA c. State of Belgium*.

To summarise, in the cases described, the reference to the Charter and the articles contained within it, which could appear rhetorical in that it is not fundamental to the decisions made, serves, however, to reinforce the importance of general principles of EU law derived from the constitutional traditions common to the Member States, reasserted (as the Court frequently says) in *Niece*. Furthermore, the Charter has the function of reinforcing, but also reflecting the rights and principles which are fundamental to the Union, in the formal circuit of statements of reasons and decisions of the judges of the Court.

4.2.1.... the Court of First Instance.

If the Court of Justice has maintained a certain self restraint, the attitude of the Court of the First Instance, and above all the Advocates General, would appear to demonstrate a greater propensity to using the Charter. The former has used the Charter on numerous occasions since its proclamation. In the sentence *max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission of the European Community* of the 30th January 2002⁴⁹², for example, the Tribunal, called on to decide on the subjection of the Commission to the obligation to proceed with the examination of a statement, had clarified previously that “[...] *the diligent and impartial treatment of a complaint is associated with the right to sound administration which is one of the general principles that are observed in a State governed by the rule of law and are common to the constitutional traditions of the Member States. Article 41(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaimed at Nice on 7 December 2000 (OJ 2000 C 364, p. 1, hereinafter the Charter of Fundamental Rights) confirms that [e]very person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union*” (point 48)⁴⁹³. The same provision is recalled by the Tribunal in the sentence *Jégo-Quééré&Cie SA c. Commission of the European Community* of the 3rd May 2002⁴⁹⁴.

Indeed, in the two judgments which we have spoken about, the rights contained in articles 41 and 47 are invoked, but they are invoked in order to reconstruct a general framework of legitimisation in which a decision can be collocated using normative references in both cases contained in the Treaty. The Charter of Nice, therefore is used as semi hard law, obtaining in this case indirect application.

More significant, however, is the affirmation of the Tribunal contained in the sentence *Tokai Carbon Co. Ltd. And others c. Commission of the European Community* of the 29th April 2004⁴⁹⁵.

If on the one hand the reasoning seems contradictory, given that the judges evoke the principle of *ne bis idem* but deny its application in the case in point, on the other, the affirmation of its existence and efficacy turns out to be much more substantial. To point 137 of the sentence, the

⁴⁹² Court of First Instance EC, 30th January 2002, T – 54/99 *max. mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission of the European Community*.

⁴⁹³ Furthermore, the Judge added that the fact that such an obligation falls on the Commission does not exclude the right to a jurisdictional inspection; in fact if on the one hand – sustains the Tribunal – “Such judicial review is also one of the general principles that are observed in a State governed by the rule of law and are common to the constitutional traditions of the Member States, as is confirmed by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, under which any person whose rights guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal” (Point 57).

⁴⁹⁴ Tribunal of First level EC, 3rd May 2002, T – 177/01, *Jégo-Quééré & Cie SA v. Commission of the European Community*; cf. point 42.

⁴⁹⁵ Tribunal of first level EC, 29th April 2004 T-236/01, T – 239/01, T -244/01 to T-246/01, T -251/01 and T – 252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd. And others v. Commission of European Community*.

Tribunal, in fact, sustains that “*It is true that Article 50 of the Charter of Fundamental Rights provides that no one may be tried or punished again in criminal proceedings for an offence of which he has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law. However, that charter is clearly intended to apply only within the territory of the Union and the scope of the right laid down in Article 50 is expressly limited to cases where the first acquittal or conviction was handed down within the Union*”.

In other words, the applicability of the Charter is excluded, and of art. 50 in particular, outside EU territory, but *on the contrary*, in this way, it affirms its full efficacy within.

Technically, it involves a hypothesis of indirect application of the Charter given that the principle contained in art. 50 were not used as the basis of the decision, but the statements of the Tribunal represent an undoubted importance in terms of recognition of the specific right and of the relative applicability and are a “prelude” to its direct application.

In the same way in the sentence *Hans-Martin Tillack c. Commission of European Community* of the 4th October 2006⁴⁹⁶.

Also in this case, as in the previous one, the applicability of a right, whose source was identified in the Charter of Nice, was excluded. In other words, the article taken into consideration and the principle contained within it are not applied not only because the Charter of Nice is not legally binding, but also because it finds no application in the case in point. In these cases, if one wanted to use an ulterior expression to describe another use of the Charter, one could speak of its *implicit application*.

Emblematic of the attitude of the Tribunal in using the Charter of Nice in order to resolve concrete questions and then the affirmation of the juridical nature of the Charter contained in the sentence *Philip Morris International, Inc e a. c. Commission of the European Community* of the 15th January 2003⁴⁹⁷, which even though uses the technique of indirect application, on the bases of which “*The right to an effective remedy for everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has, moreover, been reaffirmed by Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000 in Nice (OJ 2000 C 364, p. 1). Although this document does not have legally binding force, it does show the importance of the rights it sets out in the Community legal order*” (point 122).

4.2.2...and the Advocates General

Gradually more decisive in its constant use and in its juridical evaluation of the Charter is the attitude taken by the Advocates General. Immediately after the proclamation of the Charter they

⁴⁹⁶ Court of First Instance EC 4th October 2006, T-193/04, *Hans-Martin Tillack v. Commission of European Community*. In this case the Tribunal sustained that “[...] the principle of sound administration, which is the only principle alleged to have been breached in this context, does not, in itself, confer rights upon individuals [...], except where it constitutes the expression of specific rights such as the right to have affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time, the right to be heard, the right to have access to files, or the obligation to give reasons for decisions, for the purposes of Article 41 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000 in Nice [...], which is not the case here” (point 127).

⁴⁹⁷ Court of First Instance EC 15th January 2003, T-377/00 *Philip Morris International, Inc and others c. Commission of the European Community*.

began to use it, always referring to it to support the interpretations suggested by the Court in the resolution of the concrete preliminary questions, sometimes calling for the indirect application, but more rarely, the direct. The list of references is now exhaustive, given that the Advocates General, as mentioned above, showed no hesitation in using the Charter, on the contrary to the judges of Luxembourg.

Already in the Conclusions of the 11th December 2003⁴⁹⁸, Advocate General Colomer clearly affirms the important role of the Charter in creating an EU citizenship.

“[...] the creation of citizenship of the Union, with the corollary of freedom of movement for citizens throughout the territory of the Member States, represents a considerable qualitative step forward in that it separates that freedom from its functional or instrumental elements (the link with an economic activity or attainment of the internal market) and raises it to the level of a genuinely independent right inherent in the political status of the citizens of the Union. Evidence of that qualitative development lies in the fact that freedom of movement and of residence, as an independent right, has been enshrined in Article 45(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union” (point 25).

Furthermore, Advocate General Kokott, in his Conclusions of the 10th of June 2004 and of the 3rd May 2005, clarifies how important the acknowledgment of a determined principle within the Charter of Nice is regarding the legal orders of the Member States and in a supranational context, highlighting on both occasions the importance of that which is sanctioned by art. 49 of the Charter of Nice⁴⁹⁹.

The object of reflection (the right under discussion) of the Advocates General may change, but not their overall attitude regarding the Charter.

Consequently, in the conclusions of Advocate General Sharpston of the 28th June 2007⁵⁰⁰, this time regarding the principle of non discrimination, the value of the principle of non-discrimination is affirmed, not only as such, but above all as contained in the Charter of Nice.

“[...] Non-discrimination is also, of course, one of the fundamental principles of EC law. It requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified. The importance of non-

⁴⁹⁸ Conclusions of Ruiz-Jarabo Colomer, 11th December 2003, C386/02, *Josef Baldinger c. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*.

⁴⁹⁹ “The principle of the retroactivity of the more lenient criminal law, which is recognised in the legal systems of most of the Member States of the Community (although not, for example, in Ireland and the United Kingdom), also appears in the third sentence of Article 49(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. It also forms part of secondary Community law relating to administrative penalties for irregularities which prejudice the Community’s financial interests” (point 64, Conclusions 10th June 2004, C-457/02, *Penal proceedings against Antonio Niselli*).

And again: “However, the principle of the retroactive application of a more lenient criminal provision is not only established in the national legal systems of almost all 25 Member States but is also recognised internationally. What is more, it has for some time now been a part of secondary Community law, for example in the rules on administrative penalties for irregularities prejudicial to the Community’s financial interests. That principle was also incorporated into the third sentence of Article 49 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union” (point 156 Conclusions of 14th October 2004, joint cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, *Penal proceedings against Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (391/02) and Marcello Dell’Utri and a. (C-403/02)*).

⁵⁰⁰ Sharpston’s Conclusions, 28th June 2007, C-212/06, *Government of the Communauté française and Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*.

discrimination is underscored by the Charter of fundamental rights of the European Union (Article 21) [...]” (point 147)⁵⁰¹.

Again art. 21 of the Charter of Nice and the principle of non-discrimination is used in the Conclusions of the *Maruko* case of the 6th September 2007⁵⁰² by Advocate General Colomer.

It becomes in fact a moral support for interpretive operations of undoubted value regarding the efficacy of secondary EU law. That is to say, this efficacy is not legitimised through operations all within the procedural regulations of the treaty and/or to the general principles of EU law⁵⁰³, but rather linked to a fundamental right positively sanctioned by the Charter, in the style of *grund-norm* of the EU system. The improvement is obviously not in the mere declaration of the supremacy of EU law, but in the constitutional basis of its legitimisation.

The Advocate General considers, in fact, the reference to art. 21 as one of the most suitable arguments for justifying the applicability of the directive 2000/78/EC to the actual case in point⁵⁰⁴.

Also respect for the right to protection of human dignity sanctioned by art. 1 of the Charter of Nice finds ample space in the reflections of the Advocates General. In fact, this is perhaps the right which holds first place in an ideal scale of values and importance.

Advocate General Stix-Hackl, in his Conclusions of the 18th March 2004⁵⁰⁵ makes very significant statements regarding its importance:

“Therefore, inasmuch as the Community as a unity of interests considers itself to be a Community founded on respect for fundamental and human rights, it cannot accept measures by Community institutions or Member States ‘which are incompatible with observance of the human rights thus recognised’. Article 51 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union reflects that observation” (point 55).

⁵⁰¹ Against/in front of the Court – demonstrating an attitude contrary to that of Sharpston – there is no reference to the principle of non-discrimination contained in the Charter.

⁵⁰² Conclusions of Ruiz-Jarabo Colomer, 6th September 2007, C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

⁵⁰³ On the principles of the supremacy, of the direct efficacy and of the interpretations conforming to EU law, cf. G. BRONZINI-V. PICCONE, *La Corte del Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, DL, 2006, 4, 979 ss.; ID., *La giurisprudenza europea «in movimento»: luci e ombre nel processo di costruzione di un lus comune*, in G. BRONZINI-V. PICCONE (edited by), *La Carta e le Corti*, Chimienti, 2007, p 281ss.; ID., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee, I diritti dell'uomo*, 2006, 2, 5 ss.; ID., *L'efficacia «anticipata» della Carta di Nizza: ius receptum?*, *I diritti dell'uomo*, 2007 2, 12ss.; Also M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, in ID. (edited by), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 2007, 30. See also R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza*, *GCost.*, 2001, 1, 209 ss. and the recognition of A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: Disapplicazione o interpretazione conforme?*, in G. BRONZINI-V. PICCONE (edited by), *La Carta e le Corti*, op. cit., 29 ss.; A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2005, 2, 581. On the general principles, cf. E.W: BOCKENFORDE, *Diritti fondamentali come norme di principio*, in ID., *Stato, Costituzione, Democrazia*, Giuffrè, 2006, 225.

⁵⁰⁴ “Third, the principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation is included in Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 and is specifically laid down in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The fact that it is fundamental in nature means that respect for the right is guaranteed in the European Union, pursuant to Article 6 EU” (point 78).

⁵⁰⁵ Conclusions of Stix-Hackl, 18th March 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

“The Court of Justice therefore appears to base the concept of human dignity on a comparatively wide understanding, (65) as expressed in Article 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. (66) This article reads as follows: ‘Human dignity is inviolable. It must be respected and protected’” (point 91).

The same broad recognition is given to the right to freedom of assembly and association in the Conclusions of Advocate General Jacobs⁵⁰⁶. Again using the Charter to support his reasoning, the Advocate General identifies the sources – among which the Charter of Nice – in which the fundamental rights to freedom of expression and assembly are recognised within the supranational legal order⁵⁰⁷.

The act of balancing carried out by the Advocates General with reference to traditional civil rights such as freedom of assembly and to fundamental principles such as human dignity can, with due respect, be compared to that found in the Conclusions of the cases *Laval* and *Viking* respectively by Advocate Mengozzi⁵⁰⁸ and Póitres Maduro⁵⁰⁹ in relation to art. 28 of the Charter of Nice.

On *Laval*, Mengozzi reasons like this:

“[...] Article 28 of the Charter of Fundamental Rights provides that ‘workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right ... in cases of conflict of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action’. Article 52(1) of that charter states that ‘any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others’” (point 76).

Again, regarding the *Viking* case, Póitres Maduro sustains:

“The right to associate and the right to collective action are essential instruments for workers to express their voice and to make governments and employers live up to their part of the social contract. [...]. Accordingly, the rights to associate and to collective action are of a fundamental character within the Community legal order, as the Charter of Fundamental Rights of the European Union reaffirms. The key question, however, that lies behind the present case, is to what ends collective action may be used and how far it may go. This touches upon a major challenge

⁵⁰⁶ Conclusions of Jacobs, 11th July, 2002, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Plazuge v. Republik Osterreich*.

⁵⁰⁷ “[...] Article 10 of the European Convention on Human Rights guarantees freedom of expression, including freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. Article 11 of the Convention similarly guarantees freedom of peaceful assembly and association. More recently, the rights of freedom of expression and assembly have been reaffirmed in Articles 11 and 12 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.” (point 101)

⁵⁰⁸ Conclusions of Mengozzi 23rd May 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*.

⁵⁰⁹ Conclusions of Póitres Maduro, 23rd May 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v. Viking Line ABP and OU Viking Line Eesti*.

for the Community and its Member States: to look after those workers who are harmed as a consequence of the operation of the common market, while at the same time securing the overall benefits from intra-Community trade" (point 60).

As already mentioned, the indirect application for which the Charter of Nice is used as semi hard law, represents the most common form of reference. From the Conclusions considered – among the numerous examples in the category of indirect application⁵¹⁰, it is clear the way in which the Charter, although not the source of the decisions, is a fundamental element in the reasoning process of the Advocates General. In some significant cases – Omega, Schmidberger, Laval and Viking – it performs an important function of balancing between the specific right under consideration and the freedom with which it enters into conflict/contact in the case in point.

The cases of *Omega* and *Schmidberger*, furthermore, are particularly paradigmatic for at least two reasons. The first is that they represent a striking case of dyscrasia between the positions of the Advocate General and that of the Court. Although the Court performs the function of balancing between fundamental rights and freedom sanctioned by the Treaty as suggested by the Advocate General, it makes no reference to the Charter of Nice as the source of cognition and declaration and/or affirmation of fundamental rights recognised by the supranational order to sustain the decisions made⁵¹¹.

The second is that the Conclusions of the Advocate General on the cases *Omega* and *Schmidberger* contain *in nuce* the line of reasoning proposed again in the Conclusions and then in the judgments of the Court on the cases *Laval* and *Viking*, with a macroscopic difference. While in the latter two the Court recognises the right to strike and the freedom of collective action contained in the Charter of Nice (art. 28) without, however, taking it seriously enough⁵¹², in the judgments *Omega* and *Schmidberger* although the judges do not use the Charter of Nice, they do call in to play the fundamental rights of protection of human dignity and the freedom of assembly, making them prevail over the freedoms sanctioned in the Treaty in the balancing process⁵¹³.

⁵¹⁰ For a complete view of the 41 Conclusions in which the Advocates General have used the indirect application technique, cf. the dossier, cit.

⁵¹¹ In the sentence *Omega* (Court of Justice, 14th October 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundessadt Bonn*), the Court takes up the discourse on fundamental rights making ample reference to the previous judgements but never to the Charter of Nice. "It should be recalled in that context that, according to settled case-law, fundamental rights form an integral part of the general principles of law the observance of which the Court ensures, and that, for that purpose, the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or to which they are signatories. The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms has special significance in that respect (see, *inter alia*, Case C-260/89 ERT [1991] ECR I-2925, paragraph 41; Case C-274/99 *P Connolly v Commission* [2001] ECR I-1611, paragraph 37; Case C-94/00 *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011, paragraph 25; Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659, paragraph 71)" (point 33). And also "As the Advocate General argues in paragraphs 82 to 91 of her Opinion, the Community legal order undeniably strives to ensure respect for human dignity as a general principle of law. There can therefore be no doubt that the objective of protecting human dignity is compatible with Community law, it being immaterial in that respect that, in Germany, the principle of respect for human dignity has a particular status as an independent fundamental right" (point 34).

Similar considerations are found in the *Schmidberger* sentence (Court of Justice, 12th June 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Republik Osterreich*).

⁵¹² Cf. B. CARUSO, *I diritti sociali*, cit. text and notes 130.

⁵¹³ J. MORIJN, *Balancing Fundamental rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, *Eur. Law Journ.*, 2006, 1,15-40.

However, it is necessary to note that also in the motivations of Mengozzi and Poiares Maduro, in the cited cases, the reference to traditional social rights contained in the Charter is limited and reserved, and precludes – and in some ways contributes – to a mere recognition, but not to an affirmation of these rights on the part of the Court, the outcome being a balancing effect which “makes a loss”.

The reference to the principle of proportionality and its reconstruction of those rights which are half-way between theory of external limits (they find limitation in the corresponding exercise of economic freedom) or, even more significantly, of internal limits (the aim itself of the union action is not free but “conditioned” by exercising economic freedom) indicates a different cultural metabolising not only by the judges, but also of the Advocates General, of these rights compared to the same civil and political rights in the supranational order and compared to the way in which the right to strike and collective bargaining are collocated (in terms of absoluteness and primacy) in the “juridical imagination” of national judges, as happens, for example in the Italian legal system.

From this point of view, both the conclusions and the judgments on the cases *Laval* and *Viking* are probably destined to open, rather than close, a season of fruitful dialogue between national and European judges on the subject of social rights⁵¹⁴.

4.3. Use of the Charter as hard law, that is, as normative foundation of rights, with binding effectiveness. The case of direct application.

4.3.1 The position of the Advocates General

Pioneering positions which could be considered predictive of the future role of the Charter of Nice once the Treaty of reform has been ratified by the institutive treaties, have been taken by some Advocates General. Particularly sensitive to the idea of considering the Charter of Nice as an innovation in Union law, they tend towards a direct application of fundamental rights, therein sanctioned, as if already legally binding. There is no lack of recent examples, even in judgments of the Court of Justice, although less numerous.

The Conclusions of Advocate General Tizzano are particularly pertinent, for both the times and the ways, in the sentence BECTU of February 2001. In them reference is made to art. 31 to sustain clearly and explicitly, the nature of the fundamental right to holidays. In this case, there is an illustrious and visionary use with a direct efficacy.

The Advocate General states, in fact: “*I think therefore that, in proceedings concerned with the nature and scope of a fundamental right, the relevant statements of the Charter cannot be ignored; in particular, we cannot ignore its clear purpose of serving, where its provisions so allow, as a substantive point of reference for all those involved - Member States, institutions, natural and legal persons - in the Community context. Accordingly, I consider that the Charter provides us with the most reliable and definitive confirmation of the fact that the right to paid annual leave constitutes a fundamental right*” (point 28).

⁵¹⁴ B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT -61/2008.

It is the Charter in itself which attributes the value of fundamental social right to holidays, and not through the support of the traditional constitutions of the Member States.

The position of Tizzano is to be considered not only for its content, but also because it came into play ahead of its time, compared to the normal period necessary for metabolising and elaborating the question of the Charter's juridical efficacy, by legal scholars⁵¹⁵. It is as if the Advocate General played ahead of the game, not regarding simply the nonetheless important question of the specific right to holidays, but the question – which transcends the specific right – of the general juridical significance of the Charter, only recently proclaimed at Nice, and even more, of the constitutional base of the European order.

Another example of a paradigmatic approach are the recent Conclusions of Verica Trstenjak in the *Schultz-Hoff*⁵¹⁶ and *Stringer e a.*⁵¹⁷ cases regarding right to holidays, which follow on from the opinion of Advocate General Tizzano. The line of reasoning in both cases is highly significant and it is not by chance that the position taken by the Advocate General regards a right, that of holidays, which is the protagonist of the celebrated sentence given immediately following the approbation of the Charter of Nice by the Court of Justice in the BECTU case; in this sentence the EU judges, on the suggestion of Advocate General Tizzano, recognised the right to holidays as a fundamental social right, but contrary to the clear suggestion formulated in the Conclusions, they did not intend to place the right to holidays on the same legal platform of fundamental rights, – at that time only just established – but rather on their own “creative” judge made law⁵¹⁸.

Advocate General Trstenjak, repeating the position already expressed by Tizzano – which with hindsight we could define as pioneering –, without a doubt considers the right to holidays as a fundamental social right.

He goes back in time, listing the international origins of the right to holidays⁵¹⁹ and recalling how its codification in art. 7 of the directive no. 2003/88 CE – object of the request for interpretation contained in the preliminary reference procedure – ends by creating a sort of cross fertilisation.

⁵¹⁵ Advocate Gen. Tizzano elaborated his Conclusions just two months after the adhesion and proclamation of the Charter on the 7th December 2000.

⁵¹⁶ Conclusions of Trstenjak, 24th January 2008, C-350/06 *Schultz-Hoff*.

⁵¹⁷ Conclusions of Trstenjak, 24th January 2008, C-520/06 *Stringer e. a*

⁵¹⁸ To point 39 of the sentence of 26th June 2001, C-173/99, *The Queen v. Secretary for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)* the Court affirms that “In that context, the fourth recital in the preamble to the directive refers to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers adopted at the meeting of the European Council held at Strasbourg on 9 December 1989 which declared, in point 8 and the first subparagraph of point 19, that every worker in the European Community must enjoy satisfactory health and safety conditions in his working environment and that he is entitled, in particular, to paid annual leave, the duration of which must be progressively harmonised in accordance with national practices”. Consequently “[...] the entitlement of every worker to paid annual leave must be regarded as a particularly important principle of Community social law from which there can be no derogations and whose implementation by the competent national authorities must be confined within the limits expressly laid down by Directive 93/104” (point 43).

⁵¹⁹ As clarified by the Att. Gen. in fact on an international level this fundamental right is mentioned in art. 24 of the Universal Declaration of Human Rights adopted on 10th December 1948 by the General Assembly of the United Nations, which confers to everyone “the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay” It is also recognised by art.2. n. 3. of the Social Charter of the Council of Europe adopted by the Member States of the Council of Europe on the 18th October 1961 in Turin and became effective on the 26th February 1965, and also art.7, lett. d) of the International Pact regarding economic, social and cultural rights unanimously adopted on the 19th December 1966 by the General Assembly of the United Nations as an expression of the rights of everyone to fair and favourable working conditions.

As the Advocate General writes, the right to holidays is “[...] is unequivocally included among workers’ fundamental rights”.

But adds – in complete agreement with Tizzano’s position – an element of great appreciation for the Charter of Nice as a of a system sources; he declares, in fact, its supremacy over other European Charters.

He express his ideas thus:

“Even more significant, in my view, is the fact that the inclusion of this right in the Charter of Fundamental Rights of the European Union appears to provide the most reliable and definitive confirmation that it constitutes a fundamental right [...]” (point 51).

His considerations on the juridical nature of the Charter are also interesting.

He affirms that, in spite of the fact it has not been attributed with an “far-reaching normative powers, nonetheless, “[...] it would be wrong to deny the Charter any relevance in interpreting Community law. Irrespective of the question of the definitive legal status of the Charter within the legal system of the European Union, which will have to be clarified in future, it already constitutes a concrete expression of shared fundamental European values” (point 52).

In support of this interpretation he brings forward an argument of cross fertilisation. It recalls, in fact, the position of those who affirm that the right to paid annual holidays, as sactioned by art. 40, no. 2 of the Spanish Constitution, is the result of a combination of international instruments aimed at protecting fundamental rights⁵²⁰.

In the same can be said of the Conclusions rendered on 13th December 2007, the Advocate General Kokott⁵²¹. This case did not deal with a typical social right such as the right to holidays, but of a right of the new generation: the right to “good administration”, a principle which has some similarities to the principle of good performance in the Italian constitution, art. 97.

As is known, in the internal debate in legal-administrative⁵²² and labour law⁵²³ doctrine, the principle of good performance breaks away from an abstract and ontological vision of public interest, and from a coldly efficient concept of achieving ends.

⁵²⁰ I. GARCIA PERROTE ESCARTIN, I., *Sobre el derecho de vacaciones* in AA. VV., *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, vol. IV, p. 3586, who retains that such instruments have contributed generally to the development of a universal conscience or purely European of the existence of the above mentioned fundamental social right.

⁵²¹ Conclusions of Kokott, 13th December 2007, C-413/06P, *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels association (Impala)*

⁵²² G. ARENA, *Cittadini attivi*, Editori Laterza, 2006; B. G. MATTARELLA, *Il diritto dell’onestà, etica pubblica e pubblici funzionari*, Il Mulino, 2007, 35 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà*, Il Mulino, 2007; B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, LPA, 2008, 3-4, 465 ss.

⁵²³ G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la “buona amministrazione”*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT – 81/2008

The regulations of the Charter of Nice on the right to good administration (art. 41) – immediately considered mandatory in the Advocates General's interpretation – legitimises the reinterpretation of some of the principles of the internal Constitution, according to the proposal formulated elsewhere⁵²⁴.

On a systematic level of sources, Advocate General Kokott considers, in fact, the obligation of communication, and therefore, the principle of transparency of public administration of which to art. 41 of the Charter of Nice co. 2, third hyphen refers, on the same level as that established by article 253 of the Treaty.

In fact it seems clear from the reasoning of the Advocate General that the regulation regarding primary rights of the Union presents itself as a specification of a rule of principle (art. 41 of the Charter), which is the basis of a fundamental right (a "principle of state of rights")⁵²⁵.

Regarding another aspect of the case, although in the form of an *obiter dictum* the Advocate General did not hesitate to use the Charter of Nice again, in particular articles 16 (freedom to conduct a business) and 17 (right to property) in an anti monopolistic function and as a direct and only source of the rights evoked⁵²⁶.

The inclination manifested by the Advocates General to constantly refer to and apply the Charter of Nice is fully documented and justified by the observations made on its nature and significance, not only political but also juridical.

It is not formally collocated next to positive primary law: no-one could go so far as to affirm this considering the fact it has not been ratified. However, the principles and rights of the Charter of Nice have been considered for some time as immanent to provisions of primary law, conditioning and limiting its interpretation.

⁵²⁴ Cf. A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona". INT – 60/2008; B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, DLRI, 2007, 1 ss.

⁵²⁵ The Advocate General affirms, "Article 253 EC provides that decisions by the Commission shall state the reasons on which they are based. This duty to state reasons is a consequence of the rule of law and, in conjunction with the right to proper administration, finds expression also in Article 41 (2) of the Charter of fundamental rights of the European Union. It is intended not only to enable acts of the institutions to be subject to independent review by the Community Courts, but also to encourage the institutions to exercise self-control and to guard against ill-considered or ill-thought through measures. The statement of reasons for decisions also contributes to ensuring transparency of administrative action" (point 97) and adds: "The obligation to state reasons is by no means restricted to decisions which negatively affect their addressees. The principles of the rule of law and of proper administration instead require reasons to be given also for decisions which benefit their addressees. This applies *a fortiori* where such decisions may negatively affect the rights and interests of third parties, not least in the field of competition law. Accordingly, neither Article 253 EC nor the third indent of Article 41(2) of the Charter of fundamental rights distinguishes between decisions which benefit their respective addressees and those which are disadvantageous for them [...]" (point 98). And also "[...] Neither Article 253 EC nor the third indent of Article 41(2) of the Charter of fundamental rights distinguishes between decisions which benefit their respective addressees and those which are disadvantageous for them as regards the requirement to state reasons" (point 134). "The rights of the defence include in particular the principle of the right to a hearing, which is a fundamental principle of Community law and which is now also recognised in Article 41(2) of the Charter of fundamental rights [...]" (point 151).

⁵²⁶ "[...] Thus, while the commercial freedom of the participating undertakings and the property rights of their shareholders (Articles 16 and 17 of the Charter of fundamental rights) undoubtedly include the right to realise concentrations of undertakings, this applies only in so far as certain conditions or obligations on, or even the prohibition of, the concentration in question are not necessary for protecting competition from distortion" (point 214).

Kokott expresses this in the following Conclusions:

“Admittedly, the Charter of fundamental rights does not yet as such have binding legal effect comparable to that of primary law, but as a source of recognition of law it does shed light on the fundamental rights guaranteed by Community law [...]” (note 59)⁵²⁷.

Following this reasoning, the ratification of the Charter would be nothing other than the undoubtedly useful formalisation on a systematic level, but not necessary on a substantial level (regarding a particular decision) for operations of affirmation of rights, which are already, possible in the current state, in hybrid form: its preceptive efficacy could be facilitated, the Advocate General seems to be saying, by the interpretations of the judges, given that the business of approbation has not yet been concluded.

A similar affirmation is contained also in the Conclusions *European Parliament v. Council of the European Union* of the 8th September 2005⁵²⁸, paragraph 108:

“[...] While the Charter still does not produce binding legal effects comparable to primary law, it does, as a material legal source, shed light on the fundamental rights which are protected by the Community legal order. For the present Directive there is a further relevant consideration: according to the second recital, the Directive is intended to be compatible with the fundamental rights recognised inter alia in the Charter [...]”

The Conclusions of Advocate General Léger on the *Hautala* case of the 10th July 2001⁵²⁹ are even clearer and more significant regarding the nature of the Charter; its efficacy is facilitated, perhaps with an argument which technically is debatable, via its own moral strength, its very being indicating an expression of values, even before principles, of juridical civility shared by the Member States; it is an expression of meta principles of such importance as to be collocated above the positive juridical order.

The citation, a sort of *vademecum* of the juridical efficacy of the Charter, is self-explanatory:

“Naturally, the clearly-expressed wish of the authors of the Charter not to endow it with binding legal force should not be overlooked. However, aside from any consideration regarding its legislative scope, the nature of the rights set down in the Charter of Fundamental Rights precludes it from being regarded as a mere list of purely moral principles without any consequences. It should be noted that those values have in common the fact of being unanimously shared by the Member States, which have chosen to make them more visible by placing them in a charter in order to increase their protection. The Charter has undeniably placed the rights which form its subject-matter at the highest level of values common to the Member States (point 80).

It is known that the political and moral values of a society are not all to be found in positive law. However, where rights, freedoms and principles are described, as in the Charter, as needing to occupy the highest level of reference values within all the Member States, it would be inexplicable

⁵²⁷ Regarding this point, the same Advocate General cites some examples of the use of the Charter of Nice: the sentence of 27th June 2006, C-540/03, *Parliament v. Council*, “family reunited”, and paragraph 108 of the Conclusions of the same presented the 8th September 2005, C-540/03, in the same case, as well as the sentence of 13th March 2007, C-432/05, *Unibet*.

⁵²⁸ Kolkott's Conclusions, 8th September 2005, C-540/03 *European Parliament v. Council of the European Union*.

⁵²⁹ Léger's Conclusions 10th July 2001, C-353/99 P, *Council of the European Union v. Heidi Hautala*.

not to take from it the elements which make it possible to distinguish fundamental rights from other rights (point 81).

The sources of those rights, listed in the preamble to the Charter, are for the most part endowed with binding force within the Member States and the European Union. It is natural for the rules of positive Community law to benefit, for the purposes of their interpretation, from the position of the values with which they correspond in the hierarchy of common values (point 82).

As the solemnity of its form and the procedure which led to its adoption would give one to assume, the Charter was intended to constitute a privileged instrument for identifying fundamental rights. It is a source of guidance as to the true nature of the Community rules of positive law” (point 83).

Such a statement does not seem casual, but its reiteration tells us of an orientation, if not agreed upon, certainly concurred with by the general advocacy of the Court. In fact we can compare⁵³⁰ the practically identical statements of Advocate General Mischo for the case *Booker Aquaculture and Hydro Seafood* of the 20th September 2001⁵³¹ of Advocate General Poiares Maduro for the case *Nardone* of the 29th June 2004⁵³² and of the same Kokott of the 14th October 2004⁵³³, 27th January 2005⁵³⁴ and 4th September 2008⁵³⁵ respectively for the *Berlusconi et al.* case and also *Housieaux* and *UTECA*.

Justified by the considerations on the juridical nature of the Charter – which although not legally binding, constitutes a criteria of recognition or cognition of the rights guaranteed by the EU legal order⁵³⁶, (it should not be used, but it must) – the Advocates General have always called upon it

⁵³⁰ On the subject see the dossier, cit.

⁵³¹ Mischo's Conclusions, 20th September 2001, joint cases C-20/00 and C-64/00, *Booker Aquaculture and Hydro Seafood*. “I know that the Charter is not legally binding, but it is worthwhile referring to it given that it constitutes the expression, at the highest level, of a democratically established political consensus on what must today be considered as the catalogue of fundamental rights guaranteed by the Community legal order [...]” (point 126).

⁵³² Maduro's Conclusions, 29th June 2004, C-181/03 P. *Nardone*: “First, the situation of those officials relates to a fundamental right of access to social security benefits providing protection in cases such as illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment. That right is entailed by Article 12 of the 1961 European Social Charter and point 10 of the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, Article 136 EC expressly referring to both charters. That right is currently laid down in Article 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Although it does not as yet have binding legal effects, the abovementioned charter none the less serves as a guide to and point of reference for the rights guaranteed by the Community legal order. The specific purpose of Article 78 of the Staff Regulations is to provide such protection in the European public service” (point 51).

⁵³³ Kokott's Conclusions, 14th October 2004, C-387/02, C-387/02, C-391/02 and C-403/02, *Penal proceedings against Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) and Marcello Dell'Uri e a. (C-403/02)* “Although this Charter does not yet have binding legal effect comparable to that of primary law, it does at least, as a legal reference, provide information on the fundamental rights guaranteed by the Community legal order [...]” (note 83).

⁵³⁴ Kokott's Conclusions, 27th January 2005, C-186/04 *Pierre Housieaux* in which the Att. Gen. refers to the conclusions on the Berlusconi case, on which see previous note.

⁵³⁵ Kokott's Conclusions, 4th September 2008, C-222/07, *UTECA* “[...] Admittedly, it still does not produce binding legal effects comparable to primary law but it does, as a material legal reference, shed light on the fundamental rights which are protected by the Community legal order [...]” (note 72).

⁵³⁶ In this sense, it is clear that the part of the doctrine which retains that the Charter is an “atypical source” to be put in context among the normative sources «similarly to other EU primary sources, among which “common traditions”, “the general structural principles of treaties”, common law, and therefore, as such, “destined to represent the source of cognition of the rights expressed by these traditions”». In this sense, A. BARBARA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione!*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, 241 ss. Taken up by E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in DPCE, 2003, p. 1723 ss.

directly or indirectly in varying degrees, determining to a greater or lesser degree the resolution of the concrete question to be interpreted ever since the Charter's inception.

Over the years more decisive affirmations have been made; to Tizzano's Conclusions on the BECTU regarding right to holidays already mentioned, followed by Trstenjak in *Schultz-Hoff and Stringer e a.* – equally significant examples have been added; on the right to human dignity the case *The Netherlands against European Parliament and Council of European Union* of the 14th June 2001⁵³⁷; regarding respect for the environment in the case *The Commission of the European Community versus The Italian Republic* of the 8th January 2004⁵³⁸; on the principle of respect for linguistic diversity in the case *Kingdom of Spain versus Eurojust* of the 16th December 2004⁵³⁹ and *UTECA* of 4th September 2008⁵⁴⁰; on respect for private and family life in the case *European Parliament versus Council of European Union* of the 8th September 2005⁵⁴¹; on the right to effective jurisdictional protection in the case *Sfakianaki AEVA versus Elliniko Dimosio* of the 20th October

⁵³⁷ Jacob's Conclusions, 14th June 2001, C-377/98, *The Netherlands v. European Parliament and The Council of European Union*. "There can be no doubt in my view that the rights invoked by the Netherlands are indeed fundamental rights, respect for which must be ensured in the Community legal order. The right to human dignity is perhaps the most fundamental right of all, and is now expressed in Article 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which states that human dignity is inviolable and must be respected and protected. The right to free and informed consent both of donors of elements of the human body and of recipients of medical treatment can also properly be regarded as fundamental; it is also now reflected in Article 3(2) of the EU Charter which requires in the fields of medicine and biology respect for the free and informed consent of the person concerned, according to procedures laid down by law. It must be accepted that any Community instrument infringing those rights would be unlawful" (point 197). "It is of course clearly desirable that no element of human origin should be taken from a person without their consent. That principle is expressed at the forefront of the EU Charter of Fundamental Rights; it is also enshrined in Chapter II of the Council of Europe Convention on human rights and biomedicine, which provides that an intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it" (point 210).

⁵³⁸ Colomer's Conclusions, 8th January 2004, C-87/02, *Commission of the European Community v. The Italian Republic* in which at point 36 it is said "Community citizens are entitled to demand fulfilment of that responsibility under Article 37 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which guarantees a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment".

⁵³⁹ Poiares Maduro's Conclusions, 16th December 2004, C-160/03, *Kingdom of Spain v. Eurojust*. "In a Union intended to be an area of freedom, security and justice, in which it is sought to establish a society characterised by pluralism, respect for linguistic diversity is of fundamental importance. That is an aspect of the respect which the Union owes, in the terms of Article 6(3) EU, to the national identities of the Member States. The principle of respect for linguistic diversity has also been expressly upheld by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and by the Treaty establishing a Constitution for Europe. That principle is a specific expression of the plurality inherent in the European Union" (point 35). "It is noteworthy in that connection that the Charter of Fundamental Rights of the European Union upholds, in Article 21, the role of non-discrimination as a fundamental right enforceable against the institutions of the Union" (note 41).

⁵⁴⁰ Kokott's Conclusions, 4th September 2008, C-222/07, *UTECA* "Respect for and promotion of diversity in the cultural sector is also important to the European Union because it is this very diversity that is so characteristic of Europe and European culture. The idea of 'unity in diversity' therefore forms one of the cornerstones of the European Union, whilst Article 22 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union states that the Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity" (point 94).

⁵⁴¹ Kokott's Conclusions, 8th September 2005, C-540/03, *European Parliament v. Council of European Union*. "In that regard it is appropriate to recall Article 7 of the Charter of Fundamental Rights (Article II-67 of the Treaty establishing a Constitution for Europe) which provides that everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications" (point 7). "By these words, the Community legislature evokes the specific prohibitions of discrimination set out in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights (Article II-81 of the Treaty establishing a Constitution for Europe)" (point 9). "In so far as it is relevant here, Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, cited in the second recital in the preamble to the Directive, is identical to Article 8 of the ECHR. Moreover, the first sentence of Article 52(3) of the Charter (Article II-112 of the Treaty establishing a Constitution for Europe) provides that its meaning and scope are to be the same" (point 60).

2005⁵⁴² SECAP SpA (C-147/06) and *Santorso Soc. Coop. arl (C-148/06) v. Town Council of Turin* of 27th November 2007⁵⁴³ and *Varec SA against State of Belgium* of 25th October 2006⁵⁴⁴.

Among these, the Conclusions of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer of the 11th January 2007 are particularly noteworthy. The case in point deals with the social right par excellence, the right to health contained in art. 35 of the Charter. The Conclusions are also worth highlighting for the reference made to the right to health care as explicit limit to the fundamental economic freedom sanctioned by the Treaty, in this case with a more decisive position compared to that assumed by Advocates General Poiares and Mengozzi on the Viking and Laval cases regarding the right to strike and collective bargaining (*supra*).

Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer says: “[...] although the case-law takes as the main point of reference the fundamental freedoms established in the Treaty, there is another aspect which is becoming more and more important in the Community sphere, namely the right of citizens to health care, proclaimed in Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, since, ‘being a fundamental asset, health cannot be considered solely in terms of social expenditure and latent economic difficulties’. This right is perceived as a personal entitlement, unconnected to a person’s relationship with social security, and the Court of Justice cannot overlook that aspect” (point 40)⁵⁴⁵.

4.3.2. The position of the Court of Justice.

Regarding the Court of Justice, as has already been clarified, the approach to the Charter of Nice is certainly more cautious than that of the Advocates General’s. This is demonstrated by the fact that compared to the remarkable number of Conclusions in which there is a direct application of the fundamental rights sanctioned by the Charter, there are no actual judgments that go so far.

⁵⁴² Léger’s Conclusions *Sfakianaki AEVA versus Elliniko Dimosio* of the 20th October 2005, Joined cases C-23/04 to 25/04 “It is settled case-law that the right to an effective remedy before a court or a tribunal constitutes a general principle of Community law which underlies the constitutional traditions common to the Member States. It has been enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which is based on Articles 6 and 13 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It is the duty of the Court to ensure observance of fundamental rights in the field of Community law [...]” (point 50).

⁵⁴³ Colomer’s Conclusions, 27th November 2007, C-147/06 and 148/06 *SECAP SpA (C-147/06) and Santorso Soc. Coop. arl (C-148/06) v. Town Council of Turin* “The right not to be deprived of the opportunity to be heard is expressly provided for in the legal systems of all the Member States and forms part of the right to good administration enshrined in Article 41, under Chapter V on citizens’ rights, of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Article 41(2) recognises the right of every person to be heard before any individual measure which would affect him or her adversely is taken” (point 50). “The Charter, whose importance the Court has recently made clear, in particular in the judgments in *Parliament v Council* and *Advocaten voor de Wereld*, requires that, before a tenderer is excluded, he must have the opportunity to state his views in order to persuade the contracting authority that his bid is genuine” (point 51).

⁵⁴⁴ Sharpston’s Conclusions, 25th October 2006, C-450/06, *Varec SA v. State of Belgium* “Under the European Convention on Human Rights and under the Charter of Fundamental Rights, the right to a fair hearing is an unqualified right. However, it does not follow that the entitlement to disclosure of relevant evidence is likewise an absolute right. [...]” (point 39). “Under Article 41 of the Charter of Fundamental Rights, the right to good administration includes ‘the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy’. A general obligation to respect business secrecy is imposed on the Community institutions by Article 287 EC, and confirmed in a number of legislative provisions, particularly in the field of competition [...]” (point 43).

⁵⁴⁵ Conclusions of Ruiz-Jarabo Colomer, 11th January 2007 C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki v. NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAEI)*. The citation taken from point 40 by the Att. Gen. is contained in Opinions of the European Economic and Social Committee on the theme “Health care” approved by Plenum on the 16th and 17th of July 2003 (GU C 234, pag. 36).

However, in a recent ruling it would appear that a tentative move was made towards direct application of the Charter although the move opted for a non-compromising reference: the articles called on, in fact, enter in the judgment indirectly, that is through the reference to the identified fundamental rights using the Charter of Nice as parameter.

The reference regards the sentence of 29th January 2008, C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) v. Telefònica de Espana SAU* in which the Court used the fundamental rights contained in the Charter of Nice as parameter of legitimacy for the correct interpretation and application of EU law.

The Court expressed itself thus:

“The national court refers in its order for reference to Articles 17 and 47 of the Charter, the first of which concerns the protection of the right to property, including intellectual property, and the second of which concerns the right to an effective remedy. By so doing, that court must be regarded as seeking to know whether an interpretation of those directives to the effect that the Member States are not obliged to lay down, in order to ensure the effective protection of copyright, an obligation to communicate personal data in the context of civil proceedings leads to an infringement of the fundamental right to property and the fundamental right to effective judicial protection” (point 61).

And adds:

“However, the situation in respect of which the national court puts that question involves, in addition to those two rights, a further fundamental right, namely the right that guarantees protection of personal data and hence of private life” (point 63).

And furthermore:

“According to recital 2 in the preamble to Directive 2002/58, the directive seeks to respect the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter. In particular, the directive seeks to ensure full respect for the rights set out in Articles 7 and 8 of that Charter. Article 7 substantially reproduces Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950, which guarantees the right to respect for private life, and Article 8 of the Charter expressly proclaims the right to protection of personal data” (point 64).

And concludes

“The present reference for a preliminary ruling thus raises the question of the need to reconcile the requirements of the protection of different fundamental rights, namely the right to respect for private life on the one hand and the rights to protection of property and to an effective remedy on the other” (point 65).

In a more recent sentence, the Court of Justice seems to have taken a step forward compared to its position previously described, even though it is true to say that an isolated pronouncement cannot claim to be representative of a trend. The sentence in question is of the 16th December 2008, C-47/2007 P., *Masdar (UK) Ltd v. The Commission of the European Community* on the subject of the right to an effective remedy.

The Court affirms:

“Actions for unjust enrichment do not fall under the rules governing non-contractual liability in the strict sense, which, to be invoked, require a number of conditions to be satisfied, relating to the unlawfulness of the conduct imputed to the Community, the fact of the damage alleged and the existence of a causal link between that conduct and the damage complained of [...]. They differ from actions brought under those rules in that they do not require proof of unlawful conduct – indeed, of any form of conduct at all – on the part of the defendant, but merely proof of enrichment on the part of the defendant for which there is no valid legal basis and of impoverishment on the part of the applicant which is linked to that enrichment” (point 49).

And concludes, applying the Charter without ifs and buts and citing its previous uses as a European Bill of rights, in an exceedingly important passage:

“However, despite those characteristics, the possibility of bringing an action for unjust enrichment against the Community cannot be denied to a person solely on the ground that the EC Treaty does not make express provision for a means of pursuing that type of action. If Article 235 EC and the second paragraph of Article 288 EC were to be construed as excluding that possibility, the result would be contrary to the principle of effective judicial protection, laid down in the case-law of the Court and confirmed in Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed at Nice on 7 December 2000 [...]” (point 50).

It is evident that among the significant episodes in the history of the application of the Charter of Nice hereto described a prominent place is occupied by the previously mentioned judgments *Laval* and *Viking*, the epilogues of which are vastly different to the one just described by the sentence *Promusicae*. In the latter case, the Court put into act an operation of balancing between the two fundamental rights sanctioned by the Charter, in the end interpreting the directives which were object of the preliminary question in the light of the rights evoked, and subordinating the implementation of the measures of transposition by Member States in respect to a “constitutionally orientated” interpretation (*rectius*, guided by fundamental rights).

On the other hand, in *Laval* and *Viking*, the Court recognised the right to collective action, bringing it within the sphere of application of EU law and thus justifying an operation of balancing. At the end of this process, the fundamental right under consideration conceded before the need to protect the fundamental freedoms sanctioned by the Treaty.

5. 2nd Part. Domestic decisions. Use of the Charter as interpretive support in relation to soft or semi hard law. The case of indirect application.

The Charter of Nice is now fully recognised, even in the decision-making process of Italian judges. There are various examples in which the Courts – Court of First Instance, Court of Cassation and the Constitutional Court – have demonstrated their acceptance of the Charter as a source of law⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ For complete and reasoned recognition of all the Italian judiciary in the light of the classification prospected in this survey, cf. again the dossier cit.

In the majority of cases the path followed by national and supranational judges is that of indirect application, in which the Charter of Nice is referred to as a source of semi hard law by confirming a decision already made using other normative references.

This is what happened in the sentence of the 16th October 2007, in which the Court of Cassation sustained that:

*“From the Charter of Fundamental Rights of the European Union we deduce how the informed and free consent of the patient to medical treatment must be considered, not only from the point of view of the lawfulness of the treatment, but above all as a real fundamental right of the European citizen, afferent to the more general right to the integrity of the person”*⁵⁴⁷.

Another example of a reference to the Charter to “persuasive” ends can be found in the Constitutional Court 24th April, 2002, n. 135⁵⁴⁸.

Worthy of note and useful to highlight the attitude of National judges is also the sentence of the 9th July 2008⁵⁴⁹ in which the Court of Cassation refers to art. 11 of the Charter of Nice as an integral part of the principles of the Community and of European constitutional traditions.

“In this sense it is useful to consider also article 11 of the Charter of Nice, recalled in the recent Treaty of Lisbon, as an integral part of EU principles and of the common constitutional traditions within Europe. The said article considers the freedom of expression and opinion, even criticism, beside the freedom of information. The Treaty is in the process of ratification, but a supplementary interpretation of Italian constitutional norms (art. 21 Cost.) must also be guaranteed by Italian National judges”.

The Constitutional Court also ruled on the right to access all information regarding medical treatment in a recent sentence of the 23rd of December 2008⁵⁵⁰, enumerating the Charter of Nice and the right sanctioned in it among the domestic and European constitutional sources⁵⁵¹.

Recently, in a sentence of the 3rd of July 2008, the Court of Cassation used the Charter of Nice in a more compounded discourse in which the need for an interpretation of individual rights in the light of international sources was highlighted.

⁵⁴⁷ Cass. 16th October 2007 n. 21748.

⁵⁴⁸ On the subject of limiting freedom of domicile the Court affirms that a hypothetical restriction of the limitative measures of the freedom of domicile to those expressly typified as well as not having a basis in art. 14 of the Charter «*Would not find nothing comparable in the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, nor in the International pact on civil rights, nor, finally, in the Charter of Fundamental rights of the European Union, proclaimed in Nice in December 2000, hereby recalled - even though it lacks juridical efficacy – for its expression of principles common to all European legal orders*».

⁵⁴⁹ Cass., section III, 9th July 2008, n. 18849.

⁵⁵⁰ Constitutional Court, 23 december 2008, n. 438.

⁵⁵¹ *“It is necessary to underline that informed consent, intended as an expression of the conscious adhesion to the health treatment proposed by the doctor, amounts to a real and concrete right of the person and finds basis in the principles expressed in art. 2 of the Constitution, which protects and promotes the fundamental rights and in art. 13 and 32 of the Constitution which establish, respectively, that “personal freedom is unassailable” and that “no-one can be obliged to a certain healthcare if not by disposition of the law.” “Numerous international laws provide for the necessity of informed consent of the patient regarding medical treatment. In particular, art. 24 of the Convention on rights of the child, signed in New York on the 20th November 1989 [...]”; art. 3 of Fundamental rights of the EU, proclaimed at Nice 7th December 2000 [...]”*.

In this, the Court of Cassation goes beyond mere reference to the specific right contained in the Charter and so it assumes a far more general and significant task: the reference to the Charter becomes an opportunity for an unequivocal discussion on the sources of the European juridical order. The passage regarding the theory of a unitary legal order seems more than a simple “assist” to the Constitutional Court, still attested, although with some recent signs of yielding on the theory of separation⁵⁵².

References to the Charter are frequent also in the judgments of the Court of the First Instance, as for example in the ruling of the Court of Salerno, 21st April 2008⁵⁵³.

In the majority of domestic judges’ rulings, as in those of EU judges, there are significant affirmations on the juridical value of the Charter of Nice. For example, on the one hand the Constitutional Court⁵⁵⁴ cites art. 49 of the Charter as a rule which functions as “confirmation”, with reference to the principle of retroactivity of the most favourable penal law; on the other, it emphasises the Charter’s “expression of principles common to all European orders”, defining it as “an act which still lacks juridical value but recognized interpretative importance”⁵⁵⁵.

5.1. Use of the Charter as hard law, that is, as normative foundation of rights. The case of direct application

However, there have been cases where, some domestic judges have been keen to jump the gun⁵⁵⁶, and have gone so far as to sustain the disapplication of a domestic statutory regulation because it contrasted with an article from the Charter of Nice.

For example, in a reasoning which was widely criticised by academic commentators⁵⁵⁷, the Court of Appeal of Rome in the ordinance of the 11th April 2002 decided to disapply a norm on legal aid

⁵⁵² In fact, the Court sustains “It is quite true that the Constitutional Court with the judgments 348 and 349 of the 24th October 2007, anterior to the deliberation of this Court, but also to the negative ordinance of 2008 currently being examined, considered binding for this court, have constituted a turning point for opening our constitutional system of justice towards EU legislation, consenting the Italian Court to instigate a dialogue with the European Court of Human Rights, as the Treaty of Lisbon expects, currently in the process of ratification (according to the governative agenda and bill deposited in parliament) with the reception of the Charter of Nice in the Treaty of the European Union. This turning point, which once and for all supersedes the limits posed by the Constitutional Court with the distant ruling of 19th January 1993 no. 10, requires an improved interpretation of the system of sources starting from the text of art. 117 Italian Constitution, comma 1, which requires an additional relationship with European sources on the fundamental rights of the person. (European Council and Charter of Nice) and a comparison via dialogue with the rulings of the EU Court of Justice [...]” Cf. Cass., section III, 3rd July 2008, n. 18203. On the circulation of juridical models of protection through dialogue between the Courts, for all. A. SPERTI, *Dialogue between constitutional courts and resorting to juridical comparison in experience*, Riv. Dir. Cost., 2006, 225 ss.; also D: WILLIAMS, *Court and Globalisation in Indiana Journ. Global Legal Studies*, 2004, p. 57; R. MUNCH, *Constructing a European Society by jurisdiction*, *European Law Journal*, 2008, 5, 519.

⁵⁵³ The Judge affirms “Rather, the competence for the specialized areas should be, since their institution, extended to the protection of all intellectual property, which, on the basis of the EC Treaty introduced by the Treaty of Amsterdam in 1997, by additional protocol from 1952 of European convention for the protection of human rights, from the Charter of Nice in 2000, as well as the institutive conventions of the various international organisations having general competence on the same intellectual property, must have as their object patents for inventions, models of utility, designs or industrial models, the manufacturing, marketing or service brands, the trading name and indications of the provenience or denomination of origin, as well as the repression of unfair competition”

⁵⁵⁴ Const. Court 23rd November 2006, n. 393.

⁵⁵⁵ Const. Court. 4th July 2008, n. 251 and Const. Court 24th October 2007, n. 349. For further reference cf. the dossier, cit.

⁵⁵⁶ Cf. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali*, op. cit. where there is reference to “constitutional impatience”.

⁵⁵⁷ R. CALVANO, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o ius commune europeo?* in *Giur.it.*, 2002, 12, 2238 ss.

contained in law no. 533/1977 because it was in contrast with article 6 of the European Convention of Human Rights and with article 47 of the Charter of Nice⁵⁵⁸.

The same approach was taken by The Court of Appeal of Florence, according to which the principle contained in art. 34.2 of the Charter of Nice which considers of the social security of non-EU citizens «*the importance of fundamental rights derived from the Courts of The Union by virtue of the universal nature of the principle of equality*», would allow for the disapplication of national regulations which distinguish who is eligible to benefit from economic assistance provided by the national order by the possession of a residence permit, thereby contrasting radically with the general principle of equality and the prohibition of discrimination on the basis of nationality⁵⁵⁹.

Similarly the Court of Ravenna retained it necessary to disapply the domestic law in order to recognise a disability allowance for a non-European citizen, although the person in question was not in possession of a residence permit⁵⁶⁰.

On positions partially more cautious – that is which have not determined the disapplication of domestic laws – The Court of Cassation has ruled similarly to supranational judges and Advocates General, whereby the Charter of Nice is used as a source of recognition of fundamental rights of the European order. For example in the sentence of 11th November 2002 the Supreme Court sustained, regarding a right which has no direct corroboration in any of the national Constitutions, the right to protection against unfair dismissal through compulsory justification by the employee, which verges on the right to stability of employment as represented by compulsory re-employment.

“Nor can we neglect, in recognition of the texts which concur in outlining the features of the International public order, the Charter of Fundamental Rights of the EU, whose art. 30 establishes that every worker has the right to protection against unfair dismissal; without going into the question here, regarding the juridical efficacy of this text, it is without doubt the expression of fundamental juridical principles, common to European orders (in this sense), [...]”;

From which the juridical norm

“Given that, through a process of conformation of the order to the constitutional value of work, we have reached a connotation of the public order according to which the stability of a position of work constitutes a principle of the public order and as the stability of the position is protected by the order via the almost general prohibition of “ad nutum”, additional parts of the public order are the laws which govern this protection, in its essential nucleus, expressed by the Charter of fundamental rights of the Union; if it is true, furthermore, that the real protection of which reference to art. 18, law 20th May 1970, no. 300 does not qualify as described by the public order, it is also true that this dimension is part not only of the concrete mechanism through which the unjustified withdrawal of the employer, but also the principle that the latter cannot at his will terminate the working relationship. Therefore the judge, having established that this is the case and having

⁵⁵⁸ Ordinance of the Court of Appeal, Rome, 11th April 2002, Cannella rel.

⁵⁵⁹ Court of Appeal, Florence, 9th June 2007.

⁵⁶⁰ Court of Ravenna, 16th January 2008.

carried out a study on the compatibility of the foreign law with the public order of the court, can exclude the application of the former and retain that the law of the latter is applicable"⁵⁶¹.

Some rulings by the Court of Appeal of Rome are also representative of a tendency to use the Charter of Nice "as if" it were legally binding. Although these rulings do not go so far as to disapply domestic law, they make ample reference to art. 31 on the subject of rights to equal and fair working conditions for workers, attributing it with binding juridical efficacy. The reference is to the judgments of the 4th October 2007, 21st November 2007 and 6th June 2008 in which the judge affirms:

"The rights of workers to "equal and fair working conditions" established by art. 31 of the Charter of Nice with a summarily formula which wants to cover all those situations of abuse or discrimination not disciplined by other norms specific to the same European Bill of Rights [...] lead to an interpretation (having to attribute – in the wake of jurisprudence of our Constitutional Court – to the Charter of Nice an "expressive" value of the common constitutional traditions) the EU discipline and also the national one which has acknowledged the first, in the sense of requesting the "concrete" specification from the employer regarding the reason for the dismissal, so as to not compromise the ends of the agreement framework, of the directive and of the same Italian law, precedence is given to the legitimate expectations of workers to "transparency" in referring to "atypical" contractual instruments. In the sense of art. 51 of the Charter, this applies to EU and national law of application of the former and the recognition of its acknowledging nature regarding "common constitutional traditions" implies that – in the senses of art. 6 TEU – the rights sanctioned by it must be considered general principles of EU law and as such privileged instrument of interpretation of supranational and internal legislation which has acknowledges the former in internal legal order. [...] Even the formulas previously mentioned regarding the Charter of Nice (including the principle of non discrimination applied numerous times by the Court of Justice to censure the irrational discrimination among workers possessing fundamental rights: for all see the sentence Betcu C – 173/99 of 2001) serve to achieve this hermeneutic result".

The affirmations contained in the three rulings considered are extremely important; not only does the Court apply the Charter of Nice as if it were already a binding juridical force, but it also clarifies the reasons for its importance as a European *Bill of Rights* and source of "recognition" of the common constitutional traditions which cannot be ignored in the reconstruction of a normative framework, useful for resolving a controversy.

6. The Charter of Nice's steady ascent in juridical effectiveness in law in action.

The research conducted on law in action constituted by the decisions of the EU Courts – Court of Justice and Court of First Instance – and national courts, as well as the Advocates General's Conclusions, would indicate a precise trend regarding the use of the Charter of Nice.

As has been already noted, the soft and non-binding character of the Charter, frequently highlighted by both judges and Advocates General, has not impeded its being appreciated as a source of recognition of fundamental rights acknowledged by the supranational order. On the other hand, however, the lack of binding juridical efficacy has not allowed it to be used in a way which

⁵⁶¹ Court of Cassation, 11th November 2002, no. 15822

goes beyond an indirect application, except in a few cases, courageous as they are unsustainable. This has been the case when the Conclusions of the Advocate General have been in conflict with the Court ruling or the widely criticised choice of a few judges to disapply internal norms.

Instead, in the vast majority of cases, the Charter and the articles contained therein have played a fundamental part in the path of reasoning followed by the judges or Advocates General. Rarely used simply as a “clause of style”, more frequently it has been used as an essential element to the normative reconstruction useful in the resolution of specific preliminary questions or of the concrete case in point (in the case of national judges).

The Charter of Nice is not the first document that contains an enumeration of fundamental rights; nevertheless, the fact that it has a position of supremacy over the other European Charters, as well as being successful with the Advocates General (cf. above, par. 4.3.1) is demonstrated by the constant use which following its proclamation the Advocates General have made of it, followed a year or so later by the Courts.

The proof of the desire to attribute the Charter with an efficacy which goes beyond its true soft nature was then provided by some Italian judges who had in fact called on it to sustain the disapplication of an domestic law presumably in contrast with a fundamental right sanctioned in Nice.

It is certain that the prospect then destroyed, of incorporating the *Bill of Rights* contained in the Charter of Nice within a European Constitution had rekindled dampened hopes regarding a constitutional recognition of fundamental rights, signalling the start of a flourishing phase of rulings orientated to the attribution, if not of binding efficacy, at least of a central importance in the construction of supranational legislation.

The failure of the project and a moment of despondency have not, however, changed some of the key elements, which are by now founded on consolidated territory (as for example on the subject of right to holiday).

On the other hand, it is equally true that because of the non-binding juridical nature of the Charter, cases such as *Laval* and *Viking* could have had a different end, if only the Charter had been bestowed with a binding juridical power. Instead, its persistent soft law nature is the cause of (even though this does not totally justify) an unequal balancing to the detriment of classic social rights, which nonetheless are recognised as fundamental points of reference of the strategy of European social and political integration and of its constitutional basis.

Furthermore, the judgments on fundamental rights to which we have referred would seem to trace the first outline of a hierarchy, however unstable and simplified, between fundamental rights and principles carried out by the Court of Justice, above all when these rights are confronted with the economic freedoms, considered by the European order in the same way as fundamental rights.

The right to healthcare and the right to protection of human dignity, for example, would seem to have received a higher level of protection to that reserved for the right to collective self-protection (cf. the cases *Omega*, *Schmidberger* and *Aikaterini Stamatelaki*).

The dynamic and original nature of the evolution of a European order, its multi-level and plural structure, create the conditions for the affirmation of fundamental social rights and balancing operations, integration and reciprocal osmosis with economic freedoms, performed by the Courts

in reciprocal dialogue. It is this process of forming a real and unique European law in action which deserves the greatest attention on the part of the International communities of legal experts.

**“Reconciliation” and “Administration”: the work-life balance
for women working in italian public administration***

Gabriella Nicosia

1. Introduction: “Reconciliation” as a challenge for the public sector in the 21st century. 230
2. “Macro” implementation of policies favouring the work-life balance in public administration. 233
3. “Micro” implementation of policies favouring the work-life balance in public administration. 238

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 75/2009

1. Introduction: “Reconciliation” as a challenge for the public sector in the 21st century.

Reconciling work, family and private life is a great challenge for working women in the 21st century.

Before examining the ways in which legislation has made this possible in the Italian system, it is appropriate to recall briefly that the concept of reconciliation has been defined by jurisprudence as the “combined exercise of fundamental rights such as safeguarding family life, protecting working women and guaranteeing gender equality”⁵⁶².

A working life that also includes time devoted to caring, that is, time during which people can express what Massimo D’Antona⁵⁶³ identified as the «right to be useful», which depends on the «guarantee that society will offer adequate job opportunities allowing each person to make an active contribution, even outside the world of production and trade». «For the State it involves the fulfilment of new tasks, such as the organisation and promotion of types of employment that, while not involving production, allow people to have significant experiences and build up social relationships through work».

Debate regarding this topic has become increasingly lively⁵⁶⁴, assisted by fertile terrain at a supranational level, which ever more frequently has resorted to soft law intervention⁵⁶⁵.

This is probably because people are becoming increasingly aware of the “social value of motherhood (or even “diverse” fatherhood), seen as a unique *magistra vitae*, due to its capacity to instil the ethics of results better than any other experience”⁵⁶⁶.

Great interest in these issues is currently being shown in Italy, especially concerning a particular

⁵⁶² Calafà L., *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in Calafà L. (ed.), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007; and earlier Calafà L., *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004; Santucci R., *Flexicurity e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro*, in DLM, 2007, p. 581.

⁵⁶³ D’Antona M., *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in F. Amato (ed.) *I destini del lavoro. Autonomie e subordinazione nella società post-fordista*, 1998, Milano, Angeli, 138-152, now in Caruso B., Sciarra S. (eds.), *Opere*, p. 249 ff., 2000, Giuffrè.

⁵⁶⁴ For the debate started by Spanish jurisprudence, see the analysis by Lopez J., *Famiglia e condivisione dei ruoli in Spagna*, LD, 2001, p. 163 ff. Lopez J, Chacartegui Javea C., *Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo*, in REDT, 2000, n. 99, pp. 5 ff. In Italy it has been said that “conciliation policies for working parents have become one of the key issues around which social reform in the 21st century rotates”; see at least A. Donà, *Donne e lavoro quali i risultati delle politiche di conciliazione in Italia*, Riv. It. Pol. Pubbl, 2009, p. 109.

⁵⁶⁵ Cf. the common principles concerning flexicurity adopted by the Council, especially that of 6 December 2007, doc. 16201/07, which states that “Flexicurity should support gender equality, by promoting equal access to quality employment for women and men and offering measures to reconcile work, family and private life”; the communication from The Commission “A better work-life balance: stronger support for reconciling professional, private and family life”, COM(2008) 635 final, 3.10.2008; The Commission’s programme for 2006-2010 on gender equality, COM(2006) 92 final, 1.3.2006, which includes a chapter entitled “Enhancing reconciliation of work, private and family life”; The Commission’s report “Equality between women and men – 2009”, COM(2009) 77 final, 27.2.2009, which states that “Policies for promoting women’s participation in the labour market must therefore have an integrated approach, including strategies for eliminating gender stereotypes and measures for improving the work-life balance of both women and men”. See *Il quadro europeo degli strumenti di incentivo alla conciliazione tra vita familiare e vita lavorativa*, DRI, 2007, n. 2, p. 580.

⁵⁶⁶ Kostoris F., *Le politiche per la donna nel mercato del lavoro italiano*, in Kostoris, Servidori, Bettoni (eds.) *Occupazione femminile: una leva per la competitività*; dossier adapt 3 March 2008, n.2, to be found at <http://www.csmb.unimore.it/on-line/Home/NewsletterBollettinoAdapt/IDossierdiAdapt.html>.

employer: public administration⁵⁶⁷.

It has, among other things, been observed that “If Italian society succeeded, after centuries of obscurantism, in recognising the aptitude for *problem-solving* that every mother has to develop to raise her children, men would understand that fatherhood is a unique, unmissable opportunity for them to learn what the system does not usually teach: not just the feel-good factor of «collaborating» or «sympathising» with their partners, or even tasting joys that are unknown in our national tradition, but to learn the ethics of results from the unique experience of bringing up babies and children.”⁵⁶⁸.

It therefore seems appropriate to establish how our system has made it possible for women to exercise their right to reconcile work, family and private life in the sphere of Italian public administration.

Great reforms⁵⁶⁹ regarding this topic have been announced by the Italian Minister for Public Administration.

In this area, in fact, the intention to provide incentives for female employment has been loudly proclaimed but, as so often happens, the announcements have not really found a practical application.

It has been said that there is a great distance between laws concerning gender equality and what actually happens in the labour market. It has been defined as a “split between the grammar and practice of equal opportunities”⁵⁷⁰.

It could be maintained that there is an imbalance between the drafting of reforms at a macro level and their implementation at a micro level.

In this investigation existing legislation (regulation at a macro level) has been separated from collective bargaining, with particular reference to supplementary decentralised bargaining (implementation at a micro level).

The terms macro and micro were taken from Donata Gottardi who, in an essay published in 2001⁵⁷¹, suggested abandoning references to national/company levels in favour of terms that would clearly highlight measures regarding context and procedure (macro level) and those aiming to provide working women with practical, or even individual, solutions (micro level).

The attempt was to understand the effectiveness of implementation of measures aiming to permit real reconciliation between work and non-work commitments.

⁵⁶⁷ A lively debate has arisen regarding ethical behaviour in public administration; in the relevant literature see at least Mattarella B.G., *Il diritto dell'onestà, etica pubblica e pubblici funzionari*, in Il Mulino, 2007, pp. 35 ff.; and Ibidem, *Le regole dell'onestà*, 2007, Il Mulino.

⁵⁶⁸ Kostoris op. cit.

⁵⁶⁹ See the reforms signed by Minister Brunetta, which aim to improve public administration in Italy, at <http://www.innovazione.gov.it/ministro/salastampa/notizie/6757.htm>

⁵⁷⁰ Kostoris op. cit.

⁵⁷¹ Gottardi, *Lavoro di cura spunti di riflessione*, in LD, 2001, p.135.

Before illustrating the results of the analysis, a premise is necessary.

Public administration is a special kind of employer because, although a contracts system was introduced in Italy in 1997/98⁵⁷², the terrain on which it works is dominated by the idea that its activity is to pursue the public interest with which it is entrusted.

Any decisions concerning employment relationships are the same as those made by a private employer; any decisions concerning the organisation of the administration, on the other hand, focus on the public interest.

This clarification is necessary if we consider that working hours in public administration are in some cases based on meeting the requirements of the public⁵⁷³ (the end users) and that they therefore do not always tally with the availability of female employees.

The real problem in enabling women to reconcile work and non-work life in Italian public administration lies in the unavailability of working hours that have to be based on user requirements.

According to Art. 2, par. 1, letter e, of Legislative Decree 165/2001, which provides for the harmonisation of working hours and user requirements, the public employer is free to support the process of work/life reconciliation to the advantage of women but finds itself limited by the purpose of its work, which consists of promoting the welfare of the community as a whole.

Here we have a conflict between two values of equal constitutional dignity: the efficient running of public administration (Art. 97 of the Italian Constitution) and looking after a family (Arts. 31⁵⁷⁴ and 37 of the Constitution).

We therefore have a *balancing test* based on the fact that the employer, who should take measures to favour reconciliation, is under a constraint to pursue the purpose underlying its activity.

This has to be the leitmotif of the whole analysis, as it provides the key to understanding many of the measures introduced, above all at a territorial level.

After this necessary premise, let us analyse measures in the field of public employment that can be considered to have been adopted to favour reconciliation.

The paper is divided into two parts.

⁵⁷² There is a vast amount of literature on the subject. However, a fundamental text to grasp the reasoning behind the privatisation of employment in public administration is D'Antona Massimo, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in Caruso and Sciarra (eds.), *Opere*, vol. IV, 1998, now in 2000, Giuffrè, p. 221 ff.; and ibidem, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in Caruso and Sciarra (eds.), *Opere*, vol. IV, 1998, now in 2000, Giuffrè, p. 233 ff.

⁵⁷³ On this topic, see Carabelli U., Leccese V., *L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, n. 38/20004, at www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione; Scarponi S., Pizzoferrato A., *La disciplina in materia di orario di lavoro*, in Carinci F. D'Antona M. (eds.), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2000, Giuffrè, p. 1754; Forte P., *Commento sub art. 3*, in NLCC, 1999, p. 1090; Boscati A., *La disciplina dell'orario nelle amministrazioni pubbliche tra legge e contrattazione collettiva*, in Carinci F. (ed.), *Orario di lavoro, legge e contrattazione collettiva*, 2001, Giuffrè, p. 240.

⁵⁷⁴ The Italian Republic provides tax concessions and other benefits for the forming of families and the relative tasks involved, especially for large families. It safeguards motherhood, infancy and childhood by providing the necessary measures (Art. 31) Working conditions must be such as to allow women to perform their essential role within the family and ensure special, adequate protection for mothers and children. (Art. 37 I par. II cpv).

The first is devoted to centrally-adopted legislative measures that we could define as macro implementation of reconciliation policies.

The second part, on the other hand, focuses on measures that can be defined as micro implementation at a peripheral level, above all by the bargaining partners, in the context of supplementary decentralised bargaining.

2. “Macro” implementation of policies favouring the work-life balance in public administration.

As regards the first area of interest, macro implementation, it seems appropriate to observe first of all that public employment is by no means immune to phenomena of segregation and, at times, episodes of discrimination.

Statistical data⁵⁷⁵ shows that in this context as well “glass ceilings” (an invisible barrier excluding women from upward mobility) and “sticky floors” (which trap women in unskilled, low-wage, low-mobility jobs involving the simplest administrative tasks) are quite common.

The number of women in high-ranking positions is still low or quite insignificant⁵⁷⁶.

The percentage of women who succeed in reaching the highest management positions remains much lower than that of their male colleagues.

While it is true that women’s decisions regarding their profession are conditioned by their role within the family, the impact of the organisational context of public administration on the gap unfavourable to women is also undeniable⁵⁷⁷.

Over the years legislation has introduced general measures that can be used to implement reconciliation policies in public administration.

In turn, the social partners have introduced a number of national measures which, however, are mostly limited to entrusting decentralised collective bargaining with the task of dealing with working hours and equal opportunities.

In an attempt to identify the macro measures taken in public administration to support reconciliation, the following observations can be made:

a) Part-time employment in the public sector undoubtedly plays an important role in eliminating the gap separating men and women due to the difficulty of effectively reconciling work and non-work commitments. However, as will be pointed out later, this statement should not make us

⁵⁷⁵ See Tables in the Appendix to Dossier n. 2/2008 *Le politiche per la donna nel mercato del lavoro italiano*, in Kostoris, Servidori, Bettoni (eds.) *Occupazione femminile: una leva per la competitività*, op. cit.

⁵⁷⁶ See also the data in the summary report presented in 2007 by the Presidency of the Council of Ministers, Departments for Public Administration and Equal Opportunities, “*Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche*” at http://www.innovazionepa.it/dipartimento/docs_pdf/Rapporto_2007.pdf

⁵⁷⁷ De Cristofaro M. L., *Azioni positive per valorizzare il lavoro femminile nelle pubbliche amministrazioni*, in Various Authors, *Le azioni positive nelle pubbliche amministrazioni*, Edis – Calabria, Opuscoli, 1994, p. 21; on this topic, see also Scarponi S., *La disciplina in tema di parità e di pari opportunità*, in Carinci F. D’Antona M. (eds.), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2000, Giuffrè, p.1769 ff.; Saracini P., *Divieti di discriminazione e pari opportunità*, in Carinci F. Zoppoli L., (eds.), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, Utet, p. 548 ff.

forget that part-time employment is a dangerous solution which may transform into a way of implementing discriminatory policies.

Here there has been a reversal in the regulatory trend. For a length of time, part-time employment was a right public sector employees were entitled to. In 2008, Law 133 transformed this right into a mere option⁵⁷⁸ for the public employer, who is no longer obliged to grant part-time employment to a female employee requesting it.

The bargaining partners have, however, proved to be more effective in promoting the possibility of reconciling work and family life: following the direction taken by the old regulations, they have succeeded in maintaining the worker's right to recognition of her entitlement to part-time employment.

The trade unions then padded out the law, most significantly establishing that in exchange for a limitation in the percentage of requests for part-time employment that an administration can accept (25% of the full-timers), preference must be given to "parents of minors in relation to their number"⁵⁷⁹. Bargaining at an autonomous local level was even better: besides the same preference⁵⁸⁰, it introduced the possibility of recourse to part-time jobs for those in posts of organisational responsibility⁵⁸¹, that is, lower management.

If the glass ceiling keeps women out of top management posts, the same cannot be said for lower management⁵⁸² or executive positions in the public sector, posts of prestige and merit.

Therefore the possibility of being able to count on working hours flexibility or part-time may allow women who aspire to such posts to access them more easily and achieve a modulation in working hours that allows them to reconcile work and family commitments.

The real problem is the possibility of working part-time for those in top management posts.

The unavailability of more flexible working hours at the highest administrative levels automatically limits the number of women in prestigious positions in public administration.

⁵⁷⁸ According to Law L. 133/2008, in fact, "The transformation of an employment relationship from full-time to part-time may be granted by the administration within sixty days of the request, which shall indicate the subordinate or autonomous work the employee intends to carry out. Within the above-mentioned time, the administration will deny the transformation of the relationship if the autonomous or subordinate working activity implies a conflict of interest with the specific service provided by the employee, that is, if the transformation should, in relation to the responsibilities and organisational position of the employee, adversely affect the functionality of said administration. [...]". Of the various comments, see Caruso B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella L. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in LPA, 2008, p. 465 ff.

⁵⁷⁹ See Collective National Contract, Ministries, at www.aranagenzia.it.

⁵⁸⁰ Cf. Collective National Contract, Local Authorities, 1998/2001 and Art. 4, which states "[...] If the number of requests relating to the cases in paragraphs 4 and 11 exceeds the percentages established in these paragraphs, precedence shall be given [...] to parents of minors, in relation to their number.

⁵⁸¹ Cf. Art.11 of Collective National Contract for Local Authorities, which establishes that the following paragraph 2.bis be inserted in Art. 4 of the Collective National Contract of 14.9.2000, after paragraph 2: "Municipalities with no management levels, in relation to the specific organisational requirements deriving from the current system, will identify, if necessary and possibly as a temporary measure, the organisational posts that can also be offered to staff working no less than 50% of the full-time working hours. The principle of re-proportioning salaries also applies to position-related bonuses".

⁵⁸² Cf. 2008 report by Departments of Public Administration and Equal Opportunities quoted in note 15.

Since the introduction of employment contracts for managers in the public sector in 1997-98, there has been a radical change in the way these people work.

Management increasingly focuses, in fact, on the achievement of efficient results.

Managers are assessed and penalised according to their achievement or failure to achieve the targets set out by political leaders⁵⁸³.

Over what period of time a manager is required to achieve these results does not matter.

Nor does it matter whether they have to take up some of their non-work time or, on the contrary, spend little time at their desks; what matters is their achievement of results at the end of the period allowed for assessment of their performance, usually a year.

For this reason time is not always a commodity available to a senior executive.

So true is this that in local authorities, for example, there are no measures in place to check the arrival and departure times of senior executives who, unlike other employees, do not have to clock in and out.

Given this new regulatory framework, it is reasonable to doubt whether those in top management can access part-time employment⁵⁸⁴.

It is just at this point in our system that it may be necessary to take measures to enable a female senior executive to reconcile work and non-work life.

For women, the fluidity and inflexibility of the time needed to meet targets may be quite a significant deterrent to aspiring to a senior executive post in the various sectors of public administration.

It is, however, legitimate to ask whether granting women managers the opportunity to access part-time employment as a way to reconcile work and family commitments might not end up by becoming a sort of *reverse discrimination* against their male colleagues.

In the same way, it should be stressed that part-time work cannot be considered as the only solution for women who aspire to a senior executive post.

The current regulations regarding public administration management posts in Italy lends itself well to a scenario in which the employer, in distributing such posts, might reserve the less prestigious ones for part-timers.

In cases such as these, industrial tribunals should apply the expertise gained in the sector of private employment, where part-time work is notoriously used as an apparently neutral criterion to perpetrate forms of indirect discrimination.

b) Other measures that can favour reconciling work and non-work in the public sector seem to be those aiming at positive action.

⁵⁸³ See Nicosia G., *il polimorfismo della dirigenza pubblica e la "buona amministrazione"*, in QDLRI, 2009, p. 65 - 110; Nicosia G. *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede e interessi pubblici*, DLRI, 2003, p. 253-302.

⁵⁸⁴ Some authors maintain that it is applicable on the basis of an old law – Law 448/1999 – which modified Art. 39 of Law 18 bis/1997. Cf. Voza R. *Il lavoro a tempo parziale ed il regime delle incompatibilità*, in Carabelli U. Carinci M.T., (eds.), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2007, p. 130; but the prevailing jurisprudence considers the law to refer to management in the field of medicine.

According to Art. 7 of Legislative Decree 165/2001 “Public administration shall guarantee equality and equal opportunities to both men and women in access to employment and treatment in the workplace.”

For the legislator, then, positive action in the public sector is an obligation.

After all, as mentioned previously, public administration operates on terrain dominated by the provisions of the Constitution, including the essential role played by Art. 97, quoted above, which requires the respect of impartiality and best practice. And it cannot be denied that both principles translate into a duty on the part of public administration as an employer to take all initiatives to overcome situations of inequality in any sector that in fact ignores these principles.

Without going into the broad debate on the topic⁵⁸⁵, it is, however, appropriate to point out that positive action in public administration can easily favour the reconciling of work and non-work time; it is sufficient to think of solutions such as parental leave or crèches.

It is thus possible to share a few thoughts about the matter of setting up crèches, leaving an analysis of parental leave (Law 53/2000 and Legislative Decree 151/2001) to the vast amount of literature on the topic.

This is because in the public sector, and in particular local authorities, the bargaining regulations adhere by and large to those that apply to the private sector.

The situation regarding crèches, on the other hand is more varied.

To date, the setting up of crèches is the most sought-after positive action in public administration because it can remove the gap in the respective starting positions separating men and women and, at the same time, can make it effectively possible to reconcile work and non-work commitments, in the sense of care and travelling time.

In the last 10 years the number of state-run crèches or nursery schools for children under the age of three has not increased, unlike private schools, which have gone from 7 to 20% of the total.

The percentage of users in Italy is only 7%, as compared with an average of 30-40% in Central and Northern Europe.

This is very low if compared with that of other European countries such as France (where the coverage is 29%), Germany (10%), Finland (22%), Ireland (38%) and Denmark (64%)⁵⁸⁶. The data is confirmed by the poor distribution of nursery schools in our country. In all, in 2000 there were just over 3,000. Most were in Lombardy (567 state and private nursery schools), followed by Emilia Romagna (403), Veneto (322), Tuscany (253) and Piedmont (248), Sicily (172) and Campania (102). The most critical situation is in Molise, where there are just 5

⁵⁸⁵ With reference to the public sector, see Scarponi S., op. cit.; Saracini P., op.cit.

⁵⁸⁶ Compare the data provided by Profeta P. in *Occupazione femminile conciliazione e sviluppo economico*, to be found at <http://www.mercatoeconcorrenza.unige.it/prin2006/profeta.htm> and presented under the national research project coordinated by Ballestrero M. V. “*La gestione delle risorse umane nella prospettiva della conciliazione tra vita professionale e vita familiare: il ruolo del diritto del lavoro*”. The results of the project are about to be published in Ballestrero M.V and De Simone G. (eds.), “*Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*”.

nursery schools, i.e. 0,2% of the total number, followed by the Valle d'Aosta with 11 (0,4%) and Basilicata with 28 (0,9%)⁵⁸⁷.

Given this lack, legislation in 2002 and 2003 provided support to enable public administration to favour the possibility for parents to reconcile family and work commitments.

The Financial Acts for 2002⁵⁸⁸, 2003⁵⁸⁹ and 2007⁵⁹⁰ set up a fund to support the opening up of nursery schools in the workplace.

Implementation is a response to the intuitive aim of focusing on the needs of workers and their children and making an effective contribution to one of the most significant social needs in our country: the insufficient amount of nursery schools, which still forces families to spend long periods on waiting lists and inevitably limits the development of female professionalism in the world of work. The opening of nursery schools in the workplace brings undoubted benefits to both employers and employees.

a) From the employer's point of view, an improvement in the quality of the work performed because the worker is able to concentrate better; serenity at work means more productivity and reduces the costs of absenteeism due to family problems; professional and interpersonal relationships between employers, employees and collaborators improve; female staff have an incentive to return to work after the obligatory 5 months of maternity leave.

b) From the worker's point of view, a nursery school in the workplace offers parents the opportunity, by using leave of absence, to take part in the educational activities in the school; the parent only makes one journey from home to the workplace/nursery school and vice versa; it eliminates the stress of having to battle with traffic to pick the child up; there is more free time and the atmosphere becomes more relaxed; both parents can pursue a working career without penalising the upbringing of their children.

But how many experiences of this kind have been made possible by our public administration?

Very few.

The new Italian Government is promoting a "Public Administration" nursery school project (2009) which intends to introduce practical family support measures, with the aim of enabling workers to reconcile work and family; it is promoting the development of pre-school childcare services for the children of state employees up to the age of three, thus supplementing the Government's special provisions for early infancy.

⁵⁸⁷ Cf., Campini, Gentile, Molinari, *Dove sono gli asili nido?*, in Ancrivista, 2006, p. 61; see Del Boca, Vuri, *Mi fa paura l'asilo nido?*, on *La voce; Info*, 3 gennaio 2007, <http://www.lavoce.info/articoli/pagina2514.html>

⁵⁸⁸ Art. 70 of the Financial Act for 2002, Law 448/2001, states "a Fund has been set up for nursery schools included in the expenditure of the Ministry of Labour and Social Policies. 2. Nursery schools, as structures aiming to guarantee the education and socialisation of children between the ages of three months and three years, and to support families and parents, are one of the basic responsibilities of the State, the regions and the local authorities. [...]".

⁵⁸⁹ Art. 91 of the Financial Act for 2003 states "in order to ensure adequate family support for workers with children, from 2003 a Rotating Fund has been set up to support employers who provide nursery school and crèche facilities in the workplace, as established by Art. 70 of Law 448, 28 December 2001 [...]".

⁵⁹⁰ Art. 193 of Financial Act for 2003; see Del Boca, Vuri, *Mi fa paura l'asilo nido?*, on *La voce; Info*, 3 gennaio 2007, op. cit. .

This is being piloted by the Minister for Equal Opportunities, who opened a nursery school in the Ministry in 2002.

3. “Micro” implementation of policies favouring the work-life balance in public administration.

Let us now pass to examining our second area of interest: micro application of policies enabling work and non-work times to be reconciled.

As mentioned previously, this second field of investigation includes any local or territorial⁵⁹¹ measures aiming to provide working women with almost personalised forms of protection.

The micro sphere includes any initiatives taken following decentralised supplementary bargaining which, since they have been promoted by single local authorities, can be seen as being closer to the individual sphere of the working woman. As my place of investigation I chose local authorities because it is there that one can better grasp the continuous attempt to combine the public interest with possible policies enabling women to reconcile work and family commitments.

a) *The regulation of working hours*: as established by national contracts applying to local authorities, working hours policies are dealt with through decentralised bargaining.

The parties usually agree that working hours should try to satisfy different needs. On the one hand, the need for office opening hours to be organised in such a way as to meet the needs of a public service; on the other, the worker’s interest in being able to benefit from the possibility of flexitime, as long as it compatible with the organisation of the offices and the work to be performed, above all when the request comes from employees in situations of personal, social or family disadvantage (in some cases, importance is attached to the needs of employees with school-age children) and employees engaged in voluntary work⁵⁹².

To this attempt at reconciliation must be added the decision to recognise flexible working hours at both ends of the working day, in a range of tolerance which usually goes from a minimum of 15 to a maximum of 30 minutes (contracts generally stipulate that this time is to be made up on the same day, even though in some cases workers are allowed to make it up during the month).

At a decentralised level, therefore, there emerges a certain sensitivity towards women workers by means of measures regarding working hours.

In addition, in compliance with Art. 38 bis of the Collective National Contract of 14.9.2000, various agreements in municipalities of different sizes regulate a “working hours bank”, establishing an individual working hours account, i.e. the opportunity to pay any extra time worked into a special account and then take a corresponding amount of time off.

⁵⁹¹ See Spinelli C., *La flessibilità degli orari per la conciliazione dei tempi di vita e lavoro: l’organizzazione municipale*, in Bavaro V., Carabelli U., Sforza G., Voza R., (eds.), *Tempo comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, Franco Angeli, 2009, p. 107 ff.

⁵⁹² Cf. the data from research coordinated by Carabelli U., *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, at http://www.sspa.it/ArchivioCD/RicercheSSPACD5/A_D_I_P/Carabelli/frontespziocarabelli.htm and also in Bellardi, Carabelli, Viscomi, *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, 2007. In connection with this topic, of the contracts examined see that of the “Comune di Casale Corte Cerreto” (Art. 16).

All this obviously has to respect the organisational requirements of the authority.

Finally, a number of agreements, fully applying regulations laid down by the national contract, establish that workers whose hours are divided into shifts or according to a multi-weekly schedule, should be granted a reduction in hours to 35 a week⁵⁹³.

To this we must add that there is a regulation (Art. 50, par. 7 Legislative Decree 267/2000) that gives the Mayor the power to intervene regarding working hours: among the powers of the head of a municipality, it is stated that "7. The mayor also coordinates and reorganises, on the basis of guidelines given by the town council and any criteria indicated by the region, the opening hours of shops and public services; in agreement with the competent territorial authorities, he/she also oversees the opening hours of local public offices, with the purpose of harmonising the provision of services with the overall and general requirements of the users."

The regulation offers an opportunity to mention an interpretative problem that needs solving quickly and affects the problem of reconciliation quite strongly.

Up to now we have almost taken it for granted that the trade unions can bargain for working hours that allow workers to reconcile work and non/work.

This presupposes that the topic of working hours, or opening hours, has nothing to do with the constraint of purpose; that is, that the decision as how to modulate working hours does not have any immediate effect on the public interest, as it involves private law (micro organisation), but only a mediated effect.

Art. 54 of the recent Brunetta⁵⁹⁴ reform states that "topics concerning the organisation of offices are in particular excluded from collective bargaining".

Now, if we accept the thesis⁵⁹⁵ whereby such topics also include opening hours, the result is the exclusion of working and opening hours from the competence of the bargaining partners, with all the imaginable consequences.

If used well by administrators, the regulation could be a great resource in promoting reconciliation on a territorial basis, although sensitivity to this does not seem to be very widespread, except for a few cases of excellence such as the city of Modena and the Emilia Romagna region in general (see the site www.tempopermettendo).

b) positive action at a local level.

As regards positive action, there are very few cases in which the parties have identified specific action to be taken by local authorities.

⁵⁹³ Cf. The data in the contribution by Saracini P., Chirillo G., *La contrattazione integrativa nei comuni e nelle province nel periodo 1999-2002*, coordinated by Esposito M., in the research mentioned in the previous note. The contract stipulated by the City of Bologna (Art. 13) also identifies the sectors that will immediately be affected by this reduction in working hours; more specifically, the municipal police, funeral services, the Beltrame Centre for the Homeless, services provided in the sectors of culture and citizens' advice, town council messengers, school janitors, the specialised collaborators of the master of ceremonies of the Mayor's office, and district libraries.

⁵⁹⁴ Legislative Decree 150/2009.

⁵⁹⁵ Among others, cf. Scarponi S., Pizzoferrato A., op. Cit.; Forte P., op.cit; Boscati A.; op. cit.

The towns involved are usually medium – large in size. Action deemed to be positive includes the drawing up of anti-discrimination regulations and their application in relation to horizontal and vertical progression and the assignment of organisational responsibilities; the identification of measures to correct mechanisms leading to differences in bonuses between men and women; research, analyses and proposals regarding the collocation of women returning to work after maternity leave; specific training courses for workers focusing on self-esteem, the recovery of individual potential, and helping women to convince themselves that they can occupy posts typically held by men⁵⁹⁶.

c) Types of flexible work aiming to reconcile work and family commitments.

Where local contracts do appear to be more sensitive to reconciling work and family commitments concerns the types of flexible work local authority employees can do.

Flexible jobs most frequently the subject of supplementary contracts, especially in medium – large size towns or some provinces, are working from home and part-time work, in the latter case with quite detailed regulations.

As far as working from home is concerned, the partners have confirmed the potential of this form of employment as an extremely flexible way of permitting work and family to be reconciled. They have therefore expressed the intention of setting up experimental “e-work” projects with the aim of taking functional advantage of this type of flexibility consistently with the organisation of labour; to this end, they have identified the jobs most suitable for “e-work” experiments. At the same time the attempt is to safeguard the legitimate expectations of workers in terms of training and professional growth, socialisation, information and participation in a work context⁵⁹⁷.

As regards part-time work, on the other hand, decentralised bargaining regulates various issues, mostly the definition and regulation of bonuses connected with the achievement of results or the realisation of projects, in addition to other aspects not linked to the duration of the work.

The partners to local contracts often also stipulate: a) the maximum percentage of staff who are allowed to work part-time; b) priorities in the evaluation and acceptance of requests for transformation of a job from full-time to part-time and vice versa, in the event that there are too few places available⁵⁹⁸.

To report any inequality or penalisation with respect to full-time employees, special “employee information desks” are being set up⁵⁹⁹.

Many contracts also take account of the local authority’s intention, if compatible with organisational requirements, to find alternatives to part-time work for men and women who opt for it as

⁵⁹⁶ Cf. For example, the contracts of the towns of Casamicciola (Art. 6) and Larciano (Art. 13); data in Saracini, Chirilli, op. cit.

⁵⁹⁷ Cf. Cagliari (Art. 24); Palermo (joint declaration no. 7); the Province of Milan (Art. 8); the Province of Venice, which authorises those responsible for safe, healthy and maintenance to access the homes of e-workers at certain pre-established times of day (Art. 11), in Saracini, Chirilli, op. cit.

⁵⁹⁸ Cf. The town of Bresso (Art. 25); the town of Ortona (Art. 4); the Province of Venice (Art. 10); the Province of Milan (Art. 4). All data available in the research edited by Carabelli U., op. cit.

⁵⁹⁹ This is the case of the contract for the town of Casoria (art. 15); cf. The research by Carabelli op. cit.

a consequence of a heavy care workload or a psychological or physical handicap (different working hours, e-work, transfer on request to another office, etc.).

As a note to this analysis, decentralised bargaining seems to be relatively sensitive not only to the reconciling of work and family commitments but also to care.

Despite this sensitivity, however, no practical measures have been taken so far.

No decisive recipe has been found, in fact, as shown by ISTAT data⁶⁰⁰, from which it emerges that flexibility at the two ends of the working day is still a rarity – although on the increase in the public sector – and that the creation of nursery schools could reduce the recourse to part-time jobs.

This would undoubtedly be an advantage if we only think that part-time employment, apparently an excellent aid to reconciling home and work, may translate into an opportunity to limit professional growth, if not indirectly discriminate against working women.

To promote the employment of women in public administration it is not necessary to act on the modulation of working hours but rather on the offer of social guarantees and things like crèches that will allow women not to give up their professional aspirations to carry out their family duties⁶⁰¹.

At this point it is legitimate to wonder whether the many interests involved in the handling and reconciling of family, care and work, and the potential occurrence of conflicts even between parties represented by trade unions and their local branches, does not make decentralised collective bargaining the most suitable and efficient way to regulate the issue.

A topic so steeped in social relations, existential problems and values requires regulatory measures capable of dealing with such complexity. This would mean the participation not only of non-professional collective representatives but directly from civil society itself, its organisations and varied interests (non-profit organisations, female representatives, etc.).

Territorial pacts, which have become popular both in Italy and the rest of Europe since the turn of the century, are in my opinion a fundamental means of regulation of this type of policy, much more so than traditional decentralised collective bargaining, for two basic reasons:

a) first because they take the territory, and not only the workplace, as the area in which to implement these policies;

b) secondly because the object of regulation by territorial pacts concerns by definition aspects of social organisation (and the enhancement of social capital) and not only the organisation of labour⁶⁰².

⁶⁰⁰ Cf. A study by L.L. Sabbatini, Central Director of ISTAT, 29 September 2006, *Tempi di vita tempi di lavoro: permangono le disuguaglianze di genere*, at http://www.tempermettendo.info/gallery/interventi/Linda_Laura_Sabbadini_Istat.pdf.

⁶⁰¹ See Viscomi A., *I "tempi" delle donne nelle pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Le azioni positive nelle pubbliche amministrazioni*, Edis Calabria, 1994.

⁶⁰² On all these aspects, see Caruso B., *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in DLRI, 2007, p. 1 ff.