2/2010

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

VALERIO DE STEFANO, Università di Milano

ANNA ALAIMO, Università di Catania

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

CONCETTA CURRAO, Foro di Catania

GIULIA PICARELLA, Università di Catania

ANNA ALAIMO, Università di Catania

BRUNO CARUSO, Università di Catania

OLIVIA BONARDI, Università di Milano

VALERIO TALAMO, Dipartimento della Funzione pubblica di Roma

VERONICA PAPA, Università di Catania

LUIGI DE ANGELIS, Presidente della sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova

FRANCA BORGOGELLI, Università di Siena

ELISA SACCÀ, Università di Catania

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2010 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569233

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

n. 2/2010

SOMMARIO

Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale. Appunti per una ricerca
Valerio De Stefano 1

La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010
Anna Alaimo 25

Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano
Franco Carinci 50

Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare
Concetta Currao - Giulia Picarella 68

Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona
Anna Alaimo - Bruno Caruso 86

Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa
Olivia Bonardi 102

Il contratto di lavoro come istituzione europea
Bruno Caruso 147

Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma
Valerio Talamo 163

Il fattore *new-comer* di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di Giustizia
Veronica Papa 196

Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento
Luigi de Angelis 214

Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione
Franca Borgogelli 225

Nuovi scenari nazionali del caso *Laval*. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)
Elisa Saccà 236

Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale. Appunti per una ricerca*

Valerio De Stefano

1. Subfornitura, decentramento produttivo e contratto di lavoro a progetto: un'ipotesi di lettura congiunta nel senso della "trasparenza" qualificata. 2

2. L'art. 69, comma 1, d. lgs. 276 del 2003, come presunzione dettata da massime d'esperienza giustificata da esigenze sistematiche. 6

3. Limiti all'ingerenza dell'impresa committente sull'organizzazione produttiva del subfornitore e divieto di interposizione. 10

4. Contratti relazionali, subfornitura e contratti di lavoro con un termine finale: una possibile chiave di lettura nel senso del contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale. 15

5. Autonomia del subfornitore – da verificarsi anche già in sede di predisposizione del regolamento contrattuale – e disciplina giuslavoristica del decentramento produttivo. 22

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 106/2010

1. Subfornitura, decentramento produttivo e contratto di lavoro a progetto: un'ipotesi di lettura congiunta nel senso della "trasparenza" qualificata.

La legge 18 giugno 1998, n. 198 impone all'interprete di confrontarsi da un punto di vista sistematico con uno dei temi classici della riflessione giuslavoristica: l'interposizione di manodopera[1].

"Con il contratto di subfornitura – secondo l'art. 1 della legge – un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso […]"[2].

La legge prospetta quindi una rilevante integrazione ("incorporazione") dell'attività di un'impresa nel ciclo produttivo di un'altra impresa, integrazione che ricorda l'articolo 3 della legge 1369 del 1960 nella parte in cui si riferiva agli appalti "da eseguirsi nell'interno delle aziende"[3].

Com'è noto, dopo una prima lettura in senso "topografico" della locuzione "nell'interno", era prevalsa un'interpretazione di tipo "funzionalistico" della stessa: appalti c.d. "interni" erano quelli relativi "allo svolgimento di compiti inerenti al ciclo produttivo dell'impresa appaltatrice"[4].

Tra tale "inerenza al ciclo produttivo" e l'integrazione "nell'ambito dell'attività economica del committente" di cui all'art. 1, l. 192/1998, sembra potersi rinvenire una forte contiguità concettuale, il che potrebbe portare ad interrogarsi sulla effettiva obsolescenza, più volte conclamata,

---

[1] La bibliografia sull'interposizione di manodopera è sterminata. Sulla disciplina di cui alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369 cfr. *ex plurimis*, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*. *Commento all'articolo 2127*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, Napoli 2002, pag. 9 e segg.; ID, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pag. 167 e segg.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. di Dir. Civile e Commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, I, vol. XXVII, t. 2, pag. 379 e segg.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e di servizi*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1990, pag 64 e segg. Sulla disciplina vigente si veda M.T. CARINCI, *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*, Torino, 2008; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT* - 93/2009; EAD., *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Padova, 2004; M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, pag. 311 e segg.; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, I, pag. 129 e segg.

[2] Sulla legge 192/1998 cfr., oltre alla bibliografia citata *passim*, G. ALPA, R. LECCESE, *La Subfornitura*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, 11, Torino, 2000; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo dei tempi migliori?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, pag. 712 e segg.; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contratti*, 1998, pag. 409 e segg.; R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mercato esperimento del tentativo di conciliazione*, in in *Giur. Comm*, 2007, 6, II, pag. 1271; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 219 e segg.

[3] Sul tema, si veda M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 491 e segg. e la bibliografia *ivi* citata.

[4] Per una recente riaffermazione del criterio "topografico", vedi Cass. 26 giugno 1998, n. 6437, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 847; Fra le più recenti sentenze che fanno ricorso all'assolutamente maggioritario criterio "funzionalistico", cfr. Cass. 19 marzo 2008, n. 7384, in *Guida al Diritto*, 2008, 20, pag. 53; Cass. 3 maggio 2004, n. 8350, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass. 17 novembre 2003, n. 17400, *ibidem*. In dottrina oltre a M.T. CARINCI, *ult. loc. cit.*; cfr. L. CORAZZA, *Appalti «interni» all' azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 854 e segg.; M. SALA CHIRI, *op. cit.*

della legge 1369[5]. Se della medesima legge era da tempo prevalsa un'interpretazione tale da avvicinarne la portata ad una disposizione, quella sulla subfornitura, simbolo della modernità della disgregazione verticale postfordista, l'eliminazione dell'obbligo solidale di committente ed appaltatore di corrispondere un trattamento non inferiore a quello spettante ai lavoratori del committente sembra più il frutto di una precisa scelta di politica legislativa che della necessità di adattare il sistema delle tutele nei fenomeni di decentramento alla modernità dei sistemi di produzione.

Significativa è poi la menzione della possibilità che i prodotti o servizi dell'impresa subfornitrice siano "destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati […] nella produzione di un bene complesso" da parte dell'impresa committente. La legge si riferisce qui espressamente alla produzione di un risultato "parziale", destinato ad una successiva integrazione in un bene articolato e, nella stragrande maggioranza dei casi, di più facile commerciabilità del bene "semplice" prodotto dal subfornitore. Tale integrazione è sottratta all'iniziativa del subfornitore, sia nella fase successiva all'esecuzione che nella fase "progettuale": l'incorporazione dei relativi prodotti e servizi nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso avviene, sempre secondo l'art. 1 della legge, "in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente"[6].

Parte della dottrina civilistica ha sottolineato che la legge disegna il subfornitore non tanto come un soggetto che "orbita attorno ad un committente in una situazione di tangibile dipendenza economica", ché, altrimenti, "il fascio di rapporti da scrutinare sarebbe vistosamente più allargato": il subfornitore è piuttosto un imprenditore "*dimezzato*, perché eterodiretto sul versante dell'impegno progettuale e, quindi, sostanzialmente inglobato in un'attività produttiva che, per la parte di sua stretta competenza, è *sprovvista di individualità* (se si preferisce, *della possibilità di sbocco sul mercato*) e nel complesso, non gli pertiene"[7].

Questa definizione dell'impresa subfornitrice apre le porte a un concetto "sminuito" di imprenditore, la cui "attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi" sembra qui destinata a non avere uno sbocco sul mercato se non per il tramite di un'organizzazione altrui, avvicinando molto la figura del subfornitore a quella del lavoratore a domicilio "tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera

---

[5] Sui rapporti tra l'art. 1 della l. 192 del 1998 e la legge 1369 del 1960, cfr. M. SALA CHIRI, *op. cit.*, e la bibliografia *ivi* citata. In seguito all'entrata in vigore della legge sulla subfornitura c'era chi addirittura ipotizzava un'abrogazione tacita della legge del 1960: cfr. G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano 1999, pag. 156. *Contra*, M. BIAGI, *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 1999, 8, pag. 14, (qui pag. 15); F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 61 e, implicitamente, M. SALA CHIRI, *op. cit.*

[6] Sulla c.d. "dipendenza tecnologica" del subfornitore si veda la bibliografia citata alla nota 50.

[7] Così, R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pag. 727. Secondo i due autori (qui pag. 722) sebbene il paradigma della l. 192/1998 sia quello della protezione del contraente debole, la realtà cui essa si riferisce "non può essere appiattita […] su una sola delle sue anime, quella […] della subfornitura di basso profilo. Infatti, non è detto che l'impresa subfornitrice sia di piccole o medie dimensioni come *non è detto che la stessa abbia scarso potere contrattuale*". Maggiore rilievo alla situazione di dipendenza economica del subfornitore è dato da F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 45 e segg. Grande importanza dà al compimento, da parte del subfornitore, di investimenti specifici di difficile riconversione in caso di interruzione del rapporto di subfornitura, R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mercato esperimento del tentativo di conciliazione*, op. cit.

lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente (art. 1, l. 18 dicembre 1973, n. 877)"[8].

L'attività del lavoratore a domicilio è destinata all'integrazione nell'organizzazione produttiva dell'imprenditore in vista della produzione di un risultato che può incorporarsi in un diverso e "maggiore" bene complesso ma anche costituire il prodotto completo oggetto dell'attività dell'impresa datrice di lavoro: il prodotto dell'attività di tale lavoratore può essere dotato di una propria individualità e potrebbe quindi almeno teoricamente consentire un accesso diretto al mercato, che sembrerebbe invece precluso al subfornitore[9].

Questi, inoltre, a differenza del lavoratore a domicilio potrebbe addirittura eseguire la propria attività nei locali dell'impresa committente, ed essere quindi soggetto (almeno potenzialmente) ad un coordinamento spazio-temporale da parte di quest'ultima.

La figura del subfornitore sembra potere essere accostata allora, più che al lavoratore a domicilio, al collaboratore coordinato e continuativo, ed in particolare al lavoratore a progetto[10]. Ciò in particolare nella parte in cui la legge 192/1998, come già ricordato, prevede come fisiologico che il subfornitore si obblighi a realizzare il proprio prodotto o servizio in conformità a "progetti esecutivi […], modelli o prototipi *forniti* dall'impresa committente". L'utilizzazione del verbo "fornire" non è casuale: non conta che tali elementi siano stati sviluppati direttamente dall'impresa committente, "quel che conta – si è detto ancora – è l'irrilevanza dell'apporto del subfornitore"[11]; è esclusa quindi la partecipazione del subfornitore all'attività di elaborazione degli stessi.

Non appare peregrino, allora, il richiamo all'art. 61 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nella parte in cui prevede che "i progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso siano *determinati dal committente*".

La determinazione del progetto da parte del committente è uno degli strumenti attraverso il quale il *risultato della prestazione* del lavoratore a progetto viene integrato nell'organizzazione produttiva del committente: con la precisazione che non si tratta dell' ormai superato elemento

---

[8] Sulla disciplina del lavoro a domicilio si vedano, tra tutti, l'ancora fondamentale L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979 e L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000 che sottolinea la "parziale (*pardon* parzialissima) sovrapponibilità" della legge sulla subfornitura alla legge 877/1973. In senso differente, definendo la legge il subfornitore quale "imprenditore", F. PROSPERI, *op. cit.*, spec. pag. 64 e segg.

[9] Sul punto si veda, *infra*, il par. 5.

[10] Sul tema cfr., *ex plurimis*, L. CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, II, pag. 1926 e segg.; N. DI LEO, *Lavoro a progetto. Interpretazione teleologica delle norme e rassegna commentata di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Milano, 2008; F. MARTELLONI, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2006, 2-3, pag. 229 e segg., anche per l'amplia bibliografia *ivi* citata; M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, op. cit., pag. 1343 e segg.; M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in Id. (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, pag. 684 e segg.; A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. Dir.*, 2004, 1, pag. 87 e segg.; G. PROIA, *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, op. cit. pag. 1387 e segg.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 1, pag. 95 e segg.; ID., *Opinioni sul lavoro a progetto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, pag. 396 e segg.

[11] R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pag. 728.

dell'Eingliederung *in den* Betrieb[12]**,** *e neanche dell'atteggiarsi della prestazione lavorativa ad essere elemento costitutivo* dell'organizzazione di lavoro del datore di lavoro, in quanto destinata ad essere conformata e coordinata unilateralmente dallo stesso datore in funzione del raggiungimento del risultato produttivo da questi di volta in volta individuato (*rectius* individuabile)[13]. Ed infatti il progetto di cui al citato art. 61 ha la precipua funzione di individuare una volta per tutte il risultato "in funzione" del quale il collaboratore a progetto deve eseguire la propria prestazione, sottraendo al committente il potere di variazione unilaterale della stessa prestazione e del progetto di cui essa è "funzione". Si tratta quindi di un elemento fondamentale ai fini della distinzione tra coordinamento ed eterodirezione, con precisa funzione di trasparenza e di parametro di verifica dell'adempimento dell'obbligazione del lavoratore a progetto[14].

Stessa funzione di trasparenza contrassegna il comma 5 dell'art. 2, l. 192/1998, ai sensi del quale "nel contratto di subfornitura devono essere specificati *i requisiti specifici del bene o del servizio* richiesti dal committente, *mediante precise indicazioni* che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso *il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune* per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, *debbono essere allegate in copia*".

Sembra pertanto trattarsi di una funzione di trasparenza *qualificata*, conseguenza della predisposizione unilaterale da parte del committente, del "progetto specifico, programma di lavoro o fase di esso" nel d. lgs. 276/2003 e dei "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi" di cui alla l. 192/1998.

---

[12] Su tale elemento, e sulle teorie organicistiche ad esso correlate, cfr., tra tutti, S. MAGRINI, *Lavoro, Contratto Individuale*, in *Enc. Dir.*, 1973, *ad vocem*, qui pag. 375; G.F. MANCINI, *Leggendo l' "Arbeitsrecht" di Arthur Nikisch*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, pag. 313 e segg.; L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di Mario Napoli, Milano, 2004, pag. 1 e segg., qui pag. 13 e segg.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965, spec. pag. 21 e segg.

[13] Doveroso il richiamo a M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, la cui edizione provvisoria era stata adesivamente recensita da L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965, pag. 674 e segg.; nonché ID., *Contratto di lavoro e impresa,* op. cit., spec. pag. 21 e segg. Si vedano anche, relativamente alle elaborazioni dogmatiche di questi Autori, le precisazioni teoriche di S. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993, spec. pag. 150 e segg. e F. LISO, *La mobilità del lavoro in azienda. Il quadro legale*, Milano, 1982, spec. pag. 52 e segg. Più di recente cfr. L. CASTELVETRI, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Milano, 2001; M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2001.

[14] In questo senso si è significativamente affermato in giurisprudenza che il requisito del progetto obbliga le parti "a ben *focalizzare ex ante* il preciso contenuto del contratto, in modo da permettere al collaboratore di conoscere sin dall'inizio in modo dettagliato quale sia l'incarico affidatogli e operare con autonomia reale, non potendo, invece, gli stipulanti lasciare l'oggetto della prestazione generico e indeterminato, con il rischio che, poi, nell'esecuzione, per la mancata definizione dei compiti del lavoratore, gli sia domandato semplicemente di «mettere a disposizione» le proprie energie e gli siano impartiti ordini": Trib. Milano, 21 giugno 2008, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, 4, pag. 859 e segg. con nota adesiva sul punto di F. MARTELLONI, *La duplice finalità antielusiva del progetto nel "nuovo" lavoro coordinato*. Si veda anche ID., *Il valore sistematico*, op. cit., pag. 364 e segg.; M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit.; spec. pag. 1347 e segg.; G. PROIA, *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, op. cit., spec. pag. 1408 e segg.; S. LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass, Parma, 4-5 giugno 2010, *Il diritto del lavoro nel sistema privatistico*, reperibile sul sito www.aidlass.it, qui pag. 17 e segg.; Per una generale distinzione tra coordinamento ed eterodirezione basata sul criterio della determinazione *ex ante* della prestazione nel primo caso e nella possibilità di specificare e modificare durante l'esecuzione del rapporto il contenuto e le modalità esecutive della stessa nel secondo caso, cfr. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, spec. pag. 112-113; ID., *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione ed autonomia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 1, pag. 1 e segg., spec. pag. 22 e segg. Si veda anche D. DE FEO, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, pag. 647 e segg., qui. pag. 655 e segg.

In questo senso gli obblighi di cui alle due norme ora citate sembrano potersi inscrivere alla categoria dei "doveri di avviso e chiarimento (*Anzeige* e *Aufklärung*)", la cui caratteristica è "l'avere per oggetto una circostanza che può influire sulla realizzazione della causa del rapporto, o che inerisce alla stessa validità del titolo costitutivo di esso"[15].

Una volta che gli elementi appena richiamati siano stati individuati dal creditore essi andranno adeguatamente comunicati all'altro contraente allo scopo di definire consensualmente la prestazione richiesta, impedendo che essa assuma un carattere di indeterminatezza tale da poter essere conformata in maniera unilaterale dallo stesso creditore nel corso dell'esecuzione del contratto.

I due menzionati obblighi di specificazione sembrano quindi distinguersi nettamente dagli obblighi imposti dall'art. 96 disp. att. cod. civ. e dal d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152 che possono inquadrarsi tra i "doveri di informazione (*Auskunft*)", nei quali "il fatto di cui viene fornita notizia non è una circostanza atta a influire sulla realizzazione della causa del rapporto"[16] ciò perché – nel contratto di lavoro subordinato – rimane comunque riservato al creditore il diritto di specificare e conformare la prestazione nella fase esecutiva del contratto, oltre che di variarla nei limiti fissati dall'art. 2103 cod. civ.

Rimarcata quindi la precisa distinzione del lavoro subordinato dal lavoro a progetto e dal contratto di subfornitura[17], emerge invece un chiaro parallelismo tra questi ultimi sia nella definizione legislativa degli stessi che nelle relative tecniche di tutela.

In particolare, trattandosi di due contratti nei quali il coordinamento spazio-temporale con l'impresa committente si presenta come fisiologico (*naturalia negotii* per il primo contratto, perfettamente lecito per il secondo) e la cui esecuzione è normalmente destinata a prolungarsi nel tempo[18], risulta essenziale la specifica determinazione consensuale *ex ante* della prestazione dovuta al fine di evitare che il coordinamento necessario a integrare il risultato della prestazione nell'organizzazione imprenditoriale del committente si configuri invece come elemento tipico di altra fattispecie, lecita – quale il lavoro subordinato – o illecita, quale l'appalto di manodopera.

2. L'art. 69, comma 1, d. lgs. 276 del 2003, come presunzione dettata da massime d'esperienza giustificata da esigenze sistematiche.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, alcune delle particolari tecniche di tutela previste in relazione ai due istituti in esame sembrano poter trovare una collocazione di sistema, tale da

---

[15] Così G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 158 e segg.

[16] *Ibidem*; sulle disposizioni citate si veda anche, L. CASTELVETRI, *Libertà contrattuale e subordinazione*, op. cit., pag. 45 e segg.

[17] La distinzione tra lavoro a progetto e subfornitura sembra invece essere rimessa al classico criterio di discrezione tra prestatore d'opera e imprenditore non piccolo: la dimensione dell'organizzazione produttiva, che non dovrà esser tale da far venir meno il carattere prevalentemente personale della prestazione del lavoratore a progetto. Non sarà necessario invece che l'organizzazione produttiva del subfornitore sia quantitativamente contenuta, posto che non è necessario – anche se frequente – che il subfornitore sia anche piccolo imprenditore. Sul controverso tema della distinzione tra contraente d'opera e piccolo imprenditore si rimanda all'amplia bibliografia dottrinale e giurisprudenziale raccolta in O. RAZZOLINI, *Commento all'art. 2222*, in *Codice Civile Commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, II ed., 2009, 3, pag. 749 e segg. Ritiene che "la differenza fondamentale con l'appalto [stia] nell'inesistenza, nel lavoro a progetto, dell'organizzazione imprenditoriale, elemento necessario per la configurazione di un contratto d'appalto", M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1349.

[18] Cfr., *infra*, par. 4.

permettere di avanzare un'ipotesi di lettura che ne giustifichi la indubbia drasticità.

Ci si riferisce in primo luogo al controverso comma 1 dell'art. 69, d. lgs. 276/2003, – oggetto sin da prima della sua entrata in vigore di un complesso dibattito interpretativo[19] – secondo il quale "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"[20].

Come è noto, considerevole parte degli interpreti ritiene che la disposizione introduca una presunzione relativa di subordinazione[21], anche al fine di salvaguardarne la legittimità costituzionale che sarebbe in dubbio qualora la disposizione stessa dovesse interpretarsi nel senso di impedire un accertamento nei fatti che nel caso di specie il rapporto di collaborazione si sia svolto in regime di autonomia pur mancando l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso[22].

A questo orientamento, suffragato anche da una nota circolare ministeriale[23], se ne è affiancato da subito un altro, volta ad un'interpretazione più restrittiva del comma in esame e maggiormente in linea con il tenore letterale dello stesso[24]: in caso di mancata individuazione di uno specifico progetto, programma, fase, il giudice dovrebbe procedere alla riqualificazione della collaborazione quale contratto di lavoro subordinato, senza che sia possibile un'indagine fattuale volta ad accertare l'effettivo carattere autonomo del contratto di lavoro tra le parti. Tale orientamento risulta maggioritario nella giurisprudenza più recente[25], che giustifica l'interpretazione restrittiva dal punto di vista sostanziale e processuale[26], spingendosi talvolta ad individuare una funzione di

---

[19] Per un'accurata descrizione del quale si rinvia, *ex plurimis*, a P. PICCIARIELLO, *La presunzione di lavoro a progetto ancora alla ricerca di un'identità credibile*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2009, 3; O. RAZZOLINI, *Brevi note sull'interpretazione dell'art. 69, comma 1 d. lgs. n. 276 del 2003*, *ivi*, 2008, 3, pag. 573 e segg.

[20] La giurisprudenza sottolinea, in ogni caso, la necessaria specificità del progetto: si veda, ex *multis*, Trib. Milano, 12 ottobre 2007, in *Diritto e Lavoro*, 2008, pag. 145 e segg.; Trib. Piacenza, 15 febbraio 2006, in *Lav. Giur.*, 2006, pag. 885 e segg; Trib. Torino, 5 aprile 2005, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, pag. 235 e segg.

[21] L. CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, op. cit., pag. 1309 e segg.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, op. cit., pag. 1454 e segg. In giurisprudenza, tra le altre, Trib. Torino, 13 aprile 2007, in *Foro It.*, 2008, I, col. 1003 e segg.; Trib. Bologna, 6 febbraio 2007, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 805 e segg.; Trib. Pavia, 13 febbraio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, pag. 433 e segg.; Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pag. 329 e segg.; Trib. Torino, 5 aprile 2005, cit.

[22] Così, ad esempio Trib. Torino, 5 aprile 2005, cit. che si richiama alla nota giurisprudenza costituzionale in materia di "indisponibilità del tipo lavoro subordinato" (Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 12, in *Foro It.*, 1993, I, col. 2432 e segg.; Cort Cost., 23-31 marzo 1994, 1994, n. 155, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 297 e segg.), ma vedi, *infra*, nota 29.

[23] Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Circolare 8 gennaio 2004, n. 1.

[24] M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1351; G. SANTORO PASSARELLI, *Opinioni sul lavoro a progetto*, op. cit., pag. 396 ss.

[25] Trib. Milano, 12 gennaio 2010, in *Orient. giur. lav.*, 2009, 3; Trib. Pisa, 21 luglio 2008, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 908, Trib. Milano, 21 giugno 2008, cit.; App. Firenze, 29 gennaio 2008, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pag. 758; Trib. Milano, 1 febbraio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, I, pag. 306; Trib. Roma, 5 giugno 2007, in *Foro It.*, 2008, I, col. 1002; Trib. Milano 2 febbraio 2007 e 5 febbraio 2007, in *Giur. Lav.*, 2007, pag. 30.

[26] Trib. Milano, 21 giugno 2008, cit.

sanzione nell'art. 69, comma 1[27].

È stato giustificatamente osservato che l'interpretazione nel senso della presunzione assoluta configurerebbe la disposizione come una sorta di *fictio iuris*, così contraddicendo quel generale movimento dottrinale e giurisprudenziale volto progressivamente a favore della presunzione *iuris tantum*[28].

Pur non sottovalutando tale richiamo – che sembra cogliere maggiormente nel segno rispetto alle opinioni che denunciano l'illegittimità costituzionale della disposizione interpretata nel senso della presunzione assoluta[29] – non si condivide, specie in relazione alla norma in esame, l'equiparazione della presunzione *iuris et de iure* alla *fictio*.

Va infatti richiamata quell'opinione dottrinale secondo la quale queste due tecniche legislative si distinguono perché "se vi è presunzione, il legislatore attribuisce ad un fatto le conseguenze giuridiche di un altro fatto *perché*, secondo l'esperienza, il primo è indice del secondo, laddove, se vi è finzione, il legislatore attribuisce a un fatto le conseguenze di un altro *malgrado che*, secondo l'esperienza, i due fatti non abbiano nulla in comune, talché la presunzione è riconoscimento di equivalenza naturale di due ordini di fatti, laddove la finzione è attribuzione di equivalenza giuridica"[30].

Pertanto "*le presunzioni legali assolute hanno il proprio fondamento ed il proprio riscontro nella normale realtà*, e solamente a volte contrastano con la realtà del caso concreto […]" mentre "*le finzioni giuridiche in senso stretto intese, non marginalmente ma pienamente contrastano colla realtà*, uguagliando un fatto astrattamente previsto ad altro sempre diverso"[31].

Alla luce di questo insegnamento dottrinale e di quanto osservato *supra* non sembra poter ricondurre l'art. 69, comma 1, nella sua lettura più rigorosa, ad una *fictio iuris*. L'individuazione di un progetto, programma di lavoro o fase di esso assolve la fondamentale funzione di specificare *ex*

---

[27] Così Trib. Milano, 20 ottobre 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, 2007, 2, pag. 432 e segg.; Trib. Milano, 2 febbraio 2007. In dottrina, L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 2004, 247 ss., spec. pag. 248 segg.

[28] P. PICCIARIELLO, *La presunzione di lavoro a progetto*, op. cit.; sul punto si veda V. ANDRIOLI, voce *Presunzione*, (*dir. civ. e dir. proc. Civ.*), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, *ad vocem*.

[29] Non sembra potersi condividere in particolare il ricordato richiamo svolto da Trib. Torino, 5 aprile 2005, cit., alle sentenze in tema di "indisponibilità del tipo": come è noto si tratta di sentenze relative alla possibilità delle parti e del legislatore di escludere l'accertamento nei fatti del carattere subordinato di un contratto di lavoro e la conseguente applicazione della disciplina – costituzionalmente obbligata – di tutela del lavoro subordinato. Il medesimo vincolo costituzionale non sembra poter essere configurato per il legislatore in caso di estensione della medesima disciplina di tutela a fattispecie di confine tra lavoro autonomo e subordinato, come del resto accade con il lavoro sportivo (si veda sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 95 e segg., spec. pag. 101 e segg.). Né può dirsi violata la funzione giurisdizionale, impedendo di fatto la norma al giudice l'accertamento del carattere autonomo della prestazione: la funzione giurisdizionale è comunque soggetta alla legge ai sensi dell'art. 101 della Costituzione.

[30] A. DE CUPIS, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e presunzioni giuridiche*, in *Giust. Civile*, 1982, II, pag. 230 e segg. (corsivo dell'Autore). L'Autore concorda con la distinzione proposta da F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pag. 816 e propone, tra gli altri, quale esempio di presunzione assoluta, la presunzione di concepimento durante il matrimonio, di cui all'art. 232 cod. civ. e come esempio di *fictio* l'art. 1359 cod. civ. che parifica all'avveramento della condizione contrattuale il fatto che la stessa sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento. Contrario alla distinzione, invece, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 9° ed., 1957, pag. 653.

[31] A. DE CUPIS, *op. cit.*, pag. 230 (corsivo mio).

ante i caratteri della prestazione lavorativa[32] che – una volta individuati – non potranno essere modificati unilateralmente dalle parti, permettendo così di distinguere il coordinamento del lavoro a progetto dall'eterodirezione del lavoro subordinato.

La disposizione in oggetto, andrebbe quindi interpretata come una sorta di "presunzione apparente", categoria già nota alla dottrina giuslavoristica[33], dietro la quale si nasconde un principio generale mutuato dall'esperienza: quello secondo il quale chi lavora per un lasso di tempo apprezzabile in favore di un altro soggetto, senza che sia stato individuato precisamente *ex ante* il contenuto della prestazione rimettendo così tale individuazione al potere conformativo e di specificazione del creditore della stessa nella fase esecutiva del contratto è da considerarsi lavoratore subordinato[34].

Non si tratta pertanto di uno stravolgimento della realtà, ma dell'acquisizione nell'ordinamento di una massima d'esperienza tramutata in norma imperativa al fine di dare effettività al dichiarato intento antielusivo della disciplina sul lavoro a progetto. Non sembra perciò potersi parlare di *fictio iuris*, quanto di una presunzione assoluta, strumento di tecnica legislativo distinto – secondo le convincenti argomentazioni della dottrina appena citata – dalla *fictio*, e sottratto dai dubbi di compatibilità di quest'ultima con un ordinamento giuridico moderno[35].

La corretta individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, insieme alla specificazione *ex ante* nel contratto di lavoro a progetto delle forme di coordinamento del lavoratore al committente risulta fondamentale a garantire l'autonomia del primo, coerentemente con la necessità di fornire un parametro di valutazione dell'adempimento di questi "in funzione del risultato"[36].

Si conferma così la fondamentale funzione assegnata dal legislatore al progetto in chiave antielusiva: imponendo la specificazione contrattuale del contenuto della prestazione e delle forme di

---

[32] Sembra controverso se il progetto, il programma o la fase debbano specificare il contenuto di tale prestazione, o se questi fungano da mero parametro di riferimento della stessa, come tali estrinseci all'oggetto contrattuale. La lettura delle disposizioni normative non consente di individuare una soluzione univoca. In favore della prima ipotesi è il dettato dell'art. 67, d. lgs. 276/2003, secondo il quale "i contratti di lavoro [a progetto] si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che *ne costituisce l'oggetto*". In favore della seconda ipotesi, invece, gioca la necessità che tali elementi siano "*determinati dal committente*", sembrando così gli stessi sottratti al consenso del collaboratore, il quale esprimerebbe tale consenso con riferimento alla sola prestazione *funzionalizzata* alla realizzazione del progetto (o programma o fase). In ogni caso, comunque, sembra indubitabile che questi elementi abbiano lo scopo di circoscrivere l'area dell'adempimento del lavoratore, precludendo al committente di conformare o variare unilateralmente la prestazione dello stesso in senso non coerente con le finalità del progetto, programma o fase, specificate una volta per tutte al momento della conclusione del contratto.

[33] Si veda U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967 che cita F. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, pag. 20 e segg.

[34] Cfr., tra gli altri, G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit., 103 e segg.; nonché ID., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Riv. Trim. Dir. Lav.*, 1968, pag. 1 e segg., G. VARDARO, *Tecnica, Tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. Dir.*, 1986, pag. 75 e segg.

[35] Afferma, infatti, sempre A. DE CUPIS, *ult. loc cit*, che "mentre non sono da muoversi obiezioni alla categoria delle *presunzioni legali assolute, basate sulla normale realtà e solo marginalmente contrastanti colla realtà del caso concreto*, obiezioni sono da muoversi alla categoria delle *finzioni giuridiche, in senso stretto intese, dacché esse operano in pieno contrasto con la realtà*" (corsivo mio). Sul punto si veda anche S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, *ad vocem*.

[36] Deve pertanto condividersi l'opinione di M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1351, secondo il quale: "è improprio parlare di sanzione, o, se si vuole questa è la sanzione non tanto della mancanza di progetto, quanto del divieto di instaurare rapporti atipici, come dice la rubrica dell'art. 69. La mancanza di progetto dimostra in via inequivocabile che la prestazione continuativa di opere e servizi altro non è che lavoro [inserito strutturalmente] nell'impresa, cioè lavoro subordinato". Vedi anche F. MARTELLONI, *La duplice finalità antielusiva del progetto nel "nuovo" lavoro coordinato*, op. cit., pag. 873 e segg.

coordinamento tra debitore e creditore della stessa si impedisce a quest'ultimo di conformare e dirigere unilateralmente tale prestazione in corso di esecuzione, prerogativa principe del datore di lavoro.

3. Limiti all'ingerenza dell'impresa committente sull'organizzazione produttiva del subfornitore e divieto di interposizione.

Come anticipato in precedenza, l'analisi della legge 192 del 1998 sembra permettere l'individuazione, all'interno di tale legge, di tecniche di tutela simili a quelle ora descritte in favore del lavoratore a progetto, al fine di salvaguardare un minimo di autonomia organizzativa in capo al subfornitore.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo, il necessario rispetto delle caratteristiche progettuali e tecniche dei prodotti e servizi individuate dall'impresa committente comporterebbe – qualora questa potesse unilateralmente mutare tali caratteristiche in corso di esecuzione del contratto – un'ingerenza nell'organizzazione produttiva altrui incompatibile con l'autonomia organizzativa necessaria ad escludere il verificarsi di ipotesi interpositorie.

Va a questo punto sottolineato che esiste un contrasto interpretativo circa la "portata tipologica" della legge 192 del 1998. L'opinione dottrinale maggioritaria ritiene che tale legge non abbia introdotto un nuovo tipo contrattuale, "quanto piuttosto un complesso di disposizioni applicabili ad un insieme di contratti, quali la vendita, l'appalto, la somministrazione e il contratto d'opera, tutti non di rado caratterizzati dall'elemento della dipendenza tecnologica del soggetto che rende la prestazione caratteristica" [37].

Non manca tuttavia chi ritiene che il contratto di subfornitura debba essere considerato un nuovo contratto tipico. Ciò anche sulla scorta del fatto che sarebbero ricomprese in tale fattispecie anche "ipotesi di controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente, che non potrebbero essere ricondotte all'appalto se non nella modalità atipica del c.d. appalto «a regia»"[38].

La prospettata analogia della subfornitura con tale modalità di appalto, insieme ad altre opinioni che assimilano il subfornitore ad un "qualcosa di simile ad un *nudus minister*" [39] del committente non può non richiamare l'attenzione del giuslavorista.

In giurisprudenza, si parla infatti di "appalti a regia" – al fine di individuare i confini della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del committente e dell'appaltatore – in quelle ipotesi

---

[37] Così D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'Appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, IV ed., 2007, pag. 84 e segg. Cfr. G. DE NOVA, *Introduzione*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ, *La Subfornitura*, Milano, 1998, pag. 5; G. IUDICA, *La disciplina della fornitura nelle attività produttive*, op. cit., pag. 412; M. SALA CHIRI, *op. cit.*, pag. 221; in giurisprudenza cfr. Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, in *Giur. Civ.*, 11, 2007, pag. 2900; Trib. Monza, 1 marzo 2004 in *Giur. Milanese* 2004, pag. 362. *Contra*, A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 1998, pag. 13 e segg. Di schema negoziale riconducibile, pur con qualche differenza, all'appalto parlano G. ALPA, R. LECCESE, *op. cit.*, pag. 196 e segg.

[38] Così F. PROSPERI, *op. cit.,* pag. 88; per la tesi della subfornitura quale nuovo contratto tipico v. anche V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in Id. (a cura di), *Subfornitura*, Milano, 1999, qui pag. 14; C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Milano, 2000, pag. 79 e segg.

[39] In questi termini, V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pag. 12.

nelle quali "l'esecuzione dei lavori [risulta] completamente sottratta all'autonomia propria dell'appaltatore, il quale si [pone] come mero esecutore di ordini del committente in una posizione non dissimile da quella di un lavoratore dipendente"[40], ed ancora qualora l'appaltatore "sia tenuto per contratto ad eseguire le istruzioni ricevute senza alcuna iniziativa o vaglio critico, *perdendo perciò stesso ogni autonomia* ed agendo in tal modo come *nudus minister* del committente per modo che il rapporto degrada da appalto a lavoro subordinato"[41].

È del tutto evidente, pertanto, che un'assimilazione della subfornitura all'ipotesi degli appalti "a regia" si porrebbe in netto contrasto con le disposizioni che regolano il decentramento produttivo dal lato giuslavoristico.

La "degradazione" del subfornitore – quale *nudus minister* – a lavoratore subordinato dell'impresa committente non potrebbe che considerarsi illecita qualora lo stesso subfornitore impiegasse lavoratori subordinati: l'ipotesi di lavoratori dipendenti da un altro lavoratore subordinato non è in alcun modo compatibile con la disciplina di cui al d. lgs. 276 del 2003; in questo modo l'impresa committente si troverebbe nella posizione di dirigere le prestazioni di tali dipendenti attraverso l'esercizio dei poteri datoriali sul proprio lavoratore subordinato. Si verterebbe in un'ipotesi di somministrazione del lavoro esercitata da un soggetto non abilitato a tale attività, configurando in tal modo una somministrazione irregolare.

Va poi sottolineato che l'illiceità di una tale operazione economica non verrebbe meno per il sol fatto che il contratto riservi al soggetto a cui siano affidati i lavori un'autonomia organizzativa, venuta poi meno nella fase esecutiva.

Questa notazione, tipica della giurisprudenza e della dottrina civilistica[42], può valere solo a confermare in capo a chi esegue i lavori la responsabilità per le difformità e i vizi dell'opera di cui all'art. 1667 cod. civ., ma non certo ad escludere la violazione della disciplina sulla somministrazione di lavoro. È stato, infatti, precisato in giurisprudenza che l'interposizione di manodopera "non resta esclusa dal fatto che l'appalto sia stato conferito al titolare di un'effettiva organizzazione imprenditoriale, dotata di capitali, macchine e attrezzature, e neppure dalla stipulazione di un contratto le cui clausole contemplino l'organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, *potendo verificarsi nella fase esecutiva*, anche relativamente ad un solo segmento del complessivo servizio appaltato, la messa a disposizione del committente di uno o più dipendenti"[43].

Sembra pertanto che, a prescindere dalla soluzione data al quesito sull'esistenza di un contratto tipo di subfornitura o invece di una disciplina trasversale a più contratti, il subfornitore debba comunque mantenere quel minimo di autonomia organizzativa tale da escludere il verificarsi di

---

[40] Così, Cass., 11 febbraio 2005, n. 4631 in *Riv. giur. edil.*, 2005, 4, pag. 1171.

[41] Cass., 31 marzo 1987, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè.

[42] Afferma, ad esempio, Cass. 26 luglio 1999, n. 8075, in *Studium Juris*, 1999, pag. 1288, che "la responsabilità del committente può essere considerata «esclusiva» solo quando l'ingerenza sua e/o del direttore dei lavori da lui nominato, che sia *espressamente prevista in contratto*, abbiano rigidamente vincolato l'organizzazione e conduzione dei lavori da parte dell'appaltatore sì da neutralizzarne completamente l'autonomia decisionale e da relegarlo nella posizione d'un *nudus minister*". In dottrina si veda D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit*, pag. 165.

[43] Così Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pag. 48; ma v. già Cass.,Ss. Uu., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Orient. giur. lav.*, 1997, pag. 1036.

fattispecie di mera interposizione di manodopera: la disciplina della subfornitura, insomma, non rappresenta una deroga a quanto disposto dagli artt. 20-29 del d. lgs. 276 del 2003[44].

Giova ricordare a questo proposito che il riferimento all' "appalto e al subappalto" di cui all'art. 1 della l. 1369/1960 era, pacificamente, un riferimento atecnico, non riconducibile alla nozione codicistica di appalto ma volto a sanzionare qualunque fenomeno di fornitura di manodopera, indipendentemente dalle caratteristiche causali del negozio tra interponente ed interposto[45].

In dottrina ed in giurisprudenza si è sottolineata la sostanziale continuità della disciplina attuale con quella previgente[46].

Del resto, anche nel quadro normativo vigente, nel quale il legislatore ha stabilito delle disposizioni sanzionatorie differenti per le fattispecie di somministrazione, appalto e distacco irregolari, la disposizione di cui all'art. 29, comma 3-*bis*, vieta "il contratto di appalto […] stipulato in violazione di quanto disposto al comma 1", e cioè in assenza di un'organizzazione di mezzi (pur "dematerializzata[47]") e dell'assunzione del rischio di impresa.

---

[44] L'applicabilità della legge 1369/1960 alle fattispecie di subfornitura è stata affermata da Trib. Pisa, 20 luglio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 1 e segg.

[45] Osservava P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pag. 421 che l'illecito poteva assumere la forma dell'appalto di servizi, ma "anche forme diverse, quale ad esempio quella del *contratto di lavoro tra interponente ed interposto*, sia esso subordinato (caso già contemplato dall'art. 2127 c.c.) oppure autonomo, a cottimo o in economia, oppure quello dell'agenzia o della somministrazione di semilavorati di fatto prodotti con macchinari e *know how* dell'acquirente".

[46] Per la permanenza del generale divieto di interposizione, in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 7 marzo 2007, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, pag. 182 e soprattutto Cass. Ss. Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in Arg. Dir. Lav., 2007, pag. 1011 e segg. con nota adesiva di 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, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*; v. anche P. ICHINO, Somministrazione *di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, op. cit., pag. 258 e segg.; F. SCARPELLI, *Art. 27, Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, pag. 409 e segg. Anche la giurisprudenza penale si è espressa per la continuità normativa tra le due discipline, ritenute omogenee, essendosi così verificata una cd. "abrogatio sine abolitione" dell'illecito penale di cui agli art. 1 e 2, l. 1369/1960, cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez III, 25 novembre 2004, n. 861, in *Riv. Pen.*, 2005, pag. 710 e segg.; Cass. pen., sez. III, 6 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, col. 577 e segg. *Contra*, I. ALVINO, *Il confine fra appalto e interposizione nel d.lgs. 276 del 2003*, in *Lav. Giur.*, 2005, 11, pag. 1046 ss.; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto*, op. cit., pag. 11; R. ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 726; ID., *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 403 e segg., qui pag. 435; in alcune pronunce giurisprudenziali, l'affermazione del venir meno del divieto di interposizione rappresenta un inciso che non rileva ai fini della soluzione del caso concreto, cfr. Cass. 15 febbraio 2008, n. 3861 in *Banca Dati De Jure;* Cass. 13 novembre 2007, n. 23569 in *Guida al diritto*, 2008, 1, 38; Cass. 18 agosto 2004, n. 16146 in *Foro it.*, 2004, I, col. 2994 e segg.; molto più significativa – anche se per le ragioni esposte nel testo, si propende per la permanenza nell'ordinamento del generale divieto di interposizione – è l'affermazione per la quale il divieto di cui all'art. 1 della legge 1369 del 1960 "non può ritenersi parte integrante dell'ordine pubblico [internazionale], perché non coinvolge principi fondamentali dell'ordinamento, come dimostra del resto l'avvenuta abrogazione della legge del 1960 ad opera del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e successive modifiche, con cui è stata introdotta una diversa disciplina in materia di somministrazione di lavoro". Un'accurata ricostruzione del dibattito si trova in L. CORAZZA, *op. ult. cit.*, pag. 7 e segg.

[47] Ci si riferisce ovviamente al comma 1 dell'art. 29, secondo il quale l'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore "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". La disposizione recepisce, come è noto, gli orientamenti giurisprudenziali relativi specialmente all'interpretazione dell'art. 1, comma 3, della l. 1369 del 1960, volti a valorizzare, soprattutto nei settori produttivi c.d. *labour intensive*, l'effettivo esercizio dell'attività organizzativa da parte dell'appaltatore rispetto alla predisposizione da parte sua di un'organizzazione di mezzi materiali. Si confronti, *ex plurimis*, Cass. 21 agosto 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, pag. 837 e segg.; Cass. 19 novembre 2003, n. 17574, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè e la notissima Cass. Ss. Uu. 10 ottobre 1990, n. 10183 in *Foro It.*, 1992, I, col. 524 e segg., con nota adesiva di F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalti di servizi informatici: un interessante «obiter dictum» della Cassazione sul ruolo del «know how» di impresa*. In dottrina, sul tema della "dematerializzazione" dell'attività imprenditoriale, sia nel previgente che nel nuovo assetto normativo, cfr. tra gli altri ID., *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*; op. cit.; I.

È evidente che tale disposizione si riferisce a ciò che "appalto" non è, sanzionando qualunque ipotesi nella quale si realizzi la messa a disposizione di manodopera altrui dietro lo schermo di una fittizia organizzazione imprenditoriale: ipotizzare altrimenti significherebbe prevedere l'applicazione del divieto di cui all'art. 29, comma 3, solo nei casi in cui le parti abbiano impropriamente qualificato il contratto come contratto d'appalto, rendendo la disposizione in oggetto eludibile semplicemente evitando di dare tale qualificazione.

Inoltre, se è vero che il legislatore ha diviso le disposizioni concernenti la somministrazione, l'appalto ed il distacco irregolari, è anche vero che, ai sensi dell'art. 18 del d. lgs. 276/2003, "nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1, *l'utilizzatore e il somministratore* sono puniti" con la stessa pena prevista per l'ipotesi della somministrazione irregolare. Il legislatore parifica sia dal punto di vista lessicale – utilizzando il termine "somministratore" per riferirsi anche all'appaltatore ed al distaccante irregolari – sia dal punto di vista della disciplina sanzionatoria, qualunque ipotesi di somministrazione irregolare di manodopera, ribadendo così l'esistenza di un generale divieto di fornitura di mera manodopera, pur se oggetto di significanti eccezioni.

Sembra quindi potersi condividere l'opinione di chi ritiene non venuto meno il generale divieto di interposizione anche nel mutato assetto normativo.

Pare allora indispensabile, al fine di escludere fenomeni di "interposizione illecita", cui ancora si riferisce il legislatore all'art. 84 d. lgs 276/2003, che la gestione del rischio d'impresa e l'autonomia organizzativa – pur nelle forme di cui all'art. 29 del decreto 276 del 2003 – caratterizzino tutte le ipotesi di subfornitura, indipendentemente dal fatto che la stessa costituisca un tipo contrattuale autonomo o un mera modalità esecutiva di differenti figure contrattuali, cui si ricollega una determinata disciplina di legge.

A ben vedere, inoltre, la negazione di una pur minima autonomia organizzativa del subfornitore e la conseguente assimilazione, esplicita o implicita, della subfornitura all'appalto "a regia" desta perplessità anche da un punto di vista strettamente civilistico. In questo schema negoziale, infatti, viene meno la responsabilità del *nudus minister* per le difformità ed i vizi dell'opera, come in generale avviene nelle ipotesi di lavoro eterodiretto[48].

Ai sensi dell'art. 5. co1, della legge 192/1998, invece, "il subfornitore ha la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte". La responsabilità del subfornitore assume rilievo centrale nella disciplina della subfornitura, tanto che il comma 3 dell'art. 5 sancisce la nullità di ogni patto volto ad escludere tal responsabilità.

ALVINO, *Il confine tra appalto e interposizione*, op. cit.; L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione.*, op. cit., pag. 127 e segg.; spec. pag. 156 segg.; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit. pag. 85e segg.; L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, op. cit., spec. Pag. 30 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d' azienda e rapporti di fornitura*, op. cit., pag. 43 e segg.; ID., *Metamorfosi dell' impresa e nuova disciplina dell' interposizione*, op. cit., pag. 175 e segg.

[48] Già nel diritto romano, infatti, "*opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptori absolvi debere*" (Labeone in D.19.2.60.3). Si veda L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967, spec. pag. 9 e 59 e segg.; G. GIUGNI, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici*, op. cit., spec. pag. 45 e segg.

La responsabilità del subfornitore non troverebbe giustificazione laddove allo stesso non spettasse un minimo di autonomia organizzativa nella fase esecutiva del contratto e la stessa fase fosse rimessa all'eterodirezione del committente[49]. Non sembra pertanto potersi condividere l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale la dipendenza tecnologica del subfornitore[50], conseguente alla fornitura da parte del committente dei "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi", comporti "il controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente"[51].

La fornitura di tali indicazioni tecniche non fa venir meno la necessaria autonomia organizzativa del subfornitore nell'esecuzione del contratto.

Del resto è ipotesi frequente che l'appaltatore esegua l'*opus* in conformità a un progetto fornito dal committente, ipotesi da ritenersi senza dubbio lecita qualora il primo mantenga la propria autonomia organizzativa nella fase esecutiva del contratto.

Né sembra potersi concordare con l'affermazione della stessa giurisprudenza ora citata secondo la quale il subfornitore sarebbe "privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità" di tali indicazioni non potendo, pertanto, a differenza dell'appaltatore, "opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico" qualora si avvedesse che il loro rispetto porterebbe ad un risultato produttivo difettoso. In questo caso egli – come l'appaltatore cui l'appaltante abbia fornito un progetto inadeguato – sarebbe tenuto ad avvisare il committente e solo laddove lo stesso committente insista perché le indicazioni siano rispettate senza modifiche il primo sarebbe liberato da responsabilità nei confronti del committente[52].

Se il subfornitore, pur accorgendosi di vizi delle indicazioni tecniche, non potesse neanche segnalare tali vizi al committente, non si vede come potrebbe rimanere responsabile ai sensi del citato art. 5, comma 1, della legge 192 del 1998. Semmai si potrebbe sostenere che, data la strutturale subalternità tecnologica del subfornitore, particolarmente attenuata dovrà ritenersi la relativa responsabilità qualora il vizio delle indicazioni tecniche fosse riconoscibile dal subfornitore e ciononostante lo stesso non se ne sia avveduto.

Alla luce di quanto osservato sinora, sembra necessario precisare entro quali limiti possa dispiegarsi la dipendenza tecnologica del subfornitore senza che venga violato il divieto di somministrazione irregolare di manodopera.

---

[49] Rilievo simile in R. MASSARI, *op. cit.*, 1280.

[50] Sul tema della "dipendenza tecnologica" del subfornitore o della corrispondente "superiorità tecnologica" del committente, cfr. G. ALPA, R. LECCESE, *op. cit.*, pag. 195; F. PROSPERI, *op. cit.,* pag. 36 e segg. sottolinea che "non sussistono ragioni per ritenere che i tre diversi aspetti in cui deve manifestarsi la conformità richiesta all'opera del subfornitore debbano essere necessariamente compresenti". Tra i primi provvedimenti giurisidizionale sul tema cfr. Trib. Taranto, (ordd.), 28 settembre 1999 e 13 ottobre 1999; Trib. Torino, 19 novembre 1999 (ord.), in *Foro It.*, 2000, I. col. 624 e segg. e le nota di A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione della legge sulla subfornitura*, e di M. GRANIERI, *Qualche ulteriore considerazione sulla dipendenza progettual-teconologica del subfornitore*. Più di recente, Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), in *Foro It.*, 2009, I, 2813; Trib. Civitavecchia, 5 aprile 2006, in *Giur. Comm*, 2007, 6, II, pag. 1269 e segg. e, anche per gli ampli riferimenti bibliografici in materia, la relativa nota di R. MASSARI, *La nozione di subfornitura*, op. cit., spec. pag. 1278 e segg. Si veda inoltre A.P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006, spec. pag. 193 e segg.

[51] Così Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), che riprende letteralmente le considerazioni di F. PROSPERI, richiamate *supra*.

[52] In questo senso, relativamente all'ipotesi di fornitura del progetto da parte dell'appaltante, D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, pag. 168 e segg.

Sembra fondamentale, a tal fine, la disposizione di cui all'art. 6, comma 1 della legge 192/1998 che sancisce la nullità del "patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura". Deve condividersi a questo proposito l'opinione di chi ritiene che, alla luce di tale previsione, le modifiche "apportate, nel corso di esecuzione del rapporto, su *richiesta* del committente" di cui all'art. 3, comma 5, della legge, debbano fondarsi sul consenso delle parti, essendo impossibile configurare uno *ius variandi* del committente in tal senso[53].

La legge 192, pertanto, riserva al subfornitore una tutela rafforzata al fine di evitare l'ingerenza del committente nella fase esecutiva del contratto, posta a rischio dall'integrazione del risultato produttivo del subfornitore nell'ambito dell'attività produttiva del committente o nella produzione, da parte di quest'ultimo, di un bene complesso: una volta che si sia formato il consenso sui prodotti o servizi – individuati e descritti in maniera specifica, ai sensi del citato art. 2, comma 5, della legge – la realizzazione di questi dovrà avvenire nel rispetto dei "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi" forniti dal committente ma a questi sarà precluso ordinare variazioni o mere modifiche durante la fase esecutiva del contratto: la possibilità del committente di ingerirsi in questa fase è minore rispetto alle ipotesi di normale appalto[54].

Il divieto di cui all'art. 6 è pertanto essenziale, come si ribadirà anche in seguito, al fine di salvaguardare l'indispensabile organizzazione autonoma della prestazione da parte del subfornitore.

4. Contratti relazionali, subfornitura e contratti di lavoro con un termine finale: una possibile chiave di lettura nel senso del contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale.

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti permettono di proporre una possibile chiave di lettura delle tecniche di tutela in caso di prestazione di attività produttiva[55].

---

[53] F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 163, fatti salvi, come rileva lo stesso Autore, "gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, *con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati*, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura (art. 6, comma 1)".

[54] Ed infatti, la disciplina codicistica dell'appalto prevede la possibilità di controllo nella fase esecutiva (art. 1662 cod. civ.) e la possibilità di apportare variazioni al progetto, nei limiti del sesto del prezzo complessivo convenuto (art. 1661 cod. civ.). È inoltre possibile che l'appaltante, anche tramite un direttore dei lavori, impartisca istruzioni all'appaltatore durante la fase esecutiva; tale possibilità incontra tuttavia dei limiti indispensabili a salvaguardare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore: il committente, a parità di risultati conseguibili tramite l'utilizzo di diversi procedimenti di produzione non potrà imporre all'appaltatore la scelta di quale procedimento adoperare; né potranno essere imposti "sistemi diversi da quelli che corrispondono agli usi del luogo in cui l'opera viene eseguita", se il contratto non dispone altrimenti e se gli usi consentono la realizzazione dell'*opus* a regola d'arte; l'appaltatore potrà rifiutarsi di eseguire istruzioni che, comportando gravi difetti (anche estetici) dell'opera, "comprometterebbero la sua reputazione professionale" e sarà inoltre tenuto a non dar seguito ad istruzioni che comporterebbero la violazione di diritti assoluti dei terzi o dell'ordine pubblico o di norme imperative. Resta fermo, comunque, che "una limitata ingerenza del committente è ammissibile solo nel campo strettamente tecnico (progettazione ed esecuzione dei lavori, tipo e qualità dei materiali), non in quello dell'organizzazione dell'impresa appaltatrice, della sua gestione economico-finanziaria e dei suoi rapporti col personale" Così D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, pag. 167 e pag. 184 e segg.; cfr., anche C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, in *Tratt. di Dir. Civile e Commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1967, I, vol. XXIV, t. 2, pag. 150.

[55] Si richiama qui volutamente l'impostazione teorica tracciata sul tema da S. LIEBMAN, P*restazione di attività produttiva e protezione del contraente debole*, op. cit.

Sembra necessario, a tale proposito, effettuare un riferimento alla figura dei cosiddetti contratti relazionali[56]: si tratta, come ha evidenziato anche la dottrina giuslavoristica italiana[57], di contratti che, per il loro perdurare nel tempo, rimangono caratterizzi da un certo grado di incompletezza dovuto all'impossibilità – rappresentata dalla teoria giuseconomica come necessità di fare altrimenti fronte a costi di transazione proibitivi – di negoziare una volta per tutte le caratteristiche e la quantità di prestazioni che dovranno essere effettuate nella fase esecutiva del contratto.

Trattandosi di contratti volti a porre in essere una "cooperazione" duratura nel tempo essi descrivono solitamente con precisione gli obiettivi e gli scopi da raggiungere tramite tale cooperazione e regole generali riguardo ad esempio la rinegoziazione del prezzo ed il recesso, e sono, invece, flessibili nella regolamentazione di dettaglio, come ad esempio quella relativa alla quantità specifica dell'oggetto (beni o servizi) da fornire[58].

Caratteristiche simili sono tipiche anche dei contratti di durata. Anche essi, infatti, sono spesso regolati da dichiarazioni di specificazione del dato quantitativo dell'oggetto della prestazione (si pensi all' art. 1560 cod. civ. in materia di somministrazione) che hanno una funzione appunto di mera specificazione dell'oggetto di un obbligo già insorto e che perciò sono definibili come "dichiarazioni non negoziali di volontà"[59].

Tuttavia non è possibile far coincidere la categoria dei contratti relazionali con quella dei contratti di durata. Ed infatti i contratti di durata si caratterizzano per il fatto che il valore della prestazione (o del complesso di prestazioni, per quanto riguarda i contratti ad esecuzione periodiche) e la soddisfazione dell'interesse del creditore dipendono direttamente dal tempo entro il quale la prestazione stessa viene protratta[60].

---

[56] Si veda sul punto, I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, 1978, n. 6, pag. 854 e segg.; ID., *The new social contract*, New Haven, 1980; e la raccolta di saggi contenuta nel numero monografico della *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, spring 2000, che contiene alcune precisazioni dello stesso MacNeil alla luce del dibattito teorico successivo ai suoi primi interventi sul tema, *Relational contract theory: Challenges and queries*, *ivi*, pag. 877. Cfr. anche C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, Vol. 67, 1981, No. 6, pag. 1089 e segg.; U. Muehlberger, *Hierarchies, relational contracts and new forms of outsourcing*. 2005, disponibile su www.ssrn.com.

[57] Si deve a L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit., una compiuta analisi della teoria dei *relational contracts* ai fini del dibattito giuslavoristico italiano.

[58] P. IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2004, pag. 125 e segg., qui pag. 136.

[59] V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1960. A questo proposito è interessante riportare, in quanto ben si adattano a descrivere anche situazioni tipiche che possono verificarsi nell' esecuzione dei contratti relazionali, le osservazioni di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, *ad vocem*, qui pag. 496-497: "Tutte le situazioni giuridiche, per la natura medesima dei valori pratici che il diritto assume nella propria sfera, hanno un certo grado di genericità, destinato a risolversi al momento della loro attuazione. Ma, talvolta, la impossibilità di prevedere in anticipo gli atteggiamenti che l'interesse giuridico verrà ad assumere nel corso della sua esistenza prima di giungere alla completa realizzazione, impone una definizione più accentuatamente generica della situazione giuridica, che valga a consentirle una maggiore capacità di adeguarsi alle circostanze che sull' interesse influiranno in concreto. Di qui la necessità perché l'interesse sia soddisfatto e la situazione giuridica compitamente realizzata, di fatti ulteriori i quali, in funzione della specificazione dell'uno, producano una corrispondente determinazione dell'altra. Essi si inseriscono tra il fatto che ha prodotto la costituzione della situazione giuridica e quello che la attua, svolgendo così un ruolo di mediazione e di integrazione. Il tipo di efficacia che corrisponde a codesto ruolo non può ovviamente entrare nel quadro dell'efficacia costitutiva; per ipotesi la situazione giuridica rimane quella che era; il passaggio dal piano generico a quello specifico non fa altro che svolgerne il contenuto entro l'ambito dei suoi confini originari".

[60] Imprescindibile il riferimento a G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, pag. 143 e segg., ed *ivi*, 1944, I, pag. 18 e segg. ora in *Scritti giudici*, III, Padova, 1992, pag. 201 e segg.

Altrettanto non può dirsi dell'appalto – tipico esempio di contratto relazionale – nel quale il decorso del tempo è una necessità operativa per la realizzazione dell'*opus*, e tuttavia il soddisfacimento dell'interesse del creditore non avviene in funzione diretta della quantità di tempo nel quale si protrae la prestazione, ma, anzi, prima si realizza in quanto prima l'opus sia portato a termine. Per questo l'appalto è stato definito un *contratto ad esecuzione prolungata*[61], in quanto nella stragrande maggioranza dei casi l' interesse del creditore non si può realizzare immediatamente perché è necessario un certo lasso di tempo per realizzare l' oggetto dell' obbligazione – ed in questo differenziandosi l' appalto dai contratti ad esecuzione istantanea – ma nemmeno si può iscrivere tale contratto tra i rapporti obbligatori di durata, perché il citato decorso del tempo non è funzione diretta della soddisfazione dell' interesse del creditore, ma solo una necessità pratica. Proprio perché tale necessità è meramente pratica e non giuridica, però, il carattere di contratto ad esecuzione prolungata non è indefettibile (è naturale, ma non necessario) nell' appalto, essendo così configurabili nella pratica contratti d' appalto di servizi quali contratti ad esecuzione periodica o continuativa, oltre che astrattamente ipotizzabili appalti dove la realizzazione dell'*opus* è così poco complessa da potersi definire istantanea[62].

Caratteristica essenziale di alcuni contratti relazionali è pertanto il loro protrarsi nel tempo, senza che abbia importanza che tale protrarsi sia mera necessità pratica o invece funzione diretta del soddisfacimento dell'interesse delle parti: si deve allora escludere che i contratti relazionali coincidano necessariamente con i contratti di durata[63].

Nel trattare dei contratti relazionali va specificato poi che il loro carattere di incompletezza e flessibilità, oltre a manifestarsi tramite il posticipare al momento dell'esecuzione la specificazione dell'entità quantitativa della prestazione, viene realizzato anche lasciando al futuro la risoluzione delle eventuali controversie.

Ma proprio perché la risoluzione delle controversie avviene in un momento successivo rispetto alla conclusione nel contratto si profila la possibilità che elementi extragiuridici intervengano a regolare lo svolgimento del rapporto tra le parti

Tali elementi extragiuridici sono la reputazione e soprattutto le posizioni di mercato delle parti[64].

Quanto a queste ultime un ruolo fondamentale rivestono i cosiddetti "investimenti specifici" (o "idiosincratici"): quegli investimenti, cioè, che presuppongono una relazione con la controparte stabile e duratura stante la difficile riconversione degli stessi. Proprio la difficile se non impossibile riconversione di tali investimenti incentiva fortemente chi li ha effettuati a mantenere la relazione nel tempo, esponendola al rischio di comportamenti opportunistici della controparte, specie in caso di monocommittenza[65]: qualora infatti quest'ultima ponesse fine al rapporto negoziale, la

---

[61] D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell' appalto*, op. cit., pag. 198 e segg.; C. GIANNATTASIO, *op cit.*, pag. 14; si veda inoltre M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, pag. 1348. In giurisprudenza, Trib. Bari, 13 luglio 2006 (ord.), in *Foro It.*, 2006, I, col. 2934.

[62] D. RUBINO, G. IUDICA, *ult. loc. cit.*

[63] In questo senso anche L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 81, nota 34.

[64] *Ibidem*, pag. 84.

[65] *Ibidem*, pag. 85 e segg.; sul punto si veda l'ormai classico B. KLEIN, R.G. CRAWFORD, A.A. ALCHIAN, *Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 21, 1978, n. 2, pag. 297 e segg.; sottolinea l'importanza degli investimenti specifici anche a fini selettivi dell'applicazione della l. 192/1998, R. MASSARI, *La nozione legislativa di*

parte che ha compiuto investimenti specifici o che si trovi comunque in una condizione di squilibrio contrattuale potrebbe essere esposta a gravi pregiudizi. Tale parte allora, potrebbe essere indotta ad accettare un mutamento dell'assetto negoziale a proprio svantaggio o rinunciare all'esercizio di propri diritti, pur di non veder cessare il rapporto negoziale.

La categoria dei contratti relazionali è tradizionalmente utilizzata al fine di analizzare i rapporti commerciali fra imprese. Più di recente si è proposto un utilizzo di questo modello teorico anche in relazione ai rapporti tra imprese e lavoratori[66]. In particolare si è proposta una possibile spiegazione dell'altrimenti contraddittorio ricorso ad alcuni contratti di lavoro di natura temporanea alla dichiarata ricerca di flessibilità dell'organizzazione produttiva, pur essendo tali contratti caratterizzati – come specificato in seguito – da un minor grado di flessibilità, soprattutto funzionale[67]: ossia la capacità dell'impresa di modificare tempestivamente i compiti del proprio personale e la struttura del processo produttivo per far fronte alle proprie contingenti esigenze produttive[68].

Richiamata in breve la teoria dei contratti relazionali si tratta ora di tentare un'applicazione della stessa con riguardo agli argomenti sin qui trattati.

Alla luce di quanto osservato nei paragrafi precedenti può dirsi che le discipline legali del contratto di lavoro a progetto ed il contratto di subfornitura si caratterizzino significativamente nel segno di un contrasto al rischio di eccessiva incompletezza del contratto, uscendo da una mera prospettiva di tutela della parte economicamente dipendente.

In questo senso si tenta di ricondurre a razionalità l'accentuato carattere relazionale di tali contratti, dato dal loro perdurare nel tempo, dalla forte integrazione del risultato produttivo della prestazione in più ampie organizzazioni di impresa, dal frequente carattere di monocommittenza e dalla possibile realizzazione di investimenti specifici di una parte. Uno dei principali modi di realizzare tale razionalizzazione è appunto l'imposizione di obblighi di specificazione *ex ante* del contenuto e delle caratteristiche della prestazione al fine di contrastare eventuali comportamenti opportunistici delle parti, resi possibili dall'incompletezza del regolamento negoziale.

La necessità che il "progetto, programma di lavoro o fase di esso" siano specifici e che nel contratto siano precisate per iscritto "le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente" nonché la prescrizione di cui al comma 5, art. 2, l. 192/1998, che obbliga le parti a

---

subfornitura, op. cit., spec. pag. 1278 e segg. Ulteriori richiami bibliografici, tra l'altro, nella nota di G. COLANGELO, a Trib. Roma, 5 novembre 2003 (ord.), e Trib. Taranto, 17 settembre 2003 (ord.), in *Foro It.*, 2003, I, pag. 3440; in giurisprudenza, si veda Trib. Aquila, 13 dicembre 2002 (ord.), in *Foro It.*, 2003, I, col. 1275, spec. col. 1278.

[66] F. MARTELLONI, *La duplice finalità antielusiva del progetto*, op. cit., pag. 874-875; U. MUEHLBERGER, S. BERTOLINI, *The organizational governance of work relationships between employment and self-employment*, in *Socio-Economic Review*, Vol. 6, 2008, n. 3, pag. 449 e segg.; A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 221 e segg., pag. 226-227; O. RAZZOLINI, *Brevi note sull'interpretazione dell'art. 69*, op. cit.

[67] Sul punto sia consentito il rinvio a V. DE STEFANO, *Smuggling-in flexibility: temporary work contracts and the "implicit threat" mechanism. Reflections on a new European path*, WD ILO, 4/2009, disponibile su http://labordoc.ilo.org

[68] Sottolineano la centralità della flessibilità funzionale così intesa, tra tutti, M.J. PIORE, C. SABEL, *Le due vie dello sviluppo industriale,* Torino, 1987. Ulteriori richiami in L. ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT* - 37/2005, anche per una critica – supportata da una vasta letteratura delle scienze manageriali – della diversa flessibilità "numerica", ossia la capacità di far variare facilmente la quantità di forza lavoro impiegata dall'impresa. Si veda sul punto anche, L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Roma-Bari, 2007.

specificare "*i requisiti specifici del bene o del servizio* richiesti dal committente, *mediante precise indicazioni* […]" e il divieto di clausole che consentano ad una delle parti "la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura (art. 6, co. 1)", sembrano riconducibili alla medesima logica di specificazione necessaria, tale da impedire la possibilità, specialmente per il committente, di variare unilateralmente la prestazione stessa.

In questo senso le tutele in esame rafforzano la distinzione tra produzione interna ed esternalizzazione[69] o se si preferisce, tra gerarchia e mercato: laddove si scelga quest'ultimo viene confermata e tutelata la necessaria consensualità della variazione della prestazione[70]. Si conferma cioè la centralità della produzione diretta e del quasi corrispondente ricorso al lavoro subordinato quali strumenti di acquisizione di flessibilità funzionale.

Il contrasto all' "incompletezza" negoziale può essere rinvenuto anche nelle discipline del contratto di lavoro a tempo determinato e del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato. In questi casi – come nel caso del contratto a progetto, necessariamente temporaneo – la stessa incompletezza è rappresentata dalla possibilità delle parti di rinnovare o prorogare il contratto, che può essere fonte di comportamenti opportunistici del committente/datore di lavoro e, nel caso del lavoro somministrato, anche dell'utilizzatore. La legge prevede allora la necessità di riportare la stipulazione di tali contratti ad un esigenza "di carattere tecnico, produttivo,

---

[69] In questo senso, M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1350.

[70] Sull'alternativa tra gerarchia e mercato devono richiamarsi le considerazioni di R.H. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, Vol. 4, 1937, n. 386; ID., *The problem of social costs*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 3., 1960 e di O.E. WILLIAMSON, *The economics of organizations: The transaction cost approach*, in *American Journal of Sociology*, No. 87 (November), 1981, pag. 548 e segg.; ID., *The modern corporation: Origins, evolutions, attributes*, in *Journal of Economic Literature*, No. 19 (December), 1981, pag. 1537 e segg.; ID., *The economic institutions of capitalism*, New York, 1985 da tempo note nel dibattito giuslavoristico italiano grazie ai richiami ad esse svolti da P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 379 e segg.; ID., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di* labour law and economics, Milano 2004, pag. 6 e segg. In particolare, Williamson descrive l'alternativa tra produzione diretta ed esternalizzata come un *trade off* tra i costi di transazione necessari a procurarsi sul mercato i diversi apporti produttivi necessari all'impresa ed a procurarsi il consenso della controparte necessario a rinegoziare i contenuti di un regolamento contrattuale per far fronte ad eventuali mutamenti necessari alla propria organizzazione produttiva ed i costi di organizzazione necessari a gestire internamente la produzione, eliminando la necessità di procurarsi tale consenso tramite l'utilizzo di contratti di tipo "gerarchico", di cui il contratto di lavoro rappresenta l'ipotesi più tipica. Come ha recentemente messo in luce M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo, in "La nascita del diritto del lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003, pag. 349 e segg., spec. pag. 356 e segg. la caratteristica fondamentale del contratto di lavoro subordinato di mettere il datore di lavoro nella condizione di conformare ed eventualmente variare la prestazione del lavoratore senza la necessità del relativo consenso era stata evidenziata, anni prima di Coase, da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, II. ed., 1915, pag 698 e segg. e ribadita in una diversa chiave di lettura da M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit. La dottrina più avvertita ha messo in luce che, attraverso i contratti relazionali si possa pervenire ad "un modello di organizzazione ibrido, a metà strada tra mercato e gerarchia" che permette la realizzazione di sistemi di "contractual integration", cioè di "modelli di organizzazione che consentono di sostituire ad un sistema di produzione basato sull'integrazione verticale una rete di rapporti contrattuali tra imprese distinte" (così, L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit., spec. pag. 102-106.). Vedi anche M.L. RUIZ, *Mercato o contratto?*, 2001, disponibile su http://www.1.unipv.it/websiep/wp/058.pdf

organizzativo o sostitutivo". Identificando specificatamente e per iscritto nel contratto tale esigenza[71], il datore di lavoro e l'utilizzatore funzionalizzano[72] il proprio *ius variandi* limitandolo fortemente: la conformazione delle prestazione sarà possibile solo se coerente con le esigenze giustificatrici specificate contrattualmente, pena la violazione della legge e la costituzione di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con il lavoratore[73]. Ed inoltre, l'imposizione del divieto di inferiorità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato e somministrati non rende certo il ricorso a tali figure più economico, dal punto di vista del costo diretto del lavoro, di quello al lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Le discipline che regolano i citati contratti di lavoro, autonomi o subordinati, con un termine finale pongono pertanto un forte limite alla flessibilità del rapporto di lavoro. Si tratta però di discipline di tutela il cui grado di effettività è messo fortemente a rischio soprattutto nell'immediato svolgersi della fase esecutiva del contratto. L'utilizzo spesso improprio di questi rapporti di lavoro può comportare che i lavoratori siano restii a far valere i propri diritti, e quindi anche quello al compimento della prestazione specificata nel progetto o delle mansioni coerenti con le causali giustificatrici indicate in contratto, per timore che il committente/datore di lavoro non rinnovi o proroghi il contratto alla scadenza del termine: situazione aggravata nel nostro ordinamento dalle notorie carenze del sistema di ammortizzatori sociali.

Un utilizzo opportunistico di questi contratti potrebbe mettere in condizione di usufruire di flessibilità "extragiuridica", perché al di fuori delle ipotesi predisposte per garantire la flessibilità – soprattutto funzionale – delle organizzazioni produttive.

La facoltà di convenire un diritto di recesso *ad nutum* nel contratto a progetto e la possibilità di reiterati rinnovi e proroghe di questo contratto e dei contratti di lavoro a tempo determinato e di somministrazione a tempo determinato (la cui temporaneità si accompagna nella stragrande maggioranza dei casi alla temporaneità del contratto di lavoro subordinato tra lavoratore ed agenzia di somministrazione) aprono la porta a fenomeni di abuso tali da poter vanificare le tutele legali apprestate dall'ordinamento nei confronti dei lavoratori essendo la durata complessiva

---

[71] Sulla necessaria specificità della esigenza giustificatrice del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, *ex plurimis*, App. Potenza, 20 gennaio 2008, Il *Merito*, 2008, 10, pag. 32; Trib. Milano, 9 ottobre 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, pag. 851; in relazione alla somministrazione di lavoro, Trib. Milano 29 gennaio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, II, pag. 23; Trib. Milano, 4 luglio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 4, pag. 1089; Trib. Milano, 10 Aprile 2007, in *Dir. Prat. Lav.*, 34, 2007, 2091; Trib. Milano, 9 Dicembre 2006, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 1, pag. 126 (s.m.).

[72] Di "instaurazione di un vincolo teleologico fra interesse dell'imprenditore e obbligazione lavorativa" parla S. LIEBMAN, P*restazione di attività produttiva e protezione del contraente debole*, op. cit., pag. 18. Ma vedi già A. MORONE, *Flessibilità organizzativa e autonomia contrattuale*, Milano, s.d. (ma 2008). Cfr. anche S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. N. 368 del 2001*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 115, 2007, pag. 455, qui pag. 461.

[73] Con riferimento alla somministrazione di lavoro, Trib. Ascoli Piceno, 24 giugno 2008, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè, ha statuito che "la diversità delle mansioni svolte rispetto a quelle previste dal contratto di somministrazione integra l'ipotesi di somministrazione di lavoro... al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli art. 20 e 21, comma 1, lett. c), e a norma dell'art. 27 d.lg. n. 276/2003 legittima la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato - stante la nullità con il contratto stipulato, del termine ivi apposto - con l'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione"; per il contratto di lavoro a tempo determinato si veda T. Milano, 10 giugno 2008, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, pag. 1203, secondo la quale: "consentire che il lavoratore assunto a termine venga utilizzato per ragioni diverse da quelle indicate nella lettera di assunzione significherebbe vanificare il contenuto dell'art. 1 d.lg. 6 settembre 2001 n. 368".

della relazione contrattuale sostanzialmente rimessa, alla prova dei fatti, all'arbitrio della controparte[74].

Dal punto di vista dell'effettività, maggiore attenzione sembra esser stata prestata dal legislatore nei casi di contratti "asimmetrici" tra imprese: in particolare tramite il divieto di abuso di dipendenza economica (art. 9, l.192/1998)[75], specie nelle forme tipiche del "rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, [della] *imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose* o discriminatorie, [della] *interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*". Quest'ultima ipotesi non sembra poter esser limitata al solo recesso[76], ma alla luce di quanto osservato sinora, potrebbe essere intesa quale divieto di qualunque interruzione dei rapporti commerciali, anche nella forma del mancato rinnovo o proroga di rapporti contrattuali a tempo determinato, specie nel caso in cui la controparte abbia affrontato rilevanti investimenti specifici[77]. L'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, potrebbe inoltre essere ravvisata nell'imposizione di mutamenti delle caratteristiche tecniche dei prodotti e servizi specificate in contratto ai sensi dell'art. 2, comma 5, al fine di evitare una sostanziale elusione del divieto di variazione unilaterale di cui all'art. 6, comma 1 della legge.

Soprattutto in caso di lavoro a progetto e di somministrazione di lavoro a tempo determinato, non soggette per il momento a discipline legislative volte ad evitare la abusiva reiterazione di tali rapporti, i rischi derivanti da tale abusiva reiterazione sono molto significativi[78]. Né è pensabile un'applicazione analogica dell'art. 9, l. 192/1998 in tali casi: lavoratori a progetto e lavoratori somministrati ne sono esclusi, perché a prescindere da quale posizione si assuma nel dibattito sul controverso ambito applicativo dell'art. 9[79], la lettera della norma è chiara nel senso che lo stesso

---

[74] Ci si permette nuovamente il rinvio a V. DE STEFANO, *Smuggling-in flexibility: temporary work contracts and the "implicit threat" mechanism.*, op. cit., spec. pag. 14 e segg.

[75] Per la bibliografia su tale tema si veda, da ultimo, G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti di impresa*, in *Contratto e impresa*, 2008, pag. 1331 e segg.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, in corso di pubblicazione in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Torino. Cfr. anche F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, spec. pag. 267 e segg.; A.P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, op. cit., spec. pag. 196 e segg.

[76] In questo senso, F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 287 e segg.

[77] Emblematico è in questo senso l'art. 3 della legge 129 del 2004 che proprio a tutela dell'affiliato nel contratto di franchising, stabilisce che: "qualora il contratto sia a tempo indeterminato l'affiliante dovrà comunque garantire una durata minima sufficiente all' ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni". Limiti al recesso dal contratto a tempo indeterminato e obblighi di preavviso in caso di mancato rinnovo del contratto a tempo determinato sono previsti anche dal Regolamento CE n. 1400/2002 (e dal precedente regolamento CE n. 1475/1995), in tema di distribuzione automobilistica integrata.

[78] Come è noto, gli art. 4 e 5 del d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368, impongono limiti al rinnovo ed alla proroga dei contratti di lavoro a tempo determinato, in attuazione dell'obbligo disposto dalla Direttiva 1999/70/CE di predisporre misure di "prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato": deve però osservarsi che il limite complessivo di 36 mesi introdotto dall'art. 5, co. 4-bis, del citato decreto legislativo non sembra idoneo a prevenire i possibili abusi descritti nel testo. L'art. 22, d. lgs. 276/2003, esclude che la disciplina in tema di limiti al rinnovo dei contratti a termine si applichi al contratto di somministrazione: sul punto, però, si segnala che la recente Direttiva 104/2008/CE in tema di "contratto di lavoro tramite agenzia" prevede l'obbligo degli Stati Membri di prevedere misure atte a "*prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni*" della Direttiva stessa.

[79] La giurisprudenza è infatti divisa sulla possibilità di applicare l'art. 9 anche a rapporti tra imprese non soggetti alla disciplina sulla subfornitura: in senso positivo, da ultimo Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), cit., T. Trieste, 20 settembre 2006 (ord.), in *Giur. It.*, 2007, luglio, pag. 1737; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, *Giur. Merito*, 2006, 10, pag. 2149 e segg.; Trib. Bari, 22 ottobre 2004 (ord.), in *Danno e responsabilità*, 7, 2005, pag. 750; Trib. Catania, 5 gennaio 2004 (ord.), in *Foro It.*, 2004, I, col. 262; *contra* Trib. Taranto, *ibidem*; Trib. Bari, *ivi*, 2002, I, col. 3208; asserisce l'applicabilità della disciplina sull'abuso di dipendenza economica ai soli contratti che realizzano

si applichi solo ai rapporti tra imprese. Quanto alla possibile applicazione a favore del somministratore di lavoro, sembra impensabile che un'agenzia di somministrazione sia economicamente dipendente di un proprio cliente utilizzatore.

5. Autonomia del subfornitore – da verificarsi anche già in sede di predisposizione del regolamento contrattuale – e disciplina giuslavoristica del decentramento produttivo.

Per concludere queste considerazioni ritornando ad occuparci del tema dal quale si era partiti, e cioè i rapporti tra disciplina della subfornitura e divieto di interposizione, è necessario affrontare, da ultimo, alcune ulteriori questioni interpretative relative all'ineliminabile autonomia organizzativa del subfornitore.

In particolare ci si deve riferire a quell'orientamento interpretativo che ravvisa l'autonomia organizzativa solo qualora sussista "una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un *risultato produttivo autonomo*" rispetto a quello dell'impresa committente[80].

Perché possa escludersi un'interposizione illecita è necessario quindi che tra l'organizzazione del committente ed i lavoratori dell'appaltatore sussista un effettivo "diaframma" rappresentato dall'organizzazione produttiva di quest'ultimo, anche nelle forme "dematerializzate" di cui all'art. 29, d. lgs. 276/2003. Non basterà tuttavia che l'appaltatore sia staticamente dotato di un complesso di beni e rapporti organizzati, sarà invece indispensabile che questi – e quindi, alla luce di quanto osservato sopra, il subfornitore in generale – gestisca dinamicamente la propria organizzazione al fine di conseguire un risultato produttivo autonomo rispetto a quello dell'impresa committente.

È quindi da verificare cosa debba intendersi per autonomia del risultato produttivo; a tal fine pare utile fare riferimento ad un altro istituto fondamentale per l'analisi dei fenomeni di decentramento produttivo: il trasferimento di ramo d'azienda.

Perché esista l'autonomia funzionale del ramo d'azienda è infatti necessario, si è affermato in giurisprudenza, che lo stesso si configuri come "un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e *capaci di tradursi in beni o servizi determinati*"[81].

---

un'integrazione verticale tra differenti imprese, Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, col. 2326. L'orientamento dottrinale maggioritario è per l'estensione dell'applicazione dell'art. 9: si vedano i richiami in R. MASSARI, *op. cit.*

[80] In particolare si afferma che: "il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro […] opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore/datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo". Cfr., da ultimo, Cass. 17 febbraio 2010, n. 3681 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass. 9 marzo 2009, n. 5648, in *Dir. Rel Ind.*, 2009, pag. 735; Trib. Pisa, 10 luglio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 1 e segg., qui pag. 6-7; Trib. Pisa, 20 luglio 2009, cit., qui pag. 12-13; Cass. 19 luglio 2007, n. 16016 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè.

[81] Cass. 8 giugno 2009, n. 13171, in *Il civilista*, 2010, 1, pag. 81. Accentuano la rilevanza dell'elemento organizzativo nella configurazione del ramo d'azienda, da ultime, Cass., 9 ottobre 2009, n. 21481 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass., 1 febbraio 2008, n. 2489 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 149; Cass. 8 agosto 2007, n. 17434, *ivi*, 2007, 7-8

Sembra allora potersi condividere quell'opinione dottrinale che ravvisa un legame tra la disciplina giuslavoristica degli appalti e il trasferimento di ramo d'azienda[82], né sembra improprio il congiunto esame delle due fattispecie ai fini dell'analisi dell'istituto della subfornitura posto che frequente è l'ipotesi che il trasferimento di ramo d'azienda funga da preludio alla stipulazione di un successivo contratto di subfornitura tra cedente e cessionario; in particolare, l'elemento comune tra le due discipline ora citate sembra essere la necessaria sussistenza di un'organizzazione di beni e rapporti giuridici finalizzata alla realizzazione di un risultato produttivo autonomo, da quello dell'impresa committente nel caso dell'appalto, e da quello dell'azienda cessionaria nell'ipotesi di cui all'art. 2112, comma 5, cod. civ.

Lo stesso autore appena citato afferma che l'autonomia funzionale del ramo d'azienda "può essere ravvisata nella capacità di tale [ramo] di produrre in modo *autosufficiente* un risultato che viene utilizzato all'interno dell'azienda per la realizzazione del prodotto o servizio finale, *ma che all'esterno, cioè nel mercato, è anche suscettibile di valutazione economica considerato in sé stesso*"[83].

Risulta pertanto delicatissimo il problema di configurare questa autonomia *sul mercato* nel caso della subfornitura, dove i prodotti o servizi realizzati dal subfornitore sono "destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso", specialmente se si richiama nuovamente quell'opinione espressa da alcuni commentatori della legge 192/1998 secondo la quale l'attività dell'impresa subfornitrice sia da considerarsi "*sprovvista di individualità (o se si preferisce, di uno sbocco sul mercato)*"[84].

Sembra quindi necessario fornire un'interpretazione che concili i principi relativi all'interposizione di manodopera con la disciplina di cui alla legge n. 192/1998. Ad avviso di chi scrive non potrà farsi riferimento al criterio della frode alla legge[85]: non potranno cioè considerarsi fattispecie interpositorie illecite esclusivamente quelle nelle quali il contratto di subfornitura sia volto ad eludere la normativa a tutela dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione del contratto[86].

Ciò innanzitutto perché sarebbe difficile definire l'elusione in un contesto normativo che non prevede più il diritto dei lavoratori coinvolti nei fenomeni di decentramento "ad alta integrazione" alla non inferiorità di trattamento rispetto ai dipendenti dell'impresa committente. In secondo

---

[82] A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, volume tematico di *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. Quad. Dir. Lav*, 2004, 2, pag. 87 e segg.

[83] *Ibidem*, pag 98.

[84] È la già richiamata notazione di R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pag. 727; sottolinea più volte l'assenza di accesso diretto al mercato del subfornitore, R. MASSARI, *op. cit.*, spec. pag., 1272, 1274 e 1283. La questione si fa solo più delicata quando ci si trovi di fronte a situazioni nelle quali il subfornitore agisca in una situazione di monocommittenza, posto che secondo la giurisprudenza non conta – per escludere l'illiceità dell'appalto – che l'appaltatore sia meramente titolare di una più vasta organizzazione imprenditoriale, tale da consentirgli di stipulare contemporaneamente contratti d'appalto con una pluralità di committenti: ciò che rileva è invece che il singolo contratto di appalto sia volto all'effettiva produzione da parte dell'appaltatore, di un risultato produttivo autonomo da quello dell'impresa committente; cfr. Cass. 15 febbraio 2008, n. 3861 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass. 18 agosto 2004, n. 16146 in *Foro It.*, 2004, I, col. 2994 e segg; Cass. 12 marzo 1996, n. 2014, in *Dir. Prat. Lav.*, 1996, 34, pag. 2460 e segg.

[85] In questo senso, F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 62.

[86] Dottrina e giurisprudenza assolutamente maggioritarie da tempo escludono la rilevanza dell'elemento fraudolento perché si realizzi una interposizione illecita: si veda la bibliografia citata in P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, pag. 415 e segg.

luogo perché il legislatore ha definito e disciplinato separatamente i fenomeni di somministrazione di lavoro fraudolenta dai fenomeni di somministrazione irregolare, configurando quest'ultima come illecita anche in assenza di uno specifico intento di frode.

Una possibile proposta interpretativa potrebbe essere allora quella di verificare l'autonomia del subfornitore non solo nella fase di esecuzione del contratto, ma anche nel momento genetico dello stesso. La stessa legge 192/1998 ha particolare cura di tale momento genetico, prevedendo in proposito una nutrita serie di norme imperative e di clausole nulle.

Il sostanziale rispetto di tali disposizioni normative dovrebbe aver rilievo anche con riguardo alla valutazione della liceità del contratto di subfornitura ai sensi della disciplina relativa all'interposizione di manodopera.

In particolare dovrà valorizzarsi la adeguata specificazione contrattuale dei beni o servizi da produrre che, insieme al divieto di variazione unilaterale delle caratteristiche degli stessi, sembra indispensabile affinché attraverso la fornitura non si realizzino operazioni economiche pericolosamente simili ai vecchi contratti di *Meisterverkvertrag* o di cottimo collettivo[87]. Dovrà quindi essere possibile, già in sede di predisposizione del regolamento contrattuale, l'individuazione di uno specifico risultato produttivo autonomo rispetto a quello dell'impresa del committente, pur se destinato all'integrazione nell'attività economica della stessa o in un bene più articolato.

Andrà poi verificata la presenza di un quantomeno potenziale "sbocco sul mercato": dovrà in questo senso considerarsi "la possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti", di cui all'art. 9 della legge, in caso di interruzione del contratto di subfornitura.

A tal fine, laddove siano stati effettuati investimenti specifici da parte del subfornitore, che rendano particolarmente elevati i costi di riconversione, assumerà particolare rilievo la disposizione di cui all'articolo 6 comma secondo, che impone nei contratti ad esecuzione continuata e periodica, il necessario rispetto di un congruo preavviso.

Laddove tali disposizioni a tutela del subfornitore siano violate, sia nella fase genetica che nella fase esecutiva del contratto, particolarmente meticolosa dovrà essere l'analisi circa la sussistenza di una residua autonomia organizzativa dello stesso, tale da escludere il verificarsi di fenomeni interpositori.

Ci si rende conto che una simile interpretazione è semplicemente volta ad evitare tali fenomeni e non scongiura certo tutti i rischi di possibile pregiudizio per i dipendenti dell'impresa subfornitrice derivanti dalla subalternità di questa all'impresa committente[88]. Per affrontare tali rischi, sarebbe forse da ripensare l'eliminazione del divieto di inferiorità di trattamento previsto dall'abrogata l. 1369/1960, ripristinando lo stesso – ovviamente in sede legislativa, essendo impossibile raggiungere tale risultato in via interpretativa – nei fenomeni di decentramento integrato, di cui la subfornitura costituisce un'ipotesi fondamentale.

---

[87] Si veda sul punto, G. GIUGNI, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, op. cit.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 19 e segg.

[88] Per una compiuta riflessione sul punto, anche in termini di tecniche di tutela, cfr. L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit.

La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*

Anna Alaimo

1. La riforma del sistema di contrattazione collettiva: la contrattazione collettiva "ridimensionata" 26

2. L'apparente convergenza: le norme sugli assetti contrattuali: dall'Intesa del 30.4.2009 al decreto n. 150 del 2009 30

3. Le divergenze: la contrattazione collettiva "finalizzata"… 32

3.1 (segue) …. e "controllata": A) la contrattazione di comparto 33

3.2. (segue) B) la contrattazione integrativa: (1) quantificazione dei "fondi di amministrazione"… 33

3.3. (segue) (2) …ed obblighi di informazione, trasparenza e pubblicità: la sentenza della Corte cost. 24.2.2010, n. 57 36

3.4 (segue) Il controllo dei contenuti: contrattazione integrativa e merito 39

4. La contrattazione collettiva "anticipata": l'esercizio di poteri di decisione unilaterale in funzione di tutela del trattamento retributivo dei dipendenti pubblici 41

5. Contrattazione collettiva e nullità 43

6. Termine di adeguamento e cessazione di efficacia dei contratti integrativi: il "congelamento" della riforma ad opera della "manovra finanziaria" del maggio 2010 (d.l. n. 78/10) 45

7. Conclusioni: la contrattazione collettiva "sfiduciata" e il difficile superamento della sua "crisi di credibilità" 47

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 107/2010

1. La riforma del sistema di contrattazione collettiva: la contrattazione collettiva "ridimensionata"

Qualsiasi sia la valutazione complessiva della riforma introdotta dalla l. n. 15 e dal d. lgs. n. 150 del 2009[89], un dato di fatto appare innegabile: il ridimensionamento degli spazi assegnati alla contrattazione collettiva costituisce uno degli effetti più vistosi della riforma[90].

Conclusa la fase della introduzione di vincoli alla contrattazione di livello decentrato – sviluppatasi sino alla metà del 2008 (e cioè sino alla caduta del Governo Prodi) con diversi interventi legislativi, asistematici ma accomunati da generali finalità di contenimento della finanza pubblica e per lo più legati alle annuali manovre finanziarie[91] - la cd. "riforma Brunetta" prosegue sulla strada del contenimento della contrattazione collettiva[92].

In quest'occasione, il legislatore non limita, tuttavia, l'operazione di contenimento al livello decentrato di contrattazione, né al profilo economico/finanziario della negoziazione, estendendola almeno ad altri tre significatici ambiti: (a) *i generali poteri regolativi della contrattazione*, in rapporto tanto con la fonte legale, quanto con i poteri della dirigenza; (b) i *fini* della contrattazione collettiva (c) e, in connessione a questi ultimi, i *parametri di attribuzione* dei trattamenti economici accessori da parte dei contratti integrativi.

Con riferimento al primo aspetto (*sub* a) – che non costituirà, tuttavia, oggetto di specifica analisi da parte di questo contributo[93] e che verrà soltanto richiamato al fine di avvalorarne l'idea di

---

89 Sulla "riforma Brunetta", si vedano sin d'ora, oltre agli svariati lavori cit. *infra*, CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 101/2010; VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, *Mass. giur. lav.*, 2010, 132; FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, *Giorn dir. lav. rel. ind.* 2009, 239; RUSSO, *Le prossime regole del lavoro pubblico*, *Dir. lav. merc.*, 2009, 349; TIRABOSCHI M., VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150,* Giuffrè, 2010; ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2009 ed i diversi contributi raccolti nella rivista "*Le istituzioni del federalismo*", 2009, n. 5-6. Sul complessivo ridisegno della *governance* nelle pubbliche amministrazioni, sia pure dalla prospettiva delle innovazioni riguardanti le figure dirigenziali, v. pure CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*IT* – 104/2010.

90 Sui profili della riforma riguardanti, specificamente, la contrattazione collettiva v. PISANI, *La vera novità sistematica della riforma "Brunetta": il ridimensionamento dell'autonomia collettiva*, *Mass. giur. lav.*, 2010, 142; TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, *Giorn dir. amm.,* 2010, 1, 13; DELFINO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: soggetti e procedimenti*, *Le istituzioni del federalismo,* 2009, 707; NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, *ibidem*, 685*;* NATULLO, SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 61; VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, *ibidem*, 41; RUSSO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, *ibidem*, 209; ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico, ibidem*, 15; SOLOPERTO, *La riforma della contrattazione collettiva*, in TIRABOSCHI M., VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, cit., 97; *Id*., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa (artt. 36 e 53-56)*, *ibidem*, 365; *Id*., *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, 307. Sui prodromi della riforma del sistema di contrattazione e sulla legge delega, CARINCI F., *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; pure in *Lav. pubbl. amm*., 2009, 949; ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 87/2009.

91 Secondo la suddivisione in cinque fasi del processo di riforma del lavoro pubblico, suggerita da CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., 38 e ss., sarebbe questa la quarta fase di riforma del pubblico impiego.

92 Sulle anticipazioni della riforma contenute nel d.l. n. 112/08 (conv. in l. n. 133/08) v. ancora CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego*, cit.

93 Su tale specifico tema v., fra i commenti cit. alla nota 2, sp. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale,* cit.; ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico,* cit.

fondo – basterà ricordare che l'art. 54 del d. lgs. n. 150 del 2009 (nella parte in cui riscrive l'art. 40, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001) ridefinisce l'area di competenza della contrattazione collettiva a tutto vantaggio di una espansione dell'ambito di regolazione riservato tanto alla fonte legale (rilegificazione) quanto ai poteri dirigenziali.

Se «la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro» e continua a rimanere esclusa in relazione alle "sette materie" previste dall'art. 1, comma 2, lett. c), d. lgs. n. 165/01, materie come le «sanzioni disciplinari», la «valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio», la «mobilità» e le «progressioni economiche» vengono ampiamente rilegificate, prevedendosi che in questi ambiti la contrattazione collettiva possa svolgersi «negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (nuovo art. 40, comma 1, d. lgs. n. 165/01). Viene, inoltre espressamente esclusa la negoziabilità delle materie oggetto di partecipazione sindacale.

In rapporto ai poteri dirigenziali, si procede, poi, ad una vera e propria «sterilizzazione contrattuale» nell'ambito della organizzazione del lavoro[94], vietando la negoziabilità dei poteri gestionali del dirigente/*manager* in materia di micro-organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro (cioè dei poteri di "organizzazione degli uffici" e di "organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici"); un'area – quest'ultima – nella quale la contrattazione collettiva si era di fatta espansa, con conseguente invasione di poteri dirigenziali[95].

Ma, come già anticipato, non è di questi due aspetti (il ridimensionamento dei poteri regolativi del contratto collettivo in rapporto alla fonte legale e ai poteri dirigenziali) che ci si occuperà in questa sede.

A partire dalla dichiarata convergenza di disciplina fra lavoro pubblico e lavoro privato (§ 2), si cercherà invece di evidenziare - alla luce del quadro d'insieme e della filosofia di fondo della riforma (l' «ideologia della meritocrazia, delle performance e della valutazione» [96]) – come le nuove regole in materia di contrattazione accentuino piuttosto le *divergenze* di disciplina fra i due settori, rendendo ora più che in passato la contrattazione collettiva pubblica «finalizzata» dalla fonte legale [97] e «controllata», sotto il profilo contenutistico, procedurale e finanziario.

La stessa «sterilizzazione contrattuale» in materia di organizzazione del lavoro attua, come è stato scritto, una forte «divaricazione fra regolamentazione del lavoro pubblico e del lavoro privato, ove non vi sono limiti formali alla negoziabilità dell'organizzazione del lavoro, andando così in

---

[94] CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione,* cit., 95.

[95] Sulla questione della negoziabilità dei poteri dirigenziali, nel periodo pre-riforma, v., per tutti, BELLAVISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, *Riv. giur. lav*., 2007, I, 334 e ss. L'obiettivo della "riforma Brunetta" di rendere la figura dirigenziale «più autonoma e più resistente alle incursioni delle parti sindacali», è sottolineato da NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, di prossima pubblicazione tra i *Working Papers* di *Labourweb*, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm

[96] Sull'ideologia della riforma ampiamente RUSSO, *Le prossime regole*, cit.

[97] Come vedremo, esistono diverse disposizioni "finalistiche", che, cioè, assegnano precisi fini alla contrattazione collettiva. Non va dimenticato, del resto, che la riforma matura in un clima – caratteristico della XVI legislatura – in cui si cerca di rispondere ai problemi di stabilità economica con le politiche di flessibilità del lavoro e, per l'appunto, di ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva anche nel settore privato, coerentemente a linee di riforma già avviate nel corso della XIV legislatura (RUSSO, *Le prossime regole*, cit.).

direzione opposta rispetto a quella linea di convergenza segnata fin dall'origine dalla riforma» del lavoro pubblico[98].

Le disposizioni della l. n. 30 e del d. lgs. n. 150 del 2009 sulla contrattazione collettiva finiscono, così, per svelare ispirazioni contraddittorie della riforma.

Da una parte, viene esplicitata – sia nella legge delega, sia nella Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto delegato - la volontà di far convergere le discipline del lavoro pubblico e del lavoro privato.

Con riferimento al sistema di relazioni sindacali e agli assetti contrattuali tale convergenza era tra i criteri di delega previsti dall'art. 2 della l. n. 15/2009[99]. Ed è in attuazione di tale criterio che il d. lgs. n. 150/2009 recepisce l'Intesa Governo-sindacati del 30.4.2009 con la quale, come è noto, è stata estesa al pubblico impiego la riforma del sistema di contrattazione collettiva varata, con l'Accordo del 22 gennaio 2009, per il settore privato[100].

Con riguardo specifico alla contrattazione integrativa, si dichiara poi **-** nella Relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. 150/09 - che la valutazione delle *performance* individuali e collettive – perno di tutta la riforma - è impiegata come strumento sostitutivo della concorrenza di mercato (ed in qualche modo come "equivalente del mercato") in un settore, qual è quello pubblico, in cui non esiste una vera concorrenza[101]. Si assume, così, che l'utilizzo dell'approccio del cd. *New Public Management* debba accentuare il processo di "aziendalizzazione" delle pubbliche amministrazioni [102].

Vengono, così, dichiarati – ora nel testo di legge ora nella Relazione di accompagnamento al decreto delegato – fini che sembrano porre la riforma Brunetta in linea di continuità con la I e la II fase di riforma del lavoro pubblico (1992-1993 e 1997-98) e che apparentemente confermano l'idea che il lavoro pubblico debba basarsi sugli stessi di meccanismi di regolazione dei rapporti di lavoro privato nonché su logiche di gestione mutuate dall'impresa.

---

98 CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione,* cit., 72; la mancata pre-definizione dello "spazio negoziale" nel settore privato, è evidenziata anche da NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva*, cit., 686-687, che sottolinea come il quel settore «lo steccato di fronte al quale, in special modo a livello decentrato, si arresta la contrattazione, è di volta in volta innalzato dal datore di lavoro» e non dalla legge.

99 La norma faceva, in particolare, riferimento alla «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, *con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali*» [c.vo nostro; art. 2, comma 1, lett. a), l. n. 15/2009]. Sul contrasto fra tale ultimo criterio di delega e quello relativo alla modifica della «disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico al fine di conseguire una migliore organizzazione del lavoro e di assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva (art. 3, comma 1, l. n. 15/09), ancora NATULLO, *Privatizzazione e contrattualizzazione,* cit., 686.

100 Sul quale v., per tutti, CARINCI F., *Una dichiarazione di intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 86/2009.

101 ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge*, cit., 34.

102 Di una «filosofia efficientista di stampo aziendale», ispiratrice di tutta la riforma, parla FERRARO, *Prove generali*, cit., 239. La difficoltà di assimilare il contesto organizzativo delle amministrazioni pubbliche a quello delle imprese del settore privato, se non altro perché nelle prime il «criterio regolatore intrinseco non è dato dal mercato e dal profitto, bensì dall'interesse della collettività», è ribadita, da ultimo, da RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, *Dir. pubbl*., 2008, sp. 62, ma *passim*.

D'altra parte si costruisce, però, un normativa che rivela una «inequivocabile inversione di rotta» rispetto al passato[103].

Una inversione di rotta che né l'estensione del modello di contrattazione collettiva varato, con l'Accordo del 22 gennaio 2009, per il settore privato, né il cd. approccio del *New Public Management*, al quale la riforma Brunetta di fatto si ispira - imperniandosi in larga misura sull'idea che i meccanismi utili nel settore privato per realizzare obiettivi di efficienza ed efficacia possano essere replicati nelle pubbliche amministrazioni [104] -, riescono a contrastare.

A farne le spese è soprattutto la contrattazione integrativa, che viene completamente circondata da vincoli e paletti, nell'idea che essa sia più un «irrefrenabile centro di spese»[105] per le amministrazioni, che una risorsa organizzativa capace di fornire soluzioni in merito alla organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro e, soprattutto, ai trattamenti economici accessori, adeguate alle singole realtà amministrative. A scapito di questo strumento la legge assorbe ora margini di negoziazione, «con effetti depressivi sulla flessibilità organizzativa delle pubbliche amministrazioni», per il conseguimento dei quali proprio la contrattazione decentrata avrebbe potuto rivelarsi una risorsa essenziale[106].

Anche rispetto al livello decentrato di contrattazione i due sistemi – pubblico e privato – sembrano, dunque, divergere poiché è vero che «nel settore privato l'obiettivo preminente è quello di ridare fiato alla contrattazione aziendale recuperando ampi margini di flessibilità, mentre nel settore pubblico il problema centrale sembra quello di controllare la contrattazione decentrata, contenendone i costi e orientandola al perseguimento di finalità autenticamente produttivistiche»[107].

In una *dichiarata linea di continuità* con il disegno di privatizzazione/contrattualizzazione delle precedenti stagioni di riforma, la l. delega n. 15/09 e il d. lgs. n. 150/09 finiscono – e in questo senso di può parlare di ispirazioni contraddittorie della riforma – per riportare sotto l'egida della legge e dei poteri dirigenziali ampia parte della regolazione del lavoro pubblico. Viene così, di fatto, sconfessato uno dei principali fondamenti teorici dell'edificio della privatizzazione/contrat-

---

[103] ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge*, cit., 10. Meno drastici, nella valutazione della riforma del 2009, CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione,* cit., per i quali la "riforma Brunetta" «sembra, in realtà, non avere alterato, nella sua struttura *formale* portante, l'assetto preesistente del lavoro pubblico, bensì, piuttosto, aver mirato a 'correggerlo'». Se ben si intende, tuttavia, anche per questi AA., la linea di continuità con le precedenti fasi di riforma riguarda gli obiettivi e non tanto la strumentazione giuridica adoperata, che, invece, cambia sensibilmente, privilegiando la regolamentazione legale e i poteri dirigenziali a scapito della contrattazione (54-55).

[104] V. MERCURIO, ESPOSITO V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 231.

[105] NATULLO, SARACINI, *Vincoli e ruoli*, cit., 62.

[106] Si mutua l'espressione da D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni Arg. dir. lav.*, 1997, 72, ora in *Id*., *Opere* (a cura di Caruso, Sciarra), Giuffrè, 2000, vol. IV, 172, il quale la impiegava, però, con riferimento al rapporto fra contratto nazionale e contratto decentrato.

[107] FERRARO, *Prove generali di riforma,* cit., 243-244.

tualizzazione costruito nella I e nella II fase: l'idea che la contrattazione sindacale, anche nel settore pubblico, sia manifestazione della stessa autonomia privata collettiva che i lavoratori ed i datori di lavoro esercitano, tramite le loro associazioni, *ex* art. 39, primo comma, Cost.[108].

2. L'apparente convergenza: le norme sugli assetti contrattuali: dall'Intesa del 30.4.2009 al decreto n. 150 del 2009

Ma procediamo con ordine, cominciando dall'apparente prosecuzione del processo di convergenza delle regole riguardanti la contrattazione collettiva privata a pubblica.

Sotto il profilo sistematico, va osservato che il d. lgs. n. 150/09 ricompone – all'interno di un quadro ordinato e organico (il capo IV del titolo IV del d. lgs. n. 150/09) - principi e regole introdotti da fonti che hanno preceduto la legge delega ed il decreto delegato nel primo scorcio della XVI legislatura: il d.l. 112/08 (conv. in l. 133/08), la legge finanziaria per il 2009 (l. n. 203/08) e l'Intesa Governo-parti sociali del 30 aprile 2009.

Per molti aspetti – e ciò vale sicuramente per le regole relative al sistema di contrattazione – il d. lgs. n. 150 del 2009 (soprattutto con la riscrittura degli artt. 40 e 40 *bis* del d. lgs. n. 165/01) non introduce novità, fungendo, piuttosto, da provvedimento legislativo di ri-organizzazione di materiale normativo già esistente ma sparso, che viene, per così dire, ricondotto a sistema.

Numerose disposizioni degli artt. 54 e 55 del d. lgs. n. 150 del 2009 innestano così, nel d. lgs. 165/01 (e, segnatamente, nei nuovi artt. 40 e 40 *bis*), norme di precedente fonte legale – il d. 112/08 e la l. n. 203/08 – e contrattuale – l'Intesa applicativa del 30.4.2009.

Il recepimento dell'Intesa è di per sé significativo, poiché tanto l'Accordo di riorganizzazione degli assetti contrattuali nel settore privato (Accordo del 22.1.2009) quanto l'Intesa del 30.4.2009 non erano stati sottoscritti dalla Cgil.

Dall'Intesa di aprile il d. lgs. n. 150 del 2009 trae una serie di regole riguardanti i tempi e le procedure contrattuali, alcune delle quali vengono espressamente travasate nel decreto (la regola della riduzione dei comparti ad un massimo di quattro e quella dei tempi di vigenza della disciplina contrattuale normativa ed economica: tre anni), mentre altre sembra che rientrino nella nuova disciplina per effetto di un *rinvio integrativo* del decreto all'Intesa, contenuto nel nuovo art. 40, comma 3, del d.lgs. 165/01[109].

---

[108] Era questa l'idea di D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità*, cit., 168. Già allora non si trattava, ovviamente, di idea unanimemente condivisa; fra i principali sostenitori di un ineliminabile divario fra statuto giuridico della contrattazione collettiva privata e pubblica, tale da rendere impossibile l'inquadramento della seconda negli schemi interpretativi "classici" dell'autonomia collettiva nel settore privato, RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti,* Relazione al Congresso Aidlass "*Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*", L'Aquila 31 maggio – 1 giugno 1996, pubblicata nell'omonimo volume edito da Giuffrè, 1997, 69; per recenti riaffermazioni di questa idea, v. *Id*., *Le fonti: negoziatore pubblico e contratto collettivo di diritto privato*, *Lav. pubbl. amm*., 2009, 333; *Id*., *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione*, cit. Sul carattere determinante dell'interesse pubblico nelle relazioni contrattuali con le pubbliche amministrazioni v. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, 2008. Rispetto alla fase attuale, l'idea che l'omologazione normativa fra settore pubblico e settore privato, per quanto formalmente ribadita dal legislatore del 2009, sia, di fatto, sconfessata dalla riforma è condivisa da NATULLO, *Privatizzazione e contrattualizzazione,* cit.; cfr. anche SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, cit., 307.

[109] «La contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la struttura contrattuale, i rapporti tra i diversi livelli e la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi».

Ma vediamo meglio quali sono le regole di nuovo innesto legale, che vengono tratte dall'Intesa.

La prima e più significativa è rappresentata dalla riduzione dei comparti di contrattazione collettiva nazionale, che dovranno essere al massimo quattro, con corrispondenti quattro separate aree per la dirigenza[110]. La scelta è compiuta nel chiaro intento di rendere più omogenea la normativa contrattuale applicabile alle diverse amministrazioni e di accelerare i tempi di rinnovo dei contratti, pur essendo esposta al rischio di un'eccessiva uniformità dei trattamenti contrattuali in pubbliche amministrazioni strutturalmente e funzionalmente diverse[111].

L'intento acceleratorio ha tuttavia ricevuto un decisivo freno dalla manovra finanziaria del maggio 2010[112], che nella disposizione dedicata al "contenimento delle spese in materia di pubblico impiego" (art. 9, D.L. n. 78/10) ha disposto che «non si dà luogo, senza possibilità di recupero, alle procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012 del personale di cui all'articolo 2, comma e 2 articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni. È fatta salva l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale nelle misure previste a decorrere dall'anno 2010 in applicazione dell'articolo 2, comma 35, della legge 22 dicembre 2008, n. 203» (art. 9, comma 17, D.L. n. 78/10).

I dubbi ingenerati da un simile provvedimento – che riguardano l'immediato futuro della contrattazione di comparto ma, come si vedrà, anche quello della contrattazione integrativa – hanno verosimilmente causato il rallentamento della procedura negoziale (aperta nel mese di aprile[113]) per la conclusione dell'accordo quadro di determinazione dei nuovi comparti (relativamente al triennio 2010-12); procedura che, sino al momento in cui si scrive, risulta, infatti, sospesa.

Va, tuttavia, osservato che, benché l' art. 9, comma 17, del D.L. n. 78/10 letteralmente disponga, in modo perentorio e totale, il blocco della contrattazione («non si dà luogo, senza possibilità di recupero, alle procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012»), la *ratio* della norma – reso evidente dall'espressione «senza possibilità di recupero» e dalla disposizione che fa salva l'indennità di vacanza contrattuale (v. *infra*, § 4) - sembra, piuttosto, quello di bloccare la contrattazione per i soli profili economici.

Dovrebbe, così, rimanere ferma la possibilità di proseguire la negoziazione dell'accordo-quadro sui comparti e di concludere, sulla base di questo, la contrattazione, a livello nazionale, degli istituti normativi.

2) Alla riduzione legale dei comparti corrisponde il dimezzamento dei comitati di settore (nuovo art. 41 del d. lgs. n. 165/01). Al posto dei precedenti sei comitati se ne prevedono, ormai, tre: (1) uno per le regioni, i relativi enti ed il SSN; (2) uno per il personale degli enti locali, le camere di

---

[110] Cfr. la Dichiarazione congiunta allegata al Contratto quadro 11 luglio 2007 per l'individuazione dei comparti di contrattazione per il quadriennio 2006-2009, nella quale si leggeva già che «in considerazione dell'importanza di snellire ed accelerare il complesso delle procedure di contrattazione pubblica, le parti sottolineano l'opportunità di una riconduzione degli Enti di cui all'art. 70 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 all'interno dei comparti di contrattazione di cui all'art. 40 dello stesso decreto, e ritengono che le obiettive specificità delle amministrazioni di cui trattasi possano trovare la giusta tutela nei CCNL di comparto e, in particolare, nelle sessioni di contrattazione integrativa».

[111] Conf. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta'*, cit.

[112] D.L. 31 maggio 2010, n. 78 contenente "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*"

[113] In data 19.4.2010.

commercio ed i segretari comunali e provinciali; (3) un altro - costituito dal Presidente del Consiglio dei ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze – per tutte le altre pubbliche amministrazioni[114].

Infine, per rafforzare il ruolo dei comitati (un rafforzamento previsto dalla l. delega[115]), viene disposto, stabilizzando una prassi già in atto, che rappresentanti designati dai comitati di settore siano legittimati ad assistere l'ARAN nello svolgimento delle trattative negoziali.

Altre importanti regole riguardano la durata dei contratti nazionali - che diventa unica (triennale), tanto per la parte economica, quanto per la parte normativa – e le procedure contrattuali. In relazione a queste ultime vengono ora legalmente definiti i tempi di presentazione delle proposte sindacali (sei mesi prima della scadenza del contratto) e quelli di apertura delle trattative (tre mesi prima della scadenza del contratto), al fine di evitare la precedente prassi del superamento del biennio contrattuale di riferimento per il rinnovo. Viene, infine, stabilito un obbligo di tregua sindacale per un periodo di sette mesi dalla presentazione delle proposte.

3. Le divergenze: la contrattazione collettiva "finalizzata"…

All'ombra della dichiarata (e soltanto parzialmente realizzata) convergenza di disciplina, la riforma contiene numerosi fattori di divergenza fra l'assetto complessivo della contrattazione pubblica e di quella privata.

Fra le disposizioni più eloquenti in tal senso rientrano quelle sui *fini* della contrattazione, dal momento che l'«ideologia della meritocrazia, delle performance e della valutazione» – che ispira tutta la riforma – genera, innanzitutto, una predeterminazione legale dei fini dell'attività contrattuale nel settore pubblico.

Sia nell'Intesa di aprile che nel d. lgs. n. 150 del 2009 sono presenti, così, "clausole finalistiche", che evidenziano la destinazione della contrattazione collettiva pubblica al rilancio dei meccanismi di incentivazione della produttività e della meritocrazia, accentuando, già per questa via, il processo di legificazione dell'attività negoziale collettiva.

La destinazione funzionale della contrattazione collettiva è evidente sin dalla Premessa all'Intesa del 30 aprile 2009, ove si legge che: a) «Le parti ritengono che la contrattazione collettiva rappresenti un valore per la gestione delle risorse umane nel pubblico impiego» e che b) un «sistema di relazioni sindacali» deve perseguire «condizioni di produttività ed efficienza del pubblico impiego tali da consentire il rafforzamento del sistema produttivo, lo sviluppo dei fattori di occupabilità e il miglioramento delle retribuzioni reali di tutti i lavoratori».

Altra disposizione finalistica significativa è contenuta nel comma 3 *bis* dell'art. 40 (nuovo testo)

---

[114] Viene, tuttavia, fatto salvo il coinvolgimento delle istanze rappresentative che erano prima espressione di autonomi comitati di settore, attraverso apposite forme di interpello, ma solo nella fase precedente l'emanazione degli atti di indirizzo (TALAMO, *La riforma del sistema,* cit.). Pertanto, gli indirizzi sono emanati, per il sistema scolastico, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, sentiti i direttori delle Agenzie fiscali; la Conferenza dei rettori delle università italiane; le istanze rappresentative rispettivamente promosse dai presidenti degli enti di ricerca e degli enti pubblici non economici ed il presidente del CNEL. Specificamente, sulla riforma dei comitati di settore (oltre che dell'Aran), v. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 191; *Id*., *La nuova contrattazione collettiva*, cit.

[115] Art. 3, c.1, *lett. h),* n. 3, l. n. 15 del 2009.

del d. lgs. n. 165/01, che, con riguardo specifico alla contrattazione collettiva integrativa, stabilisce che questa «assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance».

3.1 (segue) …. e "controllata": A) la contrattazione di comparto

Vi è, inoltre, un forte controllo procedurale, contenutistico e finanziario della contrattazione, che, in qualche modo, rappresenta "l'altra faccia della medaglia" della finalizzazione.

A) La *contrattazione nazionale* è ora sottoposta al controllo *preventivo ed impeditivo* della Corte dei Conti, che è tuttavia limitato al profilo delle compatibilità economico-finanziarie: in caso di certificazione non positiva della Corte le parti non possono procedere alla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo; devono provvedere alla riapertura delle trattative e sottoscrivere una nuova ipotesi di accordo, adeguando i costi contrattuali (nuovo art. 47, comma 7, d. lgs. n. 165/01)[116]. Viene, pertanto, modificato il precedente procedimento di controllo "non impeditivo" e ripristinata una situazione simile a quella del periodo di vigenza della legge quadro sul pubblico impiego del 1983 (l. n. 83 del 1983), in virtù della quale gli accordi collettivi venivano recepiti in atti regolamentari del governo e questi ultimi venivano sottoposti, in quanto – appunto – atti del governo, al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti[117].

La Corte dei Conti diventa, almeno per i profili economici, «parte negoziale occulta», le cui certificazioni fungono da strumenti di chiusura di un «sistema evidentemente percepito non in grado di autoregolarsi in modo responsabile»[118].

A dispetto della dichiarata convergenza delle regole che governano la contrattazione privata e pubblica, viene, così, rimarcato un ulteriore elemento di differenziazione fra i due settori. La presenza di un terzo attore nella contrattazione pubblica – al quale sono ora conferiti poteri di "blocco" della contrattazione - modifica una caratteristica tipica dell'attività di contrattazione collettiva nel settore privato e del suo inquadramento teorico-privatistico: la bilateralità della negoziazione, coerente al fine del contemperamento degli interessi delle due parti contrattuali.

3.2. (segue) B) la contrattazione integrativa: (1) quantificazione dei "fondi di amministrazione"…

B) Per quanto riguarda la *contrattazione integrativa*, il d. lgs. n. 150/09 riorganizza due gruppi di disposizioni provenienti dal d.l. n. 112/08 e dalla legge finanziaria per il 2009 (l. n. 203/08): (1) il primo riguarda il controllo delle risorse finanziarie e, cioè, la consistenza dei fondi di amministrazione per il finanziamento della retribuzione accessoria; (2) il secondo attiene al sistema delle informazioni sulla contrattazione e contempla obblighi di trasparenza e di pubblicità.

(1) Rispetto alla quantificazione delle risorse, occorre innanzitutto richiamare una nuova regola: a partire dalla tornata contrattuale successiva al periodo di "blocco", le risorse per la contratta-

---

[116] È questa una delle disposizioni derivate dall'art. 67 del d.l. n. 112/08 (comma 7) i cui commi da 7 a 12, pur essendo stati abrogati dall'art. 66 del d. lgs. n. 150/09, sono stati riprodotti in maniera pressoché identica nel nuovo art. 40 *bis* del d. lgs. n. 165/01.

[117] D'AURIA, *I "nuovi" controlli della Corte dei Conti (dalla "legge Brunetta" al federalismo fiscale e oltre*), *Lav. pubbl. amm*., 2009, 489.

[118] TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, *Lav. pubbl. amm*., 2009, 526.

zione di secondo livello, nelle amministrazioni statali e negli enti pubblici nazionali, saranno distribuite in modo diseguale dai contratti nazionali in base alla graduatoria di *performance* e ai tre livelli di merito individuati dalla nuova Commissione per la valutazione e, cioè, in accordo con un principio di premialità e di riconoscimento economico dei risultati ottenuti dalle singole amministrazioni[119].

Per altri aspetti relativi alla consistenza dei fondi per i trattamenti accessori - o fondi di amministrazione (diversamente denominati nelle varie amministrazioni)[120] - si assiste ad una combinazione di vecchie e nuove regole.

Si ricorda che, a partire dalla legge finanziaria per il 2006 (l. n. 266/05), i fondi per i trattamenti accessori hanno formato oggetto di misure di contenimento, che ne hanno notevolmente ridotto la possibilità di incremento[121].

Dal momento che la l. n. 15/09 ed il successivo d. lgs. n. 150/09 non contengono riferimenti ulteriori ai limiti quantitativi dei fondi, si può ritenere che la precedente normativa legale sui "tagli" ai fondi sia rimasta in vigore anche dopo la "riforma Brunetta".

La norma del d. lgs. n. 150/09 che contiene le abrogazioni delle precedenti disposizioni in materia di contrattazione collettiva – l'art. 66, - scinde, infatti, in due parti, l'art. 67 del d.l. 112/08, l'ultima disposizione che, in ordine cronologico, ha inciso sulla quantificazione (e cristallizzazione) dei fondi per i trattamenti accessori[122]. Ne abroga i commi (da 7 a 12) che riguardano il procedimento contrattuale, il sistema delle informazioni sulla contrattazione e gli obblighi di trasparenza e di pubblicità (norme che, tuttavia, vengono riscritte, in maniera pressoché identica, nel nuovo art. 40 bis del d. lgs. 165/01), ma non quelli (da 1 a 6) che riguardano, appunto, la cristallizzazione dei fondi all'ammontare del 2004 e la loro ulteriore riduzione nella misura del 10%. Se il legislatore delegato del 2009 avesse voluto sopprimere *per intero* l'art. 67 non avrebbe operato distinzioni di commi nella norma di abrogazione.

Ciò posto, l'art. 27 del d.lgs. n. 150/09 stabilisce che resta fermo anche «quanto disposto dall'articolo 61 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e dall'articolo 2, commi 33 e 34, della legge 22 dicembre 2008, n. 203»[123].

---

[119] Come è noto, una delle funzioni della nuova Commissione per la valutazione, prevista dall'art. 13 del d.lgs. n. 150 del 2009, sarà infatti quella di fornire annualmente all'Aran una graduatoria di *performance* delle varie amministrazioni (statali e degli enti pubblici nazionali). Queste ultime saranno raggruppate in almeno tre livelli di merito ai fini della ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata (nuovo art. 40, comma 3 *quater*, d. lgs. n. 165/01).

[120] Sui quali v. il recente contributo di D'IORIO, *La costituzione dei fondi per la contrattazione integrativa dopo la legge n. 133/2008 e gli oneri di comunicazione a carico delle amministrazioni*, *Lav. pubbl. amm*., 2009, 897.

[121] Sui quali v. il recente contributo di D'Iorio, La costituzione dei fondi per la contrattazione integrativa dopo la legge n. 133/2008 e gli oneri di comunicazione a carico delle amministrazioni, *Lav. pubbl. amm*., 2009, 897.

[122] Cfr. nota 33.

[123] Secondo il comma 33 dell'art. 2 della l. 203/08, «la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e il Ministero dell'economia e delle finanze verificano periodicamente, con cadenza semestrale, il processo attuativo delle misure di riorganizzazione e di razionalizzazione delle spese di personale introdotte dal decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, allo scopo di riscontrare l'effettività della realizzazione dei relativi risparmi di spesa. Ove in sede di verifica venga riscontrato il conseguimento di economie aggiuntive rispetto a quelle già considerate ai fini del miglioramento dei saldi di finanza pubblica o comunque destinate a tale scopo in forza di una specifica prescrizione normativa, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti i limiti

Tali disposizioni avevano previsto meccanismi di neutralizzazione dei "tagli" ai fondi e di rientro di risorse per i trattamenti accessori basati sull'impiego di eventuali *risparmi di spesa*, aggiuntivi rispetto a quelli già considerati ai fini del miglioramento dei saldi di finanza pubblica (*ex* art. 61, l. 133/08). In particolare, le norme "tenute ferme" dall'art. 27 del d. lgs. n. 150/09 facevano riferimento all'impiego di «risparmi di spesa» o di «maggiori entrate» (art. 61, comma 17, l. 133/08) e di risparmi derivanti da «misure di riorganizzazione e di razionalizzazione delle spese di personale» o da «processi amministrativi di razionalizzazione e di riduzione dei costi di funzionamento dell'amministrazione», nel finanziamento della contrattazione integrativa[124].

L'art. 27, comma 1, del d. lgs. n. 150/09 sembra ora predeterminare l'*entità* e le *modalità* di impiego di tali risparmi, nella erogazione dei trattamenti economici accessori, sulla base del principio di premialità, prevedendo che una *quota fino al 30%* dei risparmi «sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni» sia destinata (a) «in misura fino a due terzi, a premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione integrativa, il personale coinvolto in tali processi» e, (b) «per la parte residua, ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa».

La formulazione del comma 1 dell'art. 27 non è, tuttavia, chiarissima e dipende, probabilmente, da un difetto di coordinamento con le precedenti norme della l. n. 133/08 e della legge finanziaria per il 2009 (l. n. 203/08).

Nel definire i risparmi da impiegare, in misura fino a due terzi, nella premiazione del personale direttamente e proficuamente coinvolto nei processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni e, per la parte residua, ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione integrativa, il comma 1 dell'art. 27 utilizza, infatti, un'espressione parzialmente diversa («risparmi sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni») da quella impiegata nei precedenti provvedimenti legislativi (l. n. 203/08 e 133/08) [125] e ciò potrebbe far pensare a risparmi diversi e ulteriori rispetto a quelli già contemplati dalla l. n. 133/08 (art. 61) e dai commi 33 e 34 dell'art. 2 della l. n. 203/08.

Appare, tuttavia, più ragionevole ritenere che si tratti dei *medesimi* risparmi, dal momento che

---

percentuali e le modalità di destinazione delle predette risorse aggiuntive al finanziamento della contrattazione integrativa delle amministrazioni indicate nel comma 5, o interessate all'applicazione del comma 2, dell'articolo 67 del citato decreto-legge n. 112 del 2008. La presente disposizione non si applica agli enti territoriali e agli enti, di competenza regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano, del Servizio sanitario nazionale» (comma 33). Secondo il successivo comma 34 «ai sensi e con le modalità di cui al comma 33, nel quadro delle generali compatibilità economico-finanziarie, può essere, altresì, devoluta al finanziamento della contrattazione integrativa delle amministrazioni ivi indicate una quota parte delle risorse eventualmente derivanti dai risparmi aggiuntivi rispetto a quelli già considerati ai fini del miglioramento dei saldi di finanza pubblica o comunque destinati a tale scopo in forza di una specifica disposizione normativa, realizzati per effetto di processi amministrativi di razionalizzazione e di riduzione dei costi di funzionamento dell'amministrazione, attivati in applicazione del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133».

[124] L'art. 61, comma 17, della l. n. 133 del 2008 veniva richiamato dal comma 32 dell'art. 2 della l. n. 203/09, che prevedeva il rientro nei fondi di risorse «derivanti da risparmi di spesa o da maggiori entrate generate da incrementi di efficienza». Sui meccanismi di rientro di risorse nei fondi previsti sia dalla l. n. 133/08, sia dalla l. n. 203/09 v. anche TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro*, cit., 531-532.

[125] Cfr. la nota 35.

l'espressione impiegata nell'art. 27, pur non essendo coincidente con quelle usate nelle precedenti disposizioni, è talmente generale da comprendere i diversi tipi di risparmi indicati nel comma 17 dell'art. 61 della l. n. 133/08 e nei commi 33 e 34 dell'art. 2 della l. n. 203/08[126].

Problema diverso è quello della sorte di tale disposizione in presenza del "blocco" della contrattazione (oltre che nazionale, come meglio si vedrà, anche integrativa).

Le disposizioni sulla *entità* e le *modalità* di impiego dei risparmi nei trattamenti accessori sono già applicabili – anche a procedimenti negoziali bloccati – o, piuttosto, si applicheranno soltanto dopo lo "sblocco" della contrattazione?

Come meglio si spiegherà, poiché è ragionevole ritenere che la norma sul termine di adeguamento dei contratti integrativi alla nuova normativa (art. 65, d. lgs. n. 150/09) sia stata implicitamente abrogata dalla "manovra finanziaria" di maggio (d.l. n. 78/2010; v. *infra*, il § 6), anche l'applicabilità delle disposizioni in esame deve ritenersi sospesa in costanza di "blocco" della contrattazione.

Come è stato chiarito, è, infatti, necessario distinguere i due concetti (e i due momenti) di *determinazione* e di *utilizzazione* del fondo: mentre il primo è un atto dell'amministrazione, il secondo è oggetto di contrattazione, anzi è il vero e proprio oggetto del contratto integrativo[127].

Pertanto, mentre devono considerarsi immediatamente applicabili le norme sulla quantificazione dei fondi (anche tramite l'impiego di risparmi), quelle sulle modalità di impiego di tali risparmi, che riguardano la gestione delle risorse finanziarie da parte della contrattazione, devono considerarsi temporaneamente sospese sino allo "sblocco" dei procedimenti negoziali.

È certamente questo, comunque, uno dei più delicati punti di intersezione fra il d. l.gs. n. 150/09 e il d.l. n. 78/2010, sul quale sarebbe stato auspicabile che il legislatore si pronunziasse in sede di conversione del decreto legge.

Va, infine, ricordato che, in linea con il nuovo sistema di valutazione della *performance* delle strutture, l'art. 27, comma 2, ha previsto che i risparmi debbano essere documentati nella Relazione annuale sulla *performance*, validati e verificati dall'Organismo indipendente di valutazione e dal Ministero dell'economia e delle finanze (dipartimento della Ragioneria generale dello Stato).

3.3. (segue) (2) …ed obblighi di informazione, trasparenza e pubblicità: la sentenza della Corte cost. 24.2.2010, n. 57

Le norme sulle informazioni relative alla contrattazione integrativa e sugli obblighi di trasparenza

---

[126] Occorre aggiungere che mentre il comma 33 dell'art. 2 della l. n. 203/08 non trovava applicazione nei confronti degli enti territoriali e agli enti, di competenza regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano, del Servizio sanitario nazionale, l'art. 27, comma 1, rientra, invece, nel novero delle disposizioni del d. lgs. n. 150 del 2009 che, ai sensi dell'art. 74, comma 2, costituiscono «principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le Regioni e gli Enti locali, anche con riferimento agli Enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza». È probabile che anche per questo aspetto (oltre che per quello relativo alla definizione dei risparmi di spesa) ci sia stato un difetto di coordinamento fra i due testi di legge; se si considera, tuttavia, il combinato disposto delle due norme testé richiamate (artt. 27, comma 1, e 74, comma 2, del d. lgs. n. 150/09), la predeterminazione dell'entità e delle modalità di impiego dei risparmi dovrebbe vincolare anche questi enti.

[127] D'IORIO, *La contrattazione integrativa*, cit., 51-52.

e di pubblicità sono tratte dal d.l. n. 112/08[128] e sono ora leggibili nel nuovo art. 40 *bis* del d. lgs. n. 165/01[129].

A corredo di ogni contratto integrativo, le pubbliche amministrazioni devono, innanzitutto, redigere una relazione tecnico-finanziaria ed una illustrativa, utilizzando gli schemi appositamente predisposti dal Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Dipartimento della funzione pubblica. Tali relazioni vengono certificate dagli organi di controllo interno (collegio dei revisori dei conti, collegio sindacale, uffici centrali di bilancio o analoghi organi previsti dai vari ordinamenti) (art. 40, comma 3-*sexies*, d. lgs. n. 165/01).

Il controllo interno, come chiarisce anche la Circolare del Dipartimento della funzione pubblica del 13.5.2010 [130], riguarda (a) i vincoli derivanti dal contratto nazionale, anche con riferimento alle materie contrattabili, che devono essere espressamente delegate dal contratto nazionale; b) quelli derivanti da norme di legge e dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001, che per espressa disposizione legislativa sono definite "imperative" e, quindi, inderogabili da tutti i livelli contrattuali; c) le disposizioni sul trattamento accessorio, in relazione alla finalizzazione "teleologica" della contrattazione integrativa a merito e produttività' (con la necessaria selettività' delle integrazioni retributive e delle progressioni orizzontali); d) la compatibilità' economico-finanziaria; e) i vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale pluriennale di ciascuna amministrazione.

a)*Per le sole* «*amministrazioni statali*, anche ad ordinamento autonomo, nonché per gli *enti pubblici non economici* e per gli *enti e* le *istituzioni di ricerca con organico superiore a duecento unità*» si prevede, inoltre, un obbligo di *trasmissione dei contratti* integrativi, corredati dalle due relazioni, al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'Economia e delle Finanze per il controllo della compatibilità economico-finanziaria. Il termine per l'accertamento è fissato in trenta giorni, decorsi i quali si forma il silenzio-assenso. Tale termine può, tuttavia, rimanere sospeso in caso di richiesta di elementi istruttori.

b) Per *tutte* le amministrazioni pubbliche (indicate nella norma di apertura del d. lgs. n. 165/01: l'art. 1, comma 2) sono previsti poi (a) l'obbligo di inviare al Ministero dell'Economia e delle Finanze[131], entro il 31 maggio di ogni anno, specifiche *informazioni* sui costi della contrattazione integrativa, certificate dagli organi di controllo interno e (b) la successiva *trasmissione di tali informazioni alla Corte dei Conti* (attraverso il Ministero Economia e finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato).

---

[128] A tali norme, contenute nell'art. 67, commi 8,9 e 10, del d.l. 112/08, è stato riconosciuto - dalle sezioni riunite della Corte dei Conti, in sede di controllo (adunanza del 15.12.2008, n. 43/CONTR/08) - il rango di norme di "coordinamento della finanza pubblica" ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.

[129] Sul punto v. *amplius* la Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 maggio 2010, n. 7, "*Contrattazione integrativa. Indirizzi applicativi del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*" (*G.U.* n. 163 del 15.7.2010).

[130] Cfr. nota 41.

[131] Quest'ultimo predispone uno specifico «modello di rivelazione», d'intesa con la Corte dei Conti e con la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica.

Un così tanto stringente sistema di controlli – pressoché interamente ricavato dal d.l. n. 112/08 - ha già suscitato resistenze in alcuni enti, segnatamente nelle Regioni, tanto è vero che la Regione Toscana aveva impugnato, nel vigore della disciplina del d.l. n. 112/08, i commi 9 e 10 dell'art. 67. Questi ultimi attribuivano poteri di controllo particolarmente incisivi alla Corte dei Conti in merito alla spesa e al contenuto dei contratti integrativi[132].

La Corte costituzionale – che ha deciso tali questioni nel vigore della nuova disciplina (l. 15 e d. lgs. n. 150 del 2009)[133] - ha innanzitutto dovuto riscontrare che le disposizioni censurate, pur essendo state abrogate dal d. lgs. n. 150/09 (art. 66), sono state *in parte* riprodotte in altre disposizioni del "decreto Brunetta".

Si è, dunque, interrogata sulla "trasferibilità" delle questioni di legittimità costituzionale sollevate al d. lgs. n. 150/09 ed ha, al riguardo, ritenuto che soltanto una di esse – quella relativa alla trasmissione delle informazioni alla Corte dei Conti per il controllo del rispetto dei vincoli finanziari e della applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito e alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della performance individuale (ex art. 67, comma 9) nonché del loro utilizzo, da parte della stessa Corte, ai fini del referto sul costo del lavoro (ex art. 67, comma 10, primo periodo) – potesse essere trasferita al nuovo decreto (ed, in particolare, al suo art. 55, di modifica dell'art. 40 *bis*, comma 3, d. lgs. n. 165/01).

Ha, tuttavia, finito per riconoscere la legittimità del sistema delle informazioni [134], facendo leva, da una parte, sulla circostanza che la Corte dei Conti le utilizza «ai fini del referto sul costo del lavoro» (come stabilisce il nuovo art. 40 *bis*, comma 3, ultimo periodo) e, dall'altra, riconducendo le disposizioni sugli obblighi di informazione al novero dei principi fondamentali riguardanti la materia del «coordinamento della finanza pubblica» (rientrante, *ex* art. 117, comma 3 Cost., nella potestà legislativa concorrente delle Regioni).

La parziale modifica e la diversa collocazione delle precedenti diposizioni del D.L. n. 112/08 in diverse parti del d. lgs. n. 150/09 (e 165/01) ha, in realtà consentito alla Corte di eludere la questione principale, che era quella delle conseguenze previste in caso di superamento dei «limiti imposti dai vincoli di finanza pubblica e dagli indirizzi generali assunti in materia in sede di contrattazione collettiva nazionale» (era questa la dizione utilizzata dall'art. 67, comma 10, primo periodo, D.L. n. 112/08). Poiché il nuovo decreto ha, da una parte, soppresso la vecchia previsione

---

[132] Le censure di incostituzionalità riguardavano, in particolare, (1) il potere di operare un controllo, oltre che di tipo finanziario, "di merito", attraverso la verifica della rispondenza dei contratti integrativi «a criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale» (art. 67, comma 9, D.L. n. 112/08) e (2) il potere di proporre ai singoli enti interventi correttivi e meccanismi sanzionatori nel caso di mancato rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli indirizzi generali assunti in sede di contrattazione collettiva nazionale. Per la Regione Toscana tali disposizioni avrebbero violato gli artt. 117 e 119 Cost. e, cioè, la competenza legislativa e l'autonomia finanziaria delle Regioni.

[133] Corte cost. 24.2.2010, n. 57.

[134] Ed, in particolare, delle disposizioni dell'art. 67, commi 9 e 10, primo periodo, del D.L. n. 112/08, trasferite nel comma 3 del nuovo art. 40 *bis* del d. lgs. n. 165/01.

di «interventi correttivi» da parte della Corte dei Conti[135] e, dall'altra, sostituito alla vecchia disposizione sulla *sospensione* delle clausole contrattuali difformi dai suddetti vincoli[136], la nuova sanzione della *nullità* e della sostituzione automatica delle clausole (nuovo art. 40, comma 3 *quinquies*, d. lgs. n. 165/01: v. *infra*, § 5), la Consulta ha potuto eludere di pronunziarsi sulla questione delle conseguenze sanzionatorie in caso di violazione dei vincoli, ritenendo non trasferibile alle nuove – e parzialmente diverse - diposizioni del d. lgs. n. 165/01 le denunziate censure di illegittimità.

Al di là del *decisum* – e del non *decisum* – affiora anche da questa pronuncia - come dalla riforma legislativa - una tendenza accentratrice e dirigista, che "costringe" le Regioni entro i confini indicati dalla legislazione nazionale con l'ausilio della tecnica del riparto materiale e dell'impiego dei principi generali dell'ordinamento giuridico (nelle materie di competenza concorrente); e ciò in controtendenza rispetto alle spinte federaliste sviluppatesi anche in materia fiscale e finanziaria [137]. Quel che emerge è, ancora una volta, la propensione dei giudici della Consulta a "salvare" normative statali in cui l'impronta centralistica si manifesta prevalente rispetto a possibili normative (nella specie, contrattuali) di adattamento e di differenziazione delle regole alle realtà locali; in questo caso, di adattamento dei trattamenti economici alle specifiche realtà amministrative[138].

Ai già richiamati obblighi di trasmissione di informazioni, la normativa aggiunge, infine, un ulteriore obbligo di trasmissione dei contratti, per via telematica ed entro cinque giorni dalla sottoscrizione e con allegata la relazione tecnico finanziaria e quella illustrativa, all'ARAN e (senza alcuna indicazione riguardante i tempi e le modalità di trasmissione) al CNEL.

Sono, infine, previsti obblighi di trasparenza e di pubblicità, anch'essi tratti dal precedente D.L. n. 112/08: in particolare, l'obbligo di pubblicare, *on line*, sui siti istituzionali di ogni amministrazione i contratti integrativi, corredati delle relazioni tecnico-finanziaria ed illustrativa certificate dagli organi di controllo interno. Sulla base del "principio di trasparenza", si costruisce, così, un sistema di totale accessibilità alle informazioni relative alla contrattazione integrativa, finalizzato a provocare un controllo diffuso e risalente dal basso, da parte dei cittadini-utenti dei servizi pubblici, la cui efficienza la contrattazione integrativa dovrebbe garantire[139].

3.4 (segue) Il controllo dei contenuti: contrattazione integrativa e merito

Un ulteriore vincolo imposto alla contrattazione integrativa è rappresentato dalla necessità che gli incrementi retributivi attribuiti dal livello decentrato di contrattazione abbiano carattere selettivo, secondo criteri di premialità, merito, qualità della prestazione individuale (art. 40 *bis*,

---

[135] Art. 67, comma 10, secondo periodo, D.L. n. 112/08.

[136] Secondo la quale «fatte salve le ipotesi di responsabilità previste dalla normativa vigente, in caso di accertato superamento di tali vincoli le corrispondenti clausole contrattuali sono immediatamente sospese ed è fatto obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva» (art. 67, comma 10, ultimo periodo, D.L. n. 112/08).

[137] Si riprende il pensiero di FERRARO, *Prove generali di riforma*, cit., 247, espresso, tuttavia, dall'A. con riguardo alla riforma (anzi alla sola legge delega n. 15/09) e non alla (successiva) sentenza della Corte cost. cit.

[138] Su tali generali tendenze della giurisprudenza costituzionale si consenta di rinviare, per tutti, a CARUSO, ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 569.

[139] TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 19.

comma 3, d. lgs. n. 165/01). Le informazioni di cui si è detto nel precedente paragrafo sono finalizzate, oltre che al controllo della spesa, proprio al controllo della «concreta definizione ed applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della performance individuale» (oltre che dei vincoli finanziari).

Anche in quest'ambito si registra un ampio ricorso alla regolazione legale.

Nel capo I del titolo III del d. lgs. n. 150/09 viene, infatti, individuato un preciso sistema di merito e premi, che, già di per sé, comporta «una forte erosione delle scelte della contrattazione collettiva sugli strumenti di incentivazione della produttività»[140].

Viene fissato un numero chiuso di strumenti retributivi finalizzati a premiare il merito ed un sistema di distribuzione del personale di ciascuna amministrazione in tre fasce di merito (alta, intermedia, bassa)[141], alle quali corrisponde l'attribuzione, nella misura legalmente predeterminata, del trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale (il 50% alla fascia alta; il 50% alla fascia intermedia).

Tutto ciò determina, sicuramente, un orientamento delle scelte contrattuali, che, se non altro, devono necessariamente rispondere a criteri di premiazione del merito e di incentivazione delle performance.

Tale orientamento sembrerebbe riguardare anche il profilo quantitativo e, cioè, il *quantum* di personale da ricomprendere nelle tre fasce ed il *quantum* di trattamento accessorio da attribuire alle medesime.

In realtà, *sia* le percentuali di personale ricomprese nelle tre fasce di merito, *sia* le percentuali di trattamento accessorio da attribuire alle fasce possono essere modificate dai contratti collettivi, ferme restando tre sole regole fondamentali: (1) quella della distribuzione del personale in tre fasce[142]; (2) quella della possibilità di variare la prima fascia di soli 5 punti percentuali in aumento o in diminuzione (con corrispondente variazione compensativa delle percentuali relative alle altre due fasce) e (3) quella di dover attribuire al personale compreso nella prima fascia una percentuale pari al 50% delle risorse.

---

[140] SANTUCCI, MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 300.

[141] Sulla base dell'art. 19, comma 1, del d. lgs. n. 150/09, «in ogni amministrazione l'organismo indipendente (…) compila una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale». In base al secondo comma: «In ogni graduatoria di cui al comma 1 il personale è distribuito in differenti livelli di performance in modo che: a) il venticinque per cento è collocato nella fascia di merito alta, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; b) il cinquanta per cento è collocato nella fascia di merito intermedia, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; c) il restante venticinque per cento è collocato nella fascia di merito bassa, alla quale non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla performance individuale». Come altri ha già osservato, la distribuzione "forzata" del personale nelle tre fasce, con la possibile esclusione di dipendenti da una parte del trattamento accessorio, porta con sé il rischio di forti conflitti interni al personale e, probabilmente, anche di contenzioso giudiziario, soprattutto se si tiene conto del fatto che l'art. 45, co. 2, del d. lgs. 165/01 continua ad obbligare le pubbliche amministrazioni a garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, cosicché ogni disparità di trattamento dovrà riflettere differenze oggettive e dovrà essere giustificata (SANTUCCI, MONDA, *Valorizzazione del merito*, cit., 299).

[142] Non si potrà, così, annullare del tutto la fascia bassa, per esempio, allo scopo di ampliare la prima e la seconda e di evitare l'esclusione di dipendenti dalla attribuzione dei trattamenti accessori [*ex* art. 19, comma 2, lett. c), alla terza fascia «non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla performance individuale»].

La terza fascia potrà essere, se non completamente azzerata dai contratti integrativi, ridotta anche a percentuali bassissime (poiché il limite di variazione del 5% riguarda soltanto la prima fascia) ed è anzi verosimile che la contrattazione collettiva tenderà a restringere la fascia bassa a vantaggio di quella intermedia (che verosimilmente tenderà, assieme a quella alta, ad essere dilatata)[143].

Non è, invece, chiaro se i contratti possano derogare alla regola, legale, della non attribuzione di trattamenti economici accessori al personale rientrante nella fascia di merito bassa, dato che a tale regola, contenuta nella lett. c) del comma 2 dell'art. 19, si giustappone l'ambigua formulazione di un'altra prescrizione: «la contrattazione può altresì prevedere deroghe alla composizione percentuale delle fasce di cui alle lettere b) e c) *e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori collegati alla performance individuale*»; formula che potrebbe essere intesa come possibilità di deroga al divieto di distribuzione di risorse al personale collocato in terza fascia e che, tuttavia, contrasta con il carattere perentorio della precedente prescrizione, in base alla quale: «il (…) venticinque per cento è collocato nella fascia di merito bassa, *alla quale non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio* collegato alla performance individuale» (art. 19, comma 2, lett. c).

Un sistema parzialmente diverso e, per comprensibili motivi, meno vincolante, riguarda le Regioni e i loro enti, il Servizio Sanitario Nazionale e gli enti locali. A tali amministrazioni, oltre al vincolo della distribuzione del personale in tre fasce, è semplicemente imposto (dall'art. 31, d. lgs. n. 150/09) che «una *quota prevalente* delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale venga attribuito al personale dipendente che si colloca nella fascia di merito alta» (e non, dunque, il 50%, come previsto dall'art. 19).

In generale, malgrado la previsione legale di un sistema di "distribuzione forzata" di premi, la contrattazione collettiva – grazie ad alcune facoltà di deroga – può, dunque, recuperare alcuni margini di manovra. E tuttavia, i vincoli imposti alla contrattazione integrativa non riguardano, ormai, soltanto il *quantum* della contrattazione (la quantificazione delle risorse e la consistenza dei fondi di amministrazione) ma anche il *quomodo* della retribuzione accessoria: la contrattazione collettiva non potrà liberamente procedere alla distribuzione delle risorse, ma sarà costretta ad incanalarsi sui binari tracciati dal sistema di valutazione del personale, seguendo, nella distribuzione dei trattamenti accessori, il criterio della premiazione del merito e della incentivazione delle *performance*.

4. La contrattazione collettiva "anticipata": l'esercizio di poteri di decisione unilaterale in funzione di tutela del trattamento retributivo dei dipendenti pubblici

Un ulteriore fattore di esproprio (questa volta a favore dei poteri unilaterali dell'amministrazione) di territori tradizionalmente riservati alla contrattazione collettiva è rappresentato dalla previsione di alcuni poteri di decisione unilaterale del soggetto pubblico di fronte ad eventuali inefficienze (ritardi o mancati accordi) del sistema di contrattazione collettiva.

Anche la previsione di tali poteri – pur se finalizzata a tutelare il trattamento retributivo dei dipendenti pubblici - erode spazi tradizionalmente occupati dall'autonomia collettiva, intaccando

[143] GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 361.

un principio cardine nell'impianto del d. lgs. 165/01: quello della *esclusiva* determinazione del trattamento economico da parte dei contratti collettivi (art. 45, comma 1, e art. 2, comma 3, d. lgs. n. 165 del 2001). La possibilità di concessione unilaterale dei trattamenti, per quanto di tipo provvisorio, rende, inoltre, più debole l'azione della coalizione sindacale[144].

Sta di fatto che in un'ottica di generale efficienza delle amministrazioni, dei servizi, e della stessa gestione del personale e dei trattamenti economici, tali poteri sono stati attribuiti alle amministrazioni per attuare uno dei criteri di delega contemplati dalla legge n. 15/09 (art. 2, c. 1, lett. b, l. 15/09), che è quello del "miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure della contrattazione collettiva"; un criterio in attuazione del quale il legislatore ha anche predeterminato le scansioni temporali relative alla presentazione delle proposte sindacali e all'apertura delle trattative.

Tali poteri unilaterali possono essere esercitati sia a livello nazionale che decentrato e, cioè, (1) tanto nel caso di mancato tempestivo rinnovo dei contratti di comparto, quanto, (2) in sede decentrata, nell'ipotesi di mancato raggiungimento degli accordi integrativi.

(1) In relazione all'ipotesi di mancato rinnovo dei contratti nazionali, il d. lgs. n. 150/09, introducendo, nel d. lgs. n. 165/01, un nuovo art. 47 *bis*, ha previsto che, decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria, la parte pubblica possa anticipare, in via provvisoria, le somme che la stessa legge ha stanziato per i rinnovi, previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative e salvo conguaglio all'atto della stipulazione di contratti[145]. È una tempistica che «riveste un'evidente finalità acceleratoria» e che non è «irragionevole, atteso l'alleggerimento del "carico" funzionale sull'Aran conseguente alla diminuzione dei comparti e delle aree di contrattazione»[146].

Si tratta di disposizione logicamente collegata a quella del successivo comma 2, che, nel disciplinare l'istituto della indennità di vacanza contrattuale, assicura copertura economica «ai dipendenti dei rispettivi comparti di contrattazione, nella misura e con le modalità stabilite dai contratti nazionali, e comunque entro i limiti previsti dalla legge finanziaria in sede di definizione delle risorse contrattuali» «a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora lo stesso non sia ancora stato rinnovato e non sia stata disposta l'erogazione di cui al comma 1», a titolo di «anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all'atto del rinnovo contrattuale».

(2) Disposizioni analoghe sono state introdotte con riguardo al livello decentrato, rispetto al quale è innanzitutto previsto (a) che «i contratti collettivi nazionali definiscono il termine delle sessioni negoziali in sede decentrata»; si prevede, inoltre, che (b) «alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione» (nuovo art. 40 3-*bis*, ultimi due periodi) e che (c) «qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. Agli atti adottati unilateralmente

---

144 CARABELLI, *La 'riforma Brunetta'*, cit., 13.

145 Anche questa disposizione trae, tuttavia, origine da precedenti fonti ed, in particolare, dall'art. 2, comma 35, della legge finanziaria per il 2009 – l. n. 203 del 2008 – con il quale si era addirittura previsto che *dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria* si potesse procedere all'erogazione delle somme previste, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, salvo conguaglio all'atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

146 TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 20.

si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40-*bis*» (art. 40 3-*ter*).

D'ora in avanti, la contrattazione decentrata dipenderà, dunque, dalla contrattazione nazionale anche con riguardo ai "tempi" di negoziazione, il cui "sforamento" legittimerà le amministrazioni alla adozione di provvedimenti unilaterali.

Come è stato giustamente notato, le ultime due previsioni (*sub* b e c) sono soltanto apparentemente simili: la prima sancisce, infatti, che alla scadenza della sessione negoziale, cessi l'attività contrattuale; la seconda presuppone che tale attività continui, nonostante che l'amministrazione possa aver provveduto unilateralmente a regolare la materia. Ed al riguardo appare convincente la lettura, già affiorata in dottrina, secondo cui la prima norma debba essere riferita agli istituti del rapporto di lavoro di natura non retributiva e la seconda a quelli di natura retributiva: poiché, infatti, in materia retributiva il legislatore ha fissato (*rectius*: confermato), in generale, la competenza esclusiva della contrattazione collettiva[147], si giustifica il vincolo, implicitamente ricavabile dalla formulazione della seconda norma, di proseguire nella ricerca di una soluzione negoziata [148]

5. Contrattazione collettiva e nullità

A presidio dei vincoli (a) imposti dalla legge alla contrattazione nazionale e integrativa e (b) derivanti dalla contrattazione nazionale a quella decentrata, il legislatore delegato ha previsto la sanzione della nullità, richiamando espressamente il meccanismo della sostituzione delle clausole contrattuali nulle con norme imperative legali (artt. 1339 e 1419, comma 2, cod.civ.). Anche in questo caso, ci si trova di fronte ad una regola (la nullità) e ad una conseguenza sanzionatoria (la sostituzione delle clausole contrattuali nulle con clausole legali) che conferma l'accentuata ri-legificazione del sistema negoziale pubblico.

La previsione ricorre in ben quattro disposizioni del d. lgs. n. 150/09 e, oltre ad essere utilizzata in relazione a temi specifici (da una parte, "merito e premi"; dall'altra, responsabilità, infrazioni, sanzioni disciplinari e procedure conciliative: artt. 29 e 68) ha valenza più generale negli artt. 33 e 54.

Nel primo caso (art. 33) essa riguarda, infatti, il generale rapporto legge-contrattazione collettiva e determina una integrazione dell'art. 2 del d. lgs. n. 165/01, al quale si aggiunge, ora, un nuovo comma 3 *bis*: «nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile». Nel secondo (art. 54), essa è impiegata con riguardo specifico alla contrattazione integrativa, per garantire il rispetto dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge e dei vincoli finanziari derivanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione (nuovo art. 40, comma 3 *quinquies*).

---

147 Cfr. il nuovo comma 1 dell'art. 45 del d. lgs. n. 165/2001.

148 SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, 320.

Com'è stato osservato, non si tratta, tuttavia, di regole nuove. «Come la nullità, anche la sostituzione automatica delle clausole (artt. 1419, co. 2, e 1339 cod. civ.) è istituto di generale applicazione»[149] al quale doveva, probabilmente, farsi ricorso anche in precedenza, e cioè, in assenza di un riferimento esplicito al meccanismo.

L'esplicitazione della regola ha, dunque, un significato, se non proprio pleonastico, di rafforzamento di uno dei punti più qualificanti della riforma[150]: la ristabilita preminenza della fonte legale su quella contrattuale, che emerge con nitidezza dalla nuova formulazione del comma 2 dell'art. 2 del d. lgs. n. 165/01, nel quale viene sancito il carattere imperativo di tutte le diposizioni del d. lgs. n. 165/01 e previsto che «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, *possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi* e, *per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge* » (cosicché è l'inderogabilità ad essere presunta, mentre la derogabilità dovrà essere, di volta in volta, prevista ed autorizzata[151]).

Quali possibili ipotesi applicative del meccanismo della nullità e della sostituzione automatica di clausole si possono, piuttosto, immaginare?

Per quanto riguarda la contrattazione nazionale, un'ipotesi potrebbe essere quella degli "sconfinamenti" dei contratti di comparto nelle aree riservate – *ex* art. 40, comma 1, d. lgs. n. 165/01 - alla legge o ai poteri unilaterali; con la (prima) conseguenza che soltanto le singole clausole produttive di tali sconfinamenti - e non l'intero contratto – sarebbero nulle. In tali ipotesi, tuttavia, a fronte della nullità della clausola collettiva, non sarebbe spesso agevole individuare una disciplina legale sostitutiva.

Così ad esempio, nel caso di clausole contrattuali che violino il limite della non negoziabilità delle decisioni in materia di organizzazione degli uffici e del lavoro, alla nullità delle clausole contrattuali corrisponderà piuttosto la riespansione dell'originario potere dirigenziale[152].

Più facile è immaginare ipotesi applicative relativamente alla contrattazione integrativa: si pensi, per esempio, alla violazione, da parte di un contratto integrativo, delle disposizioni in tema di merito e premi: ad un contratto che, per esempio, superi il limite dei cinque punti percentuali di variazione consentiti relativamente alla collocazione del personale nella prima fascia di merito o che diminuisca la percentuale del 50% delle risorse da attribuire al personale assegnato a tale fascia. Di fronte ad ipotesi di tal fatta è facilmente applicabile la prevista conseguenza della nullità parziale e della sostituzione automatica delle clausole contrattuali nulle con le norme imperative legali anche se, come qualcuno ha già notato, la sanzione rischia di rimanere ineffettiva se i trattamenti retributivi sono già stati erogati, sì da poter essere immaginata come la «chiusura del recinto quando i buoi sono ormai scappati»[153].

---

149 CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione*, cit., 73

150 FERRARO, *Prove generali di riforma*, cit., 241.

151 Viene ampiamente sconfessata, in tal modo, la delegificazione perseguita dalla riforma degli anni '90, sulla quale v., per tutti, RICCARDI, SPEZIALE, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, V, 156; RUSCIANO-ZOPPOLI L., *Sub art. 2*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, 1071.

152 CARABELLI, *La 'riforma Brunetta'*, cit., 22.

153 GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, cit., 363.

6. Termine di adeguamento e cessazione di efficacia dei contratti integrativi: il "congelamento" della riforma ad opera della "manovra finanziaria" del maggio 2010 (d.l. n. 78/10)

Un'ultima disposizione riguardante la contrattazione integrativa era quella – di carattere contingente - che fissava al 31.12.2010 il *termine legale di adeguamento* dei contratti integrativi vigenti alla nuove regole.

Ai sensi dell'art. 65 del d. lgs. n. 150/09, le parti avrebbero dovuto adeguare, entro quella data, i contratti integrativi «alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III» del decreto, riguardante il sistema di "merito e premi". In caso di mancato adeguamento, l'efficacia dei contratti sarebbe cessata al 1° gennaio 2011 e i contratti non sarebbero stati ulteriormente applicabili.

Termini più lungi venivano fissati per le Regioni e per le autonomie locali (il 31.12.2010 anziché il 31.12.2011 ed il 31.12.2012 anziché il 1° gennaio 2011), in ragione del generale principio di adeguamento dei rispettivi ordinamenti alle disposizioni del Titolo III (entro la data del 31.12.2010); principio generale contenuto nell'art. 31 del d. lgs. n. 150/09.

In ogni caso e a prescindere da tali diversità, l'intenzione del legislatore era quella di contingentare i tempi contrattuali: per il triennio 2010-2012 le trattative per i nuovi contratti nazionali, dopo la definizione dei quattro maxi-comparti, avrebbero dovuto avere inizio entro l'aprile del 2010; a seguire, ed entro tempi brevi, si sarebbe dovuto procedere all'adeguamento dei contratti integrativi. L'adattamento della contrattazione decentrata alle nuove regole avrebbe dovuto essere immediato, pena l'automatica cessazione di efficacia dei contratti integrativi in vigore.

Come già si è visto rispetto alla contrattazione di comparto (v. § 2), l'intento acceleratorio ha, tuttavia, ricevuto un decisivo freno dalla manovra finanziaria del maggio 2010.

Quest'ultima ha previsto, *in primis*, che «per gli anni 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico complessivo, anche di qualifica dirigenziale, *ivi compreso il trattamento accessorio*, (…) non può superare, in ogni caso, il trattamento in godimento nell'anno 2010» (art. 9, comma 1, d.l. n. 78/10).

Ciò comporterà non solo il mancato rinnovo (per il triennio 2010-2013 e certamente per la parte economica) dei contratti collettivi nazionali, ma anche il blocco della contrattazione integrativa dal 2009.

È probabile che il congelamento dei trattamenti – e la conseguente conservazione di efficacia dei contratti in vigore – faccia venir meno l'obbligo di adeguamento richiamato all'inizio, sancito (attraverso la previsione di termini, come si è visto, diversi per la amministrazioni statali, da una parte, e per le Regioni e gli enti locali, dall'altra) dall'art. 65 del d. lgs. n. 150/09.

Pertanto, mentre è possibile che le pubbliche amministrazioni procedano ad *adeguamenti spontanei* dei contratti integrativi alle nuove disposizioni, l'obbligo di adeguamento nei termini previsti dall'art. 65 del d. lgs. n. 150/09 è da ritenersi implicitamente abrogato dalle disposizioni del d.l. n. 78/10 ed, in particolare, dal comma 1 del suo art. 9. Se ciò è vero, l'adeguamento dei contratti integrativi alle nuove regole è differito al momento successivo alla stipulazione dei nuovi contratti nazionali e dovrà avvenire nei termini che, per le sessioni negoziali in sede decentrata, saranno stabiliti (*ex* art. 40, comma 3 *bis*, penultimo periodo) dai nuovi contratti di comparto.

Sembra, in sostanza, che i tempi di attuazione della riforma - relativamente all'adeguamento tanto dei contratti nazionali, quanto dei contratti decentrati alle nuove regole - siano stati "congelati" e che, rispetto alla contrattazione integrativa sia stato implicitamente abrogato il meccanismo di immediato adeguamento dei contratti alle nuove regole introdotto, in via transitoria, dal legislatore delegato, con l'art. 65 del d. lgs. n. 150/09. L'adeguamento sembra ora differito allo "sblocco" della contrattazione nazionale e, pertanto, all'entrata "a regime" dell'intero nuovo sistema di contrattazione.

Appare chiaro che alla finalità di provvedere al "miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure della contrattazione collettiva" – criterio di delega che il legislatore delegato del 2009 aveva tentato di attuare attraverso un complessivo ed organico disegno di riforma della contrattazione – la manovra finanziaria del 2010 abbia contrapposto urgenze di contenimento del costo del lavoro che, ancora una volta, hanno finito per avere la meglio sulle esigenze di ottimizzazione del funzionamento delle pubbliche amministrazioni e delle stesse procedure di contrattazione collettiva.

Il problema da valutare nei prossimi mesi è l'impatto sistemico di tale blocco. Al di là della possibilità teorica di adeguamento spontaneo da parte di singole amministrazioni (a questo punto più ai principi generali che alle singole disposizioni del d. lgs. n. 150/09), sorge il dubbio che il blocco della contrattazione possa avere un effetto irradiante sul (e paralizzante del) complessivo "*change*" delle pubbliche amministrazioni e del lavoro pubblico che la riforma avrebbe dovuto produrre.

Ne esce confermata, da un lato, una modalità di procedere, per così dire, "a tentoni"[154], nella quale le innovazioni proposte nel quadro di tentativi organici di riforma vengono superate e smentite da rimaneggiamenti frammentari e contingenti, come sempre imposti da impellenti esigenze di contenimento della spesa pubblica. Dall'altro – ed è quel che appare ancor più grave - sembra venir meno la spinta propulsiva al cambiamento (nel senso della valutazione del merito e delle *perfomance* individuali e organizzative), che è, come si è visto, ampiamente affidato anche alla contrattazione collettiva.

Nella misura in cui, infatti, uno dei pilastri del progetto di cambiamento si fonda sugli incentivi di tipo economico gestiti dalla dirigenza e dagli organismi indipendenti di valutazione, ma in qualche modo "riorganizzati" dalla contrattazione integrativa (il cui ruolo di fonte primaria di determinazione del salario accessorio non viene messo in discussione dalla riforma, ancorché con la sua funzionalizzazione al rilancio di meccanismi di incentivazione della produttività e della meritocrazia), l'inaridimento di tale fonte, con la manovra finanziaria, sia sotto il profilo quantitativo, ma *pour cause*, anche qualitativo, non potrà che "azzoppare" nei prossimi anni la riforma stessa.

Il rischio, nel migliore dei casi, è che l'applicazione delle nuove regole finisca per essere "sbilenca", essendo la costruzione di un suo pilastro - la nuova contrattazione collettiva – per ora solo virtuale; nel peggiore, che non venga presa sul serio da coloro che dovrebbero attuarla anche in ragione del procedere "a tentoni" del suo architetto.

---

[154] FERRARO, *Prove generali di riforma*, cit., 241.

7. Conclusioni: la contrattazione collettiva "sfiduciata" e il difficile superamento della sua "crisi di credibilità"

Non resta che tirare alcune brevi conclusioni finali.

Si è accennato, all'inizio, ad una inequivocabile inversione di rotta rispetto all'originario disegno di privatizzazione/contrattualizzazione del lavoro pubblico (prima e seconda fase di riforma: 1992/93 - 1997/98).

Lo stesso termine "contrattualizzazione", che all'inizio dell'opera di riforma indicava la «*centralità del contratto* e delle correlate logiche giuridiche nell'ambito del sistema di governo delle relazioni di lavoro»[155] individuali e collettive risulta, oggi, meno adatto a descrivere l'assetto della regolazione del lavoro pubblico, almeno per quanto concerne le seconde.

Il tentativo della prima e della seconda fase di riforma era stato, infatti, quello di valorizzare "a tutto tondo" la dimensione contrattuale, edificando un sistema di contrattazione che fosse espressione della medesima autonomia collettiva esercitata dalle associazioni sindacali nel settore privato, *ex* art. 39, primo comma, Cost.[156].

In relazione alla contrattazione decentrata, poteva poi parlarsi di una contrattazione "autonoma ed integrativa", le cui regole si ricavavano prevalentemente all'interno del sistema della contrattazione nazionale, senza quasi alcun vincolo eteronomo di origine legale[157].

La riforma del 2009 ha sicuramente modificato il senso della prima e della seconda "contrattualizzazione", attenuando l'enfasi che si era posta all'inizio del processo riformatore sulla dimensione contrattuale collettiva e fornendo diversa configurazione legale alla libertà sindacale, all'autonomia collettiva e ai due livelli di contrattazione[158].

La contrattazione sindacale - sia nazionale, sia, e tanto più, decentrata - viene, in vario modo, "sfiduciata": "ridimensionata" nel suo rapporto con la fonte legale e con i poteri unilaterali della dirigenza; "finalizzata" a promuovere una "cultura della meritocrazia, delle *performance* e della valutazione"; "controllata" – oltre che nell'impiego delle risorse - nei contenuti, persino i più pregnanti (i trattamenti economici accessori); "anticipata" dall'esercizio di poteri unilaterali, in caso di ritardi.

È vero che la questione della *funzionalizzazione* della contrattazione collettiva ad un fine esterno - come il buon andamento, l'efficienza o l'interesse degli utenti - veniva già discussa alla vigilia

---

155 VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, cit., 43.

156 Di una vera e propria «torsione impressa al sistema, basato, prima, sui tre pilastri a) della contrattualizzazione del rapporto di lavoro (con ruolo preminente se non dominante della fonte contrattuale collettiva, b) della gestione datoriale privatistica e c) della giurisprudenza del giudice del lavoro», dal momento che il primo dei tre pilastri viene «fortemente destrutturato e indebolito» parla CARUSO, *Le dirigenze pubbliche*, cit., 6.

157 TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro*, cit., 537.

158 Per alcune prime considerazioni sull'abbandono del modello di regolazione edificato negli anni novanta, v. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego, Dir. lav. merc.,* 2008, 679.

della II privatizzazione[159] ed è pur vero che clausole finalistiche erano già presenti nel d.l. 29/93[160].

Era, tuttavia, ancora possibile, nell'assetto regolativo degli anni novanta sostenere che, malgrado la "finalizzazione" al buon andamento, la "funzionalizzazione" alla missione dell'ente e alla efficienza organizzativa con i minori costi per la collettività e la "funzionalizzazione" all'interesse degli utenti, di tali risultati complessivi rispondesse, non tanto la contrattazione, quanto la dirigenza. E che la prima rispondesse, invece, del solo *contemperamento* fra tali fini ed interessi pubblici e la "tutela dei lavoratori", secondo i tradizionali canoni e principi dell'autonomia collettiva e le regole della democrazia sindacale[161].

Alla luce del nuovo quadro normativo è difficile ritenere che l'assimilazione della contrattazione collettiva pubblica a quella privata sia in linea di continuità con il modello di privatizzazione/contrattualizzazione inaugurato negli anni 1992/93.

La linea di continuità appare spezzata almeno per quanto riguarda categorie (libertà sindacale, autonomia e contrattazione collettiva) e principi costituzionali di riferimento del modello (art. 39 Cost.)[162] e ciò malgrado l'apparente convergenza dei due sistemi dal punto di vista delle regole che governano gli assetti contrattuali (tempi di vigenza dei contratti e procedure contrattuali: v., *retro*, § 2)[163].

Certamente, come non si è mancato di sottolineare, «la contrattazione collettiva si è presentata all'appuntamento con la guardia bassa, ostentando una baldanza per lo spazio guadagnato non

---

[159] Nel congresso AIDLASS del 1996 (L'Aquila, 31 maggio – 1 giugno 1996) si registra una forte divaricazione teorica sul punto (e sulle ricadute di una eventuale funzionalizzazione sullo statuto giuridico della contrattazione collettiva pubblica), fra MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro* – L'Aquila 31 maggio – 1 giugno 1996, Giuffrè, 1997, 3, e RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione*, cit. Mentre per Maresca, è da escludere una "funzionalizzazione" della fonte collettiva, cosicché può essere confermato il principio di libertà sindacale su cui tale fonte risulta basata (p. 49, ma *passim*), per Rusciano, la contrattazione collettiva pubblica - «per legge tenuta a farsi carico – si potrebbe dire in senso "ontologico" – di interessi "diversi" da quelli delle parti contrapposte» non può essere inquadrata negli schemi interpretativi "classici" dell'autonomia collettiva nel settore privato (81-82). La intrinseca funzionalizzazione della contrattazione collettiva pubblica, oltre che del potere datoriale pubblico, è recentemente ribadita da RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione*, cit.

[160] Si ricordi, con riguardo alla contrattazione integrativa, la prima formulazione dell'art. 45, comma 4, del d. lgs. n. 29/93, per il quale: «La contrattazione collettiva decentrata è finalizzata al contemperamento tra le esigenze organizzative, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti».

[161] Era questo il pensiero di D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità*, cit., 171.

[162] Come osserva ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, cit., pur considerando fondate le differenziazioni di regolazione legale del contratto collettivo nel settore privato e in quello pubblico, deve riconoscersi «che siamo davvero ai limiti massimi, oltrepassati i quali la contrattazione collettiva perde quasi del tutto i connotati di una tecnica di regolazione dei rapporti di lavoro che è frutto del consenso tra i diretti protagonisti delle dinamiche organizzative o tra i loro legittimi rappresentanti. C'è un limite oltre il quale l'eccessiva compressione della contrattazione ad opera della legge configura il classico esempio di una *fictio iuris*, dietro la quale si celano compressione pressoché totale della libertà sindacale (art. 39) e della autonomia di scelta dei modelli organizzativi e degli stili gestionali (artt. 5 e 117 Cost.)».

[163] Come notano CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione* 46 (testo e nota 28), «il ricorso alla 'copertura' dell'art. 97 per giustificare siffatti vincoli e limiti – onde evitare un giudizio di incostituzionalità di quelle previsioni -, per quanto possibile, riproporrebbe evidentemente, la questione del rapporto tra le due norme costituzionali». Ai due AA. appare, dunque, «più interessante la tesi secondo cui quelle previsioni potrebbero essere lette come norme che pongono *limiti esterni* all'autonomia collettiva, non per costringerla a muoversi nel perseguimento di fini pubblici, ma per evitare che essa, per quanto costituzionalmente tutelata, possa ledere altri valori di rilievo costituzionale».

assistita da sufficienti credenziali e da un *curriculum* immacolato»[164]; essa ha mostrato approssimazione «nella definizione dei contenuti sia da parte di alcuni contratti nazionali (che avevano troppo puntato sulla progressione verticale …) sia di molti contratti integrativi (che hanno stravolto la logica e la funzione di progressione orizzontale e del trattamento accessorio, tanto da richiamare sempre più spesso l'attenzione della Corte dei conti)»[165]. Ha, così, dovuto subire le conseguenze di tale "crisi di credibilità".

Quel che sembra certo, però, è che con i margini di manovra e di azione che le sono riservati dalle nuove disposizioni di legge non sarà compito facile re-invertire la rotta imboccata dal legislatore, scavalcare gli ingombranti paletti legali e ri-conquistare ambiti aperti di libera contrattazione, che, anche solo in parte, richiamino quelli propri della negoziazione collettiva nel settore privato.

---

[164] RUSSO, *Le prossime regole*, cit., 379. Analoghe considerazioni in ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, cit.

[165] Ancora RUSSO, *Le prossime regole*, cit., 379.

Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*

Franco Carinci

1. Le due anime dello Statuto, "costituzionale" e "promozionale": una convivenza smentita dalla dura lezione dei fatti. 51

2. La pesante eredità dovuta all'assenza di una legislazione "cornice". 54

3. L'Accordo quadro 22 gennaio 2009 e l'Accordo interconfederale 15 aprile 2009. 55

4. L'accordo di Pomigliano 15 giugno 2010. 57

5. Il problema dell'efficacia. 60

6. Le presunte clausole *contra legem.* 61

a) la clausola di responsabilità. 63

b) le clausole integrative del contratto individuale di lavoro. 65

7. Praticabilità attuale e prospettiva futura del modello Pomigliano. 66

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 108/2010

1. Le due anime dello Statuto, "costituzionale" e "promozionale": una convivenza smentita dalla dura lezione dei fatti.

Non è un semplice caso che il processo celebrativo del quarantennio dello Statuto sia stato funestato dall' "incidente *in itinere*" avvenuto a Pomigliano, in quello stabilimento di alto valore simbolico ed occupazionale, non per niente dedicato al grande filosofo napoletano dei corsi e ricorsi, Giambattista Vico. Funestato, tanto da cambiar di tono e di contenuto, trasformandosi non di rado da dibattito scientifico a comizio ideologico, fra rigurgito nostalgico e necrologio commemorativo. Benedetto Paese, in cui la storia viene continuamente inghiottita dalla cronaca, trasformata in due documentari in bianco e nero, dove, quel che in uno è in bianco, diviene nell'altro in nero e viceversa.

Non è un semplice caso, perché lo Statuto dei Lavoratori portava nel suo stesso DNA quel che, secondo l'intento originario, avrebbe dovuto attivare un circolo virtuoso; ma che, col tempo, avrebbe rivelato ben altro, cioè di attivarne uno vizioso. Parlo dell'indirizzo interpretativo, affermatosi – auspice lo stesso Gino Giugni – fino a diventare un *refrain* costante dell'ipertrofico flusso dottrinale dal mitico 1970 in poi: quell'indirizzo per cui lo Statuto era figlio di due diverse politiche del diritto, confortate da altrettante letture della Carta fondamentale, sì da poter vantare due anime, la "costituzionalista" dei tit. I e II e la "promozionale" del tit. III. Due anime – si proclamò e si teorizzo – che potevano non solo convivere, ma realizzare una proficua sinergia, perché la traduzione della prima – la costituzionalista – avrebbe costituito la base portante di quella della seconda – la promozionale – la quale, a sua volta, l'avrebbe rafforzata, sia garantendola, sia rilanciandola e migliorandola.

È un nostro maledetto vizio quello di trasformare in mito taumaturgico qualsiasi "compromesso", che per quanto alto e nobile, rimane tale, cioè largamente affidato al permanere del contesto in cui è maturato. Così è stato per il testo fondamentale del 1948, che testimonia una tendenziale convergenza, non priva di più di una riserva mentale, fra i due grandi interlocutori in Assemblea Costituente, Dc e Pci. Un compromesso, questo, che nei Principi e nella I Parte – ispirata da un *mixage* di solidarietà ed uguaglianza – si realizza su un'economia programmata e su una primazia della dinamica politica sulla dialettica sindacale; e che nella II parte – motivata dall'incertezza nei relativi rapporti di forza perpetuatasi fino alle elezioni politiche del 1948 – si attua sulla formula garantista di un Parlamento forte e di un Governo debole.

Nessuna meraviglia che, fin da un lontano passato, si sia trascinata la crisi della prima Repubblica, esplosa all'indomani dell'epocale mutamento del quadro internazionale ed interno che fece da sfondo al varo della nostra Costituzione, con il passaggio dalla "prima" alla "seconda" Repubblica: passaggio anomalo e patologico, perché effettuato con un continuo e tormentato rimaneggiamento del sistema elettorale in senso maggioritario, peraltro privo di qualsiasi riscontro in una coerente riforma della Carta fondamentale. E se, ieri, si parlava solo della II parte, oggi si parla anche della I, con riguardo a quell'art. 41, secondo e terzo comma, che, con formula ambigua e datata, sembrano riconoscere un'iniziativa privata funzionalizzata all' "utilità sociale" e limitata da una programmazione "a fini sociali", con una ricaduta sempre più simbolica su una realtà giuridica ed economica segnata dalla prevalenza della normativa comunitaria e della globalizzazione, l'una e l'altra all'insegna della priorità di una concorrenza aperta ben oltre la dimensione nazionale.

Nessuna meraviglia che una sorte simile sia toccata allo Statuto dei lavoratori, che ben presto ha visto e vissuto la crisi di una coabitazione delle sue due anime, sempre più destinate ad una convivenza coatta. Ad emergere è stata la profonda diversità di ispirazione e dinamica fra l'una e l'altra, esaltata dalla stessa rifondazione del processo del lavoro nel 1973: *l'una* statalista, basata sulla primazia dell'iniziativa parlamentare, sull'imperatività della norma, con un'estensione paralizzante dalla disciplina legale a quella collettiva, sulla discrezionalità di una magistratura del lavoro, portata ad una ricorrente forzatura della lettera della Costituzione e dell'alluvionale legislazione ordinaria, all'insegna di "avanti a tutta forza"; *l'altra* autonomista, fondata sulla prevalenza della contrattazione, sulla potenziale flessibilità della regola consensuale, sulla primazia di una magistratura arbitrale, considerata come fisiologica depositaria della dote collettiva, da adattarsi alla peculiare e variabile realtà dei luoghi di lavoro. Diversità emersa, perché, a ben guardare, essa passava non solo fra le forze politiche, ma fra le stesse parti sociali, cioè fra Confindustria e Confederazioni; e, cosa assai più significativa, fra le Confederazioni stesse, che pur sembravano vivere la stagione magica dell'unità organica, alla luce di una condivisione confusa fra uguaglianza "marxista" e solidarietà "cristiana", con una Cgil tutta sbilanciata sullo Stato ed una Cisl ancora tentata dall'autonomia collettiva.

Una coabitazione coatta, che, peraltro, ha visto la componente statalista prevalere su quella autonomista. Ne dà conferma la diversa fortuna di cui hanno goduto gli articoli portanti delle due parti dello Statuto, l'art. 18 e, rispettivamente, l'art. 19. Il *primo* – che consacra la tutela c.d. reale – è venuto a dilatare progressivamente il suo ambito ed il suo impatto giuridico, a seguito di un indirizzo giurisprudenziale e, soprattutto, di un intervento legislativo di netto *favor*, proseguito fino all'inizio del decennio '90, se pur a scapito del *turn-over* generazionale nell'universo garantito. Il *secondo* – che sanziona il diritto di cittadinanza nei luoghi di lavoro – è entrato in progressiva sofferenza nel corso dei decenni successivi.

Di fatto l'anima promozionale dello Statuto era figlia di quella interpretazione costituzionale che non considerava più gli artt. 39 e 40 Cost. come erano stati pensati e scritti, sì da vedervi tradotto un modello di pluralismo istituzionalizzato; li considerava, invece, come se fossero amputabili per vizi genetici o sopravvenuti: l'art. 39 ridotto al solo suo primo comma (e addirittura limitato al solo sindacato dei lavoratori); e l'art. 40 ridimensionato ad un puro e semplice riconoscimento del diritto di sciopero, sì da ravvisarvi un pluralismo promosso ma non disciplinato. Era un'interpretazione che proprio nella peculiare congiuntura della fine del decennio '60, sembrava trovare una sua piena legittimazione "riformista".

Dalla promozione con regolamentazione della costituzione "formale" si salta alla promozione senza regolamentazione della costituzione "materiale", consacrata dallo Statuto. Di fatto, quest'ultimo non tocca l'organizzazione sindacale: privilegia la dimensione associativa plurima (sezioni sindacali), ma lascia libera l'opzione per quella elettorale o mista unitaria (Consigli di azienda). E tantomeno tocca la negoziazione, se non per riconfermare indirettamente la primazia del contratto collettivo nazionale, sia legittimandolo come strumento sussidiario nell'acquisto del diritto di cittadinanza nei luoghi di lavoro ex art. 19 lett. b); sia incentivandolo con l'art. 36. Non senza, peraltro, una qual sorta di contraddizione, fra promozione della presenza sindacale e astensione rispetto alla contrattazione collettiva nelle aziende, nonostante la consapevolezza della sua importanza, testimoniata dagli artt. 4 e 6.

Ma la delega in bianco all'autonomia collettiva era fatta su una premessa fattuale, che, cioè, le tre grandi Confederazioni fossero in grado di gestire "*politicamente*" in fruttuosa concordia la

totale assenza di una qualsiasi legislazione sindacale; tant'è che la formula della "maggior rappresentatività confederale", se pur appariva neutra, risultava in sostanza costruita a misura di Cgil, Cisl ed Uil. Era una premessa fattuale costruita sul passato, ma al tempo stesso una scommessa aperta al futuro, in una stagione in cui sembrava che l'unità organica fosse alle porte e che la mega confederazione *in fieri* fosse in grado di recitare addirittura un ruolo di supplenza, come confermato dallo stesso riconoscimento pieno dello sciopero politico-economico da parte del Giudice delle leggi nel 1974.

Solo che una siffatta delega in bianco avrebbe dovuto essere accompagnata da una capacità effettiva di auto-regolazione collettiva del sistema, non solo politica, ma anche normativa, cioè permessa se non supportata dalla legge. Ma, già all'indomani dello Statuto, la stessa dottrina riformista, ipnotizzata dalla ventata libertaria proveniente dalle Università e dalle fabbriche, teorizzerà la fine di qualsiasi rilevanza o addirittura legittimità giuridica dell'auto-regolazione sindacale. Si farà paladina della contrattazione permanente, del contratto come mero e semplice armistizio, dell'assenza di qualsiasi articolazione soggettiva ed oggettiva fra livello nazionale ed aziendale: l'aziendale poteva ben essere concluso anche da un Consiglio dei delegati completamente autonomo rispetto alle organizzazioni sindacali firmatarie del nazionale; e poteva, altresì, rilanciare su tutto, trattamento economico e normativo, senza alcun vincolo o limite derivantegli da quanto fosse stato predefinito dallo stesso nazionale. A sua volta la dottrina più radicale ravviserà nell'art. 28 Stat. Lav. una norma non solo processuale, ma anche sostanziale, per una rivisitazione *in melius* della preesistente disciplina dottrinale e giurisprudenziale in materia di diritto di sciopero, peraltro solo con qualche anno di anticipo rispetto all'evoluzione della Corte costituzionale con riguardo allo sciopero economico e della Corte di Cassazione con rispetto alle c.d. forme anomale di sciopero.

Così impostata, la scommessa si sarebbe rivelata vincente all'inizio, ma, poi, progressivamente perdente, dato l'aborto dell'unità organica e lo stesso logoramento dell'unità d'azione, con una progressiva caduta di credibilità delle tre confederazioni in una congiuntura economica e politica profondamente modificata. Caduta di credibilità, questa, destinata a trovare riscontro in una dilatazione giurisprudenziale della nozione di maggior rappresentatività confederale, fino alla sua manipolazione referendaria dell'art. 19, nel 1995, e alla sua sostituzione legislativa con l'altra nozione di maggior rappresentatività comparativa confederale, federale, territoriale, aziendale, assai più generica e manipolabile.

Si assisterà ad un crescendo di pieno di eteronomia e di vuoto di autonomia, non attenuati, ma addirittura rafforzati dall'uso ed abuso del ricorso all'art. 28, diventato un *passepartout* per una progressiva traslazione del confronto sindacale dai luoghi di lavoro ai pretori. Né vi poteva ovviare la concertazione a singhiozzo, decollata all'inizio del decennio '80, una volta consegnata definitivamente alla storia l'intensa ma breve stagione della supplenza sindacale; e proseguita nei successivi decenni, '90 e 2000, con una fortuna altalenante a seconda della maggioranza uscita vincitrice dalle urne, a prezzo di una ricaduta non di rado traumatica sulla stessa unità d'azione. Anzi, di per sé, essa favoriva nettamente la trattativa centralizzata, fino al punto di predeterminare, nel Protocollo triangolare del luglio 1993, finalizzato alla politica dei redditi, struttura e dinamica del sistema contrattuale, svuotandolo *a priori* di ogni effettivo margine di manovra. D'altronde tale sistema contrattuale – che costituiva un ritorno al vecchio modello articolato pre-sessantotto –

restava del tutto disarmato, affidato alla "buona volontà" di coloro che l'avevano tenuto a battesimo, *in primis* le tre grandi Confederazioni; ed esposto alla "legittima contestazione" sia dei dissidenti interni, sia dei non aderenti.

2. La pesante eredità dovuta all'assenza di una legislazione "cornice".

Bypassata temporaneamente in forza di una particolare congiuntura politico-sindacale, che, pur restando meta-giuridica, viene ipostatizzata dallo Statuto, la problematica irrisolta della legittimazione degli agenti contrattuali, dell'efficacia della contrattazione, della relazione fra livelli, della resistenza a successive riaperture restava tutta affidata alla dottrina ed alla giurisprudenza. Nella dottrina non mancherà una presa d'atto della crescente ingovernabilità del sistema; ma la sua componente più creativa non riuscirà che ad alimentare una sorta di fuga in avanti: riconoscendo *de iure condito*, a capo delle organizzazioni sindacali aderenti a Confederazioni maggiormente rappresentative, la legittimazione a concludere contratti collettivi con efficacia *erga omnes*[166], peraltro quando la nozione statutaria stava entrando nel pieno della sua crisi; o leggendo, *de iure condendo*, l'art. 39 Cost. come tale da permettere al legislatore ordinario di attuarlo con un cambio nel criterio base, sì da privilegiare la rappresentanza elettiva rispetto alla rappresentanza associativa[167].

Ma se la dottrina poteva far sfoggio di inventiva senza pagare dazio, la giurisprudenza è restata ancorata alla concezione originaria di una capacità delle organizzazioni sindacali a trattare e stipulare per i soli iscritti e di una vincolatività esclusivamente endo-sindacale per i rinvii fra l'uno e l'altro livello. Sicché continuava ad essere esclusa sia un'efficacia *ultra partes*, fatta qualche eccezione faticosamente argomentata, come per i contratti "delegati" e "gestionali"; sia una prevalenza *reale* dei contratti nazionali su quelli aziendali; sia una limitazione *sindacale* della titolarità individuale del diritto di sciopero.

Ci vorrà la legge del 1990 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, perché tutta una dottrina progressista creda di poterla interpretare come una conferma *a posteriori* dell'attribuzione ex art. 40 Cost. della stessa titolarità del diritto alle organizzazioni sindacali, ferma restando l'inevitabile domanda circa quali, tutte o solo quelle "rappresentative". E ci vorrà ancora la legge delega del 1992 e il d.lgs. n. 29 del 1993 per risolvere il problema inscindibile della rappresentatività richiesta per la legittimazione negoziale e dell'efficacia generalizzata del contratto di comparto/area, se pure con un *escamotage* destinato ad aggirare l'art. 39 Cost., fatto proprio, *bon gré, mal gré,* dalla stessa Corte costituzionale; nonché l'altro problema connesso del rapporto vincolante fra contratto nazionale e contratto decentrato, sanzionandolo con un effetto reale destinato, peraltro, a restare un puro *flatus vocis.*

Era la vendetta postuma di una Costituzione, né attuata né riformata, che lo Statuto aveva creduto di poter aggirare sulla base di un'interpretazione che finiva per affidare tutto all'effettività di un'autoregolamentazione lasciata a se stessa. E che il post-Statuto, rivelatosi sempre più sprovvisto di quell'effettività, aveva cercato di ovviare almeno in parte con la chiamata in causa di una disciplina eteronoma, come già ricordato per la contrattazione delegata e gestionale; nonché, più ancora, per la privatizzazione del pubblico impiego.

---

[166] G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

[167] M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, oggi, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.,* 1998, 665.

3. L'Accordo quadro 22 gennaio 2009 e l'Accordo interconfederale 15 aprile 2009.

Una tale pesante eredità era destinata inevitabilmente a rendere *soft* qualsiasi auto-regolazione collettiva, che non potesse contare su un suo proprio *self-enforcing*. Il che era riuscito solo parzialmente per il Protocollo del 23 luglio 1993, che, consapevole di questo, aveva auspicato, con riguardo al punto di maggior sofferenza e di minor incompatibilità con l'art. 39 Cost., «un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori»; mentre aveva preso atto, con un'implicita minor convinzione per la sua evidente problematicità costituzionale, dell'impegno del Governo «ad emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia "*erga omnes*" nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di formalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende» (2. Assetti contrattuali. Rappresentanze sindacali, lett. f). Fossero il Governo e tutte le parti sociali coinvolte in buona o in malafede, certo non se ne fece nulla; anzi il secondo Governo Berlusconi, nel suo Libro Bianco, escluse esplicitamente qualsiasi legge al riguardo, che, fra l'altro, trovava la Cisl tornata sulle sue vecchie posizioni di astensionismo legislativo al riguardo.

Se questo era valso per il Protocollo del 1993, deve valere a maggior ragione per l'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, seguito dall'accordo interconfederale 15 aprile 2009; a maggior ragione perché, fin dal loro varo, denunciano la presenza del vizio genetico per antonomasia, cioè di essere accordi "separati", con l'esplicita chiamata fuori ed aperta ribellione della Cgil, a tutt'oggi la Confederazione con la presenza maggiore, specie nell'industria. Come ho avuto occasione di scrivere a proposito dell'accordo quadro del gennaio 2009[168] l'aggiornamento del precedente Protocollo del '93 atteneva anzitutto e soprattutto all'indicatore della crescita dei prezzi al consumo, dato non più dal tasso di inflazione programmata, ma dall'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia (IPCA), depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici, secondo il giudizio di un "soggetto terzo". Il che metteva la parola fine a quella politica dei redditi che avrebbe dovuto avere come base portante la concertazione sul tasso di inflazione programmata, preliminare e pregiudiziale ad una contrattazione collettiva virtuosa; ma, d'altronde, questa concertazione si era persa strada facendo, mentre la contrattazione collettiva si era progressivamente modellata sui rapporti di forza, attardata nel privato ed accelerata nel pubblico.

Tenendo presente che proprio l'accordo interconfederale del 15 aprile 2009 costituisce lo scenario di fondo dell'accordo di Pomigliano, occorre dedicargli una qualche attenzione. In attuazione dell'accordo quadro del gennaio dello stesso anno, questo accordo interconfederale dell'aprile prefigura il nuovo sistema contrattuale "sperimentale": riconferma la primazia del contratto nazionale, come regolatore dell'intero sistema ad ogni livello e garante di un trattamento comune sull'intero territorio nazionale, peraltro riunificando su base triennale la parte economica e normativa; e, a dire il vero, riprende la vecchia apertura alla contrattazione decentrata, specie aziendale, quale strumento di rilancio della produttività e delle retribuzioni reali.

Di rilievo sono alcuni specifici punti, già prefigurati nell'accordo quadro di gennaio, che rivelano la consapevolezza dei problemi lasciati aperti, ma anche la relativa impossibilità a risolverli per

---

[168] F. Carinci, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali ",* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 86-2009,* e in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2009, fasc. 2, pt. 1, pag. 177.

via contrattuale. Apre l'elenco, per ordine d'importanza, il punto riguardante la rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva, trattato al n. 7.1, che, peraltro, si limita a rinviare ad «uno specifico accordo interconfederale per rivedere ed aggiornare le regole pattizie che disciplinano la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo ivi compresa la certificazione all'INPS dei dati di iscrizione sindacale»: rinvio rimasto ovviamente consegnato ad un futuro perlomeno incerto. Ma è interessante sottolineare il fatto che il punto sulla rappresentanza viene come strettamente connesso con quello riguardante il dovere di pace sindacale, considerato subito dopo, al n. 7.2: «Per un regolare sistema di relazioni industriali le parti si impegnano a rispettare ed a far rispettare – nell'esercizio del cosiddetto potere d'influsso proprio delle organizzazioni di rappresentanza delle imprese e dei lavoratori – tutte le regole che liberamente sono definite in materia di contrattazione collettiva».

Pare così riemergere dalle nebbie del passato il rapporto fra rappresentanza e responsabilità sindacale, perché l'espressione "tutte le regole" è così ampia da non poter essere di per sè limitata a quelle "procedurali", attinenti ai processi formativi; ma da dover essere estesa anche a quelle "sostanziali", riguardanti i contenuti degli accordi. Solo che, poi, è assente qualsiasi accenno ad un regime sanzionatorio di tale dovere d'influenza. Di fatto ci si limita a prevedere una procedimentalizzazione dei rinnovi, comprensiva di una "tregua" che di per sé risulta temporanea: cosa ovvia, essendo in funzione di una trattativa in corso, ma non conclusa. Per i rinnovi di I livello, il n. 2.4 (che non richiede esplicitamente proposte sottoscritte da tutte le organizzazioni sindacali) prevede una tregua sindacale estesa dai sei mesi antecedenti al mese successivo alla scadenza, in cui non può essere assunta alcuna iniziativa unilaterale, né svolta alcuna azione diretta, con la conseguenza che in caso di una sua inosservanza «si può esercitare il diritto di chiedere la revoca o la sospensione dell'azione messa in atto». Diritto, peraltro, che rimane del tutto disarmato, mentre ad interessare è esclusivamente il perpetuarsi di un eventuale stallo negoziale, con a rimedio *soft,* trascorsi inutilmente sei mesi dalla scadenza, «l'interessamento del Comitato paritetico per la gestione del presente accordo interconfederale».

Per i rinnovi di II livello, il n. 3.5 (che esige *apertis verbis* piattaforme «sottoscritte congiuntamente dalle rappresentanze sindacali unitarie e dalle strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto nazionale») prescrive un'uguale tregua sindacale estesa dai due mesi precedenti al mese successivo fino alla scadenza, ma senza riaffermare per il caso di una sua violazione la possibilità di chiedere la revoca o la sospensione dell'azione intrapresa. Ma il contratto di I livello può prevedere che dopo cinque mesi dalla scadenza, passati infruttuosamente, intervengano le rappresentanze territoriali delle parti stipulanti il contratto di I livello.

A sua volta il n. 3.6 menziona anche un procedimento conciliativo intersindacale (prima a livello territoriale e, poi, nazionale), che, in caso di fallimento, sfocerà in un arbitrato; ma solo ed esclusivamente per le «eventuali controversie che dovessero insorgere nella applicazione delle clausole tutte così come definite nel presente punto 3», relativo al secondo livello di contrattazione.

Poco con riguardo al principio dei *pacta sunt servanda*; niente con rispetto al rischio di accordi "separati": rischio che, *more solito*, viene esorcizzato, con un *mix* di ideologismo e di pragmatismo: da un lato, pagando un rituale omaggio all'unità d'azione sempre più smentita dai fatti; dall'altro, prendendo atto dell'insolubile dissenso intersindacale circa le modalità con cui affrontare e gestire il fenomeno. Ci si fa carico, invece, del *gap* di effettività nella copertura retributiva, che dovrebbe derivare dal previsto alleggerimento del contratto nazionale a pro del contratto

decentrato, essendo ben noto che quest'ultimo è spesso assente; e lo si fa al punto n. 4, col prevedere un elemento di garanzia retributiva, «a favore dei lavoratori dipendenti di aziende prive di contrattazione di secondo livello e che non percepiscono altri trattamenti economici individuali o collettivi oltre a quanto spettante per contratto collettivo nazionale di categoria».

Last, but not least, viene in considerazione il n. 5, dettato in tema di "Intese per il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio". Occorre premettere che il sistema contrattuale resta rigidamente basato sul primato del contratto nazionale: ai sensi del n. 2.3, «Il contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria definisce le modalità e gli ambiti di applicazione della contrattazione di secondo livello nello spirito *dell'attuale prassi negoziale*», formula compromissoria, quest'ultima, che, nata sulla crisi della contrattazione articolata, avrebbe dovuto sanzionare lo *status quo* nell'estensione della negoziazione aziendale. Poi, per assicurare questo primato del contratto nazionale, viene posto quel che appare un duplice sbarramento congiunto, con esclusione di quanto non oggetto del rinvio e già trattato dal contratto nazionale: «La contrattazione di secondo livello si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte dal contratto collettivo nazionale di categoria o dalla legge, e deve riguardare materie ed istituti che non siano già stati negoziati negli altri livelli di contrattazione, secondo il criterio del *ne bis in idem*». Appare, ma a dire il vero, riesce solo un *mixage* improprio fra i ben noti criteri del rinvio e della specializzazione, declinata al negativo, cioè come *ne bis in idem*; improprio, perché i due criteri non possono operare congiuntamente, ma disgiuntamente, sicché al posto dell' "*e*" ci sarebbe dovuto essere un "*o*": stando al primo criterio, deve esserci un rinvio; ma, stando al secondo, anche quando non c'è, può riaprirsi il tavolo decentrato, peraltro solo su quanto non predefinito a livello superiore. Sicché non ne riesce affatto chiaro il senso e il rilievo.

Il n. 5 prevede il possibile inserimento nel contratto di categoria di un rinvio che dilata la specializzazione, facendole superare la linea di confine del *ne bis in idem*: «Allo scopo di governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area» il contratto di categoria può autorizzare la stipula di intese tra le Associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto, per «modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi» disciplinati a livello nazionale. E, dopo avere offerto un elenco esemplificativo dei parametri oggettivi che lo stesso contratto di categoria deve selezionare per rendere esercitabile la deroga, richiede ulteriormente la preventiva approvazione di tali intese ad opera delle parti stipulanti il contratto di categoria.

Sia chiaro, non è affatto detto che la deroga debba essere *in peius,* perché si parla di "modifica", da intendersi come un adattamento alla situazione esistente; ma, data la barocca procedura di garanzia, appare evidente come l'ipotesi di intese ablative sia quella tenuta presente.

4. L'accordo di Pomigliano 15 giugno 2010.

Delineato lo scenario di fondo, è possibile far entrare quello che è stato, *bon gré, mal gré*, il protagonista assoluto del quarantesimo dello Statuto. L'accordo di Pomigliano fa emergere drammaticamente un problema non da ieri assolutamente prioritario, cioè quello di una mobilità degli investimenti e degli stabilimenti, sia nell'ambito di un globo sempre più piccolo, sia nel contesto del mercato comune, dove tale mobilità è più che permessa, cioè addirittura considerata fisiologica. La "nuova" Panda può essere prodotta in Polonia, dove è già costruita la "vecchia", oppure in Italia: se si affidasse ad un puro calcolo di costo per ogni singola auto, una società internazionale

come la Fiat Group Automobiles S.p.A, portata ad operare a misura mondo, sceglierebbe la Polonia; se si facesse carico dell'effetto complessivo su un mercato interno "assistito", una società, pur sempre ad origine e connotazione nazionale, opterebbe per l'Italia. Ma la scelta si muove all'interno di una forcella molto stretta, essendo in gioco la somma di ben 700 milioni di euro, sicché scartare la Polonia a favore dell'Italia, è parso possibile solo a condizione di elevare la produttività del lavoro dello stabilimento napoletano, sia aumentando turni, ritmi e rendimenti; sia governandone assenze per malattia ed astensioni dal lavoro.

Né più, né meno lo stesso problema che affatica decine di realtà produttive, facilitato o aggravato dallo stato delle relazioni industriali. E, a Pomigliano, ad essere in ballo sono la Fiat, il simbolo stesso della grande industria, e la Fiom, il porta-vessillo della forza lavoro occupata nella grande fabbrica: l'una e l'altra dotate di una lunga storia, nonché di una indubbia influenza all'interno dei rispettivi universi di riferimento e di una collaudata rilevanza politica, se pur a corrente alternata. Fronte a fronte, perché la Fiat ha la possibilità di effettuare una scelta, che la sua nuova direzione all' "americana", quasi mitizzata per averne risollevato le fortune, desidera sfruttare con tutta la forza spiegabile; ma, a sua volta, la Fiom ha l'opportunità di recitare appieno la parte a lei congeniale di organizzazione rimasta forte e pura nell'ambito di una Cgil confusa e rinunciataria; nonché di continuare la sua guerriglia a livello aziendale contro il contratto nazionale "separato" del giugno del 2009. Quando il gioco si fa duro, i duri cominciano a giocare, com'è, appunto, successo a Pomigliano, con uno sbocco rimasto drammaticamente aperto, dopo quel *referendum* del 23 giugno 2010, che ha visto vincere il sì con un 62,2%, una buona percentuale, ma ben al disotto di quella considerata dalla Fiat come di sicurezza.

Non è il caso di riprendere qui in dettaglio l'intero contenuto dell'accordo di Pomigliano, dato che, poi, ad interessare sono solo alcuni suoi punti. Viene per primo quanto ne costituisce il nocciolo duro, cioè l'adattamento del regime nazionale e aziendale al nuovo modello di organizzazione del lavoro: orario individuale di 40 ore e processo produttivo continuo per 6 giorni di 24 ore su sette e distribuito su 18 turni, con la mezz'ora della refezione a fine turno (n. 1); straordinario da prestarsi a richiesta dell'azienda portato a 120 ore annuali (ora 40) (n. 2); riassegnazione delle mansioni per assicurare un corretto rapporto fra diretti ed indiretti (n. 3); mobilità interna da area ad area per garantire la quantità di produzione prevista per linea e turno, con un corretto rapporto produzione/organico (n. 4); adozione del sistema Ergo-UAS, di cui all'allegato tecnico n. 2 (considerato elemento dell'accordo), con la previsione di tre pause di dieci minuti ciascuna (ora due da trenta minuti) (n. 5); recuperi produttivi effettuati, oltre che nella mezz'ora di intervallo fra i turni, anche nel 18 turno e nei giorni di riposo individuale, qui, però, previo esame congiunto con la Rsu (n. 7).

Il perno è costituito proprio dall'adozione di quel sistema Ergo-Uas, già introdotto a Mirafiori sulla linea della Mito: sistema apprezzabile sulla carta, dato che privilegia la dimensione ergonomica, correlando "fatica" e "durata" della prestazione, sicché un'operazione più faticosa viene premiata con un'esecuzione più lunga; ma, utilizzabile nella prassi, come qualsiasi altro figlio o nipote più o meno legittimo del taylorismo, per una progressiva intensificazione dell'uso della forza lavoro.

Sul fronte della retribuzione, c'è l'esclusione di qualsiasi integrazione aziendale per i lavoratori messi in Cigs, obbligati a partecipare alla formazione necessaria per attivare la nuova organizzazione del lavoro (n. 6): Cigs destinata a durare per due anni dall'inizio degli investimenti (n. 9); nonché c'è l'abolizione di voci retributive, tramite il loro accorpamento nella voce "superminimo

individuale non assorbibile", secondo importi forfetari, riservati ai dipendenti già in forza, con esclusione dei nuovi assunti (n. 10).

Su ciascuno di questi punti relativi all'organizzazione del lavoro ed alla retribuzione c'è stata una vivace *querelle*, che, però, ha raggiunto l'apice, con la chiamata in causa, oltre che della legge, della stessa Costituzione, a proposito di altri tre punti: il n. 8 ("assenteismo"), il n. 14 ("clausola di responsabilità") ed il n. 15 ("clausole integrative del contratto individuale di lavoro"). Limitandoci qui ad un mero riporto, con un rinvio per un esame del loro impatto, il n. 8, sull'assenteismo, prevede: a) per «contrastare forme anomale di assenteismo che si verifichino in occasione di particolari eventi non riconducibili a forme epidemiologiche … nel caso in cui la percentuale di assenteismo sia significativamente superiore alla media … la non copertura retributiva a carico dell'azienda», con la possibilità che una commissione paritetica esamini «i casi di particolare criticità a cui non applicare quanto sopra previsto»; b) dato «l'elevato livello di assenteismo ... in concomitanza con le tornate elettorali politiche, amministrative e referendum …» la possibilità di chiudere lo stabilimento «per il tempo necessario», con ricorso per la copertura retributiva «a istituti retributivi collettivi (PAR residui e/o ferie)» e con recupero della produzione «senza oneri aggiuntivi a carico dell'azienda»; c) «il riconoscimento dei riposi/pagamenti di cui alla normativa vigente in materia elettorale … esclusivamente nei confronti dei presidenti, dei segretari e degli scrutatori di seggio regolarmente nominati».

Il n. 14, sulla clausola di responsabilità, è stato di gran lunga il più chiacchierato. Esso è composto da due parti, che hanno a premessa il fatto che l'accordo «costituisce un insieme integrato, sicché tutte le sue clausole sono correlate ed inscindibili fra loro». I destinatari degli obblighi sono comuni, cioè le organizzazioni sindacali e la Rsu, naturalmente se ed in quanto firmatarie. Risultano diversi i comportamenti di cui i destinatari sono responsabili: nella *prima* parte «il mancato rispetto degli impegni assunti ovvero comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni concordate per la realizzazione del Piano e i conseguenti diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti all'Azienda posti in essere dalle Organizzazioni sindacali e/o dalla Rsu, anche a livello di singoli componenti»; nella *seconda*, i «comportamenti individuali e/o collettivi, dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente accordo ovvero a rendere inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso all'Azienda». Ma le sanzioni appaiono uguali, sempre a carico delle organizzazioni sindacali e della Rsu: la *prima* parte contempla la liberazione dell'Azienda: a) «dagli obblighi derivanti dal presente accordo»; b) nonché … «da quelli derivanti dal CCNL Metalmeccanici in materia di: - contributi sindacali, - permessi sindacali retribuiti di 24 ore al trimestre per i componenti degli organi direttivi nazionali e provinciali delle Organizzazioni Sindacali»; c) nonché «dal riconoscimento e conseguente applicazione delle condizioni di miglior favore rispetto a CCNL Metalmeccanici contenute negli accordi aziendali in materia di: - permessi sindacali aggiuntivi oltre le ore previste dalla legge 300/70 per i componenti della Rsu, - riconoscimento della figura di esperto sindacale e relativi permessi sindacali»; e, la *seconda* rinvia alla prima, prevedendo a favore dell'Azienda «gli stessi effetti liberatori di quanto indicato alla precedente parte del presente punto».

A sua volta il n. 15, sulle clausole integrative del contratto individuale di lavoro, sancisce a carico dei singoli dipendenti, che «le clausole del presente accordo integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerarsi correlate e inscindibili, sicché la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare di cui agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari

conservativi e ai licenziamenti per mancanze e comporta il venir meno dell'efficacia nei suoi confronti delle altre clausole».

A chiusura c'è, peraltro, il n. 16, che introduce una Commissione paritetica di conciliazione, «sede preferenziale e privilegiata per esaminare le eventuali specifiche situazioni che concretizzino il mancato rispetto degli impegni assunti dalle Organizzazioni Sindacali firmatarie del presente accordo nonché per esaminare l'operatività delle conseguenze ivi previste nei confronti delle Organizzazioni Sindacali, fermo restando che, in assenza di una valutazione congiunta delle parti, l'Azienda procederà secondo quanto previsto dal punto 14 del presente accordo». E «nel corso della procedura suddetta, le Organizzazioni sindacali non faranno ricorso all'azione diretta e … da parte aziendale non si procederà in via unilaterale».

Del tutto scontato, poi, il n. 13, sulla decadenza degli accordi, per cui la «presente intesa annulla e sostituisce quanto precedentemente pattuito sulle medesime materie».

5. Il problema dell'efficacia.

Dal punto di vista del giurista del lavoro l'accordo di Pomigliano è classificabile come un contratto aziendale, con a suo referente il contratto di categoria, che, peraltro, come si vedrà, è uno o duplice, a seconda del punto di vista; anche se lo è in modo peculiare, dato che il datore è un gruppo a dimensione e rilevanza globale, tanto da far apparire il contratto di categoria di riferimento, costruito sul classico imprenditore metalmeccanico nazionale, come non del tutto esaustivo.

Il problema dei problemi è quello dell'efficacia, scomponibile in due sottoproblemi, riferibili, per così dire, ad una duplice dimensione: quella orizzontale, con riguardo all'*unit bargaining* di riferimento; quella verticale, con rispetto al rapporto fra livelli. Circa la prima (orizzontale) è sufficiente ricordare che quello di Pomigliano è anzitutto un contratto c.d. di diritto comune, come tale efficace di per sé nei confronti dei soli aderenti ai sindacati stipulanti, salvo le ben note estensioni giurisprudenziali e legislative, sì da non poter essere imposto agli iscritti ad altri sindacati e ai non iscritti. Poi, fatto non irrilevante, è un contratto aziendale, che un indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ha cercato di considerare efficace rispetto a tutti i dipendenti, con ricorso a vari meccanismi, da quelli intrinseci (il suo stesso essere relativo ad una realtà produttiva occupazionale) a quelli estrinseci (il suo essere stato approvato in un referendum dalla maggioranza dei lavoratori), senza, peraltro, eccessivo successo. Ad aggravare il tutto c'è il fatto che l'accordo di Pomigliano è al tempo stesso "separato" ed "ablativo"; e lo è con ad oggetto un totale rinnovamento del modello organizzativo, certo non spezzettabile secondo l'orientamento sindacale di ogni singolo lavoratore.

Non per niente si è fatto ricorso ad un *referendum*, peraltro per impulso delle sole Fim e Uilm, con la Fiom nettamente contraria, fino al punto di considerarlo già in partenza illegittimo e comunque svolto sotto il ricatto del posto di lavoro. Ma il suo significato rimane a tutt'oggi più che altro politico: a contare non era il sì, dato per scontato, quanto piuttosto il dato percentuale. Tant'è che il risultato positivo del 62% non è stato considerato affatto soddisfacente, perché tale da lasciar fuori quasi un 30%, maggiore del peso relativo della Fiom: circa un terzo di contrari, che rimane tale, anche se accompagnato dal sospetto che più di uno abbia votato no, sicuro che il sì sarebbe comunque riuscito vincitore.

Passando, ora, dalla dimensione orizzontale a quella verticale, bisogna ulteriormente distinguere fra parte obbligatoria e normativa, perché l'eventuale inosservanza di un contratto nazionale da parte di uno aziendale può dar vita ad una responsabilità contrattuale fra le controparti stipulanti o ad una responsabilità associativa all'interno delle stesse controparti, fra istanze superiori ed inferiori; ma non può, per un indirizzo giurisprudenziale consolidato, rendere invalido od inefficace o comunque inapplicabile il contenuto del contratto aziendale, se pur derogatorio *in peius*. Peraltro a far da sfondo non c'è un unico contratto nazionale: vi è, anzitutto, il c.c.n.l. 20 gennaio 2008, "unitario", che, seguendo il vecchio modello introdotto dal protocollo del luglio 1993, rinnova la parte normativa per il quadriennio 2008-2011; vi è, poi, il c.c.n.l. 15 ottobre 2009, "separato", che, attuando il nuovo modello introdotto dall'accordo interconfederale 15 aprile 2009, anch'esso "separato", unifica e ritocca la parte economica e quella normativa (specie la prima, con riguardo al mutato indicatore dei prezzi al consumo), dando loro una comune scadenza triennale. A dire il vero il problema del rapporto fra l'uno e l'altro contratto rimane aperto, perché il secondo non ridisciplina tutta la materia, ma se la cava conservando quella parte che non innova: sicché c'è chi sostiene che il primo sopravviva modificato dal secondo (effetto modificativo); e c'è chi ritiene che il secondo incorpori quanto salvato del primo (effetto sostitutivo) Ma questa *reductio ad unum*, comunque la si effettui, non rende generale tale effetto, sostitutivo o modificativo che dir si voglia: il contratto "unitario" rimane efficace nella sua interezza per il sindacato e per i lavoratori dissenzienti rispetto a quello "separato"; mentre il contratto "separato" diviene efficace solo per i sindacati e per i lavoratori consenzienti.

Di fatto la partita è tutt'altro che chiusa, perché la Fiom, che s'è chiamata fuori dal contratto del giugno 2009 – confortata da un *referendum* aperto a tutti i lavoratori – sta per battere pesantemente la via giudiziaria, con una raffica di ricorsi per comportamento antisindacale.

Questo, però, non cambia la risposta, solo la complica, perché la deroga *in peius* dovrà fare i conti – in partenza – con i diversi ambiti di efficacia dei due contratti nazionali, l' "unitario" ed il "separato"; ma – soprattutto in arrivo – con quelli dei contratti aziendali, nonché coi comportamenti di adesione o acquiescenza dei lavoratori.

Se invece che dall'ordinamento "statuale" si parte dall'ordinamento "intersindacale", allora c'è da osservare che né il primo, né il secondo contratto nazionale fanno riferimento ad una possibile deroga *in peius*. Comprensibile per quello "unitario", meno per quello "separato", perché quest'ultimo è figlio di quell'Accordo interconfederale dell'aprile 2009, anch'esso "separato", che richiede il previo consenso del c.c.n.l. perché ne possa seguire, a livello territoriale, un accordo modificativo, implicitamente anche peggiorativo, in ragione di una crisi o in funzione di una ripresa economica ed occupazionale.

6. Le presunte clausole *contra legem*.

Il *vulnus* politico-sindacale è evidente: un contratto aziendale "separato" derogatorio di un contratto collettivo nazionale "unitario" e neppure "legittimato" *apertis verbis* dal successivo contratto nazionale "separato", a sensi del suo stesso padre, l'accordo interconfederale dell'aprile del 2009, anch'esso "separato". Ma anche a prescinderne, rimane che l'accordo di Pomigliano è efficace nel limite sopra visto, cioè con riguardo ai sindacati stipulanti, ai loro iscritti, nonché a coloro che comunque lo facciano esplicitamente od implicitamente proprio. Efficace di massima, perché occorre poi verificare la contrarietà o meno di singole clausole a norme imperative di legge, a cominciare da quelle deducibili dalla carta fondamentale.

In questa sede ci si libera rapidamente di quelle relative al nuovo modello organizzativo, alla retribuzione ed all'assenteismo, perché secondo un primo sommario esame non sembrano tali da far coltivare dubbi fondati. Pare qui di poter condividere le valutazioni di tutta una prima dottrina circa la compatibilità con il d.lgs. n. 66 del 2003 delle clausole in tema di orario; con l'art. 2103 Cod. Civ., di quelle in tema di mobilità professionale; con il regime della Cigs, di quelle in tema di esclusione di un'integrazione retributiva a carico dell'azienda per i cassintegrati obbligati a frequentare corsi di formazione; con il trattamento retributivo *ex lege*, di quelle in tema di limitazione del "superminimo individuale non assorbibile" ai soli lavoratori in forza.

D'altronde il fuoco si è concentrato altrove, a cominciare dalle clausole riguardanti l'esclusione dell'indennità integrativa a carico dell'azienda in caso di malattia, considerate illegittime ai sensi degli artt. 2110 Cod. Civ. e 32 Cost. Ma si ha avuto buon gioco ad obbiettare che trattasi di disciplina ulteriore rispetto a quella legale: la contrattazione collettiva, così come può o meno introdurla o mantenerla, può altresì condizionarla ad un dato di fatto ragionevole, quale quello di «una percentuale di assenteismo ... significativamente superiore alla media», peraltro da interpretarsi in relazione all'espressa finalità di «contrastare forme anomale di assenteismo che si verifichino in occasione di particolari eventi non riconducibili a forme epidemiologiche, quali in via esemplificativa e non esaustiva, astensioni collettive dal lavoro, manifestazioni esterne, messa in libertà per cause di forza maggiore o per mancanza di forniture». Non è sufficiente l'esistenza di una percentuale ben al di sopra della media; ma è necessaria la concomitante presenza di particolari «eventi non riconducibili a forme epidemiologiche». Certo esiste la concreta possibilità che lavoratori in buona fede paghino per tutti, ma è una possibilità da dar per scontata in una prospettiva collettiva; e, peraltro, è contemplata una commissione paritetica per l'esame dei «casi di particolare criticità a cui non applicare quanto sopra previsto». D'accordo, poi, che sia una forma sostitutiva rozza della carenza di tempestività e credibilità della normativa legale; ma, come dice il proverbio, spesso bisogna fare di necessità virtù.

Né appare significativo il richiamo al diritto alla salute, perché *in casu* viene in rilievo non la salute, ma la garanzia di un'indennità integrativa la cui mancanza non è di per sé idonea metterlo in discussione; tant'è che se così fosse, dovrebbe essere sancita dalla legge e non rimessa alla discrezionalità della contrattazione collettiva.

Il che non esclude affatto che, qui come altrove, un opportuno approfondimento finisca per mettere in evidenza aspetti problematici; e che, se l'accordo camminerà, tali aspetti possano trovare una giurisprudenza critica. Ma permette di concentrarci sulle due clausole che hanno fatto più parlare di sé, come pre-costituenti il modello contrattuale del futuro, da promuovere o da combattere a seconda delle parti in campo: la clausola di responsabilità e le clausole integrative del contratto individuale di lavoro.

Viene messo o meno in discussione quel diritto di sciopero ex art. 40 Cost., a tutt'oggi ricostruito come a titolarità individuale e ad esercizio collettivo, coi limiti "interni" ed "esterni" prefissati dalla giurisprudenza delle due Corti, Costituzionale e di cassazione, nonché per i servizi pubblici essenziali dalla legge n. 146 del 1990? Dato come affatto per scontato che è un diritto non assoluto ma relativo, nel senso atecnico già prefigurato da Calamandrei, cioè destinato a fare i conti con qualsiasi altro diritto di rango superiore od anche pari, secondo il criterio aureo del bilanciamento, il problema parrebbe essere quello classico della sua indisponibilità, dal sindacato o dal singolo. Ma il cinquantennale tormentato dibattito in materia, che molto ha risentito dell'altale-

nante andamento del conflitto, ci permette di distinguere fra comportamento collettivo (promozione, proclamazione, conduzione, dissuasione) e, rispettivamente, individuale (astensione dal lavoro). È difficile dubitare oggi che il sindacato possa disporre del suo comportamento, assumendo obblighi ed accettando sanzioni con riguardo alla dote di diritti derivantegli dallo stesso contratto, fermo restando il problema del se possa "rivalersi" nei confronti degli associati disubbidienti: cioè, per dirla in termini giuridici, possa stipulare clausole di tregua sindacale, comportanti l'obbligo di "rispettare e far rispettare" tutte od alcune parti del contratto, per l'intera sua durata o per una certa fase temporale; e possa, altresì convenire su sanzioni che lo riguardino e tocchino direttamente.

a) la clausola di responsabilità.

Premesso questo, c'è da dire che la clausola di responsabilità (n. 14 dell'accordo) trova la sua anticipazione nel già visto n. 7.2 dell'accordo interconfederale dell'aprile 2009, dove è esplicitamente contemplato un dovere di pace sindacale, peraltro del tutto disarmato. La nostra clausola lo trasforma e lo arma, se pur in maniera complicata e confusa, perché proprio qui emerge con chiarezza il contrasto fra ciò che la Fiat vuole e ciò che un accordo "separato" può concederle. Ne è testimone il divario fra la prima parte della clausola, che concerne il comportamento delle organizzazioni sindacali stipulanti, e la seconda, che attiene al comportamento individuale e/o collettivo dei lavoratori; divario che viene risolto con un artificio del tutto forzante rispetto alla prassi collettiva. Già lo sarebbe stato, se si fosse esteso il dovere di pace sindacale, *sub specie* di potere d'influenza, a tutti i lavoratori associati e non associati alle organizzazioni sindacali stipulanti; lo è a maggior ragione, visto che si finisce per trasformare un "obbligo di mezzi" a tenere un comportamento proprio, in un "obbligo di risultato" a garantire una condotta altrui: da una responsabilità soggettiva ad una oggettiva.

Nella *prima* parte della clausola, le organizzazioni sindacali e/o le Rsu rispondono soggettivamente di un comportamento proprio, con riguardo ad *quantum* esigibile assai ampio: inosservanza di clausole contrattuali, considerate tutte correlate ed inscindibili; ovvero tenuta di un comportamento idoneo «a rendere inesigibili le condizioni concordate per la realizzazione del Piano e i conseguenti diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti all'Azienda». Qui i soggetti collettivi sembrano chiamati in causa per se stessi e non per i loro associati, sicché non è esplicitamente richiesto l'esercizio del dovere d'influenza; ma questo è facilmente spiegabile in un testo redatto nella prospettiva di un accordo "separato": il dovere d'influenza nei confronti dei propri associati viene assorbito e superato da quanto previsto nella seconda parte, circa il loro essere comunque responsabili di qualsiasi comportamento, individuale e/o collettivo, tenuto da tutti i lavoratori, loro iscritti o meno. E sempre nella prospettiva di un accordo "separato", da un lato, le Rsu sono menzionate con un e/o, essendo scontato un loro dissenso in quanto strutture unitarie; dall'altro vengono corresponsabilizzati anche i suoi "singoli componenti", con implicito riferimento a quelli facenti capo ai sindacati stipulanti.

Nella *seconda* parte, le organizzazioni sindacali e/o le Rsu rispondono oggettivamente di un comportamento altrui, cioè del personale, con rispetto ad un contenuto obbligatorio parzialmente coincidente con quello della prima: tenuta di un comportamento individuale e/o collettivo, quindi di un singolo o di un gruppo, idoneo a violare le clausole ovvero «a rendere inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso all'azienda».

Che siano le organizzazioni sindacali e/o le Rsu firmatarie ad essere sempre e comunque responsabili trova piena conferma nel fatto che le sanzioni loro applicabili di cui alla prima parte, sono richiamate nella seconda. La sanzione costituita dalla liberazione dell'azienda "dagli obblighi derivanti dal presente accordo", ha qualcosa che richiama da vicino la clausola risolutiva espressa. Come noto la rilevanza di tale clausola dipende dalla sua formulazione, affidata alla piena libertà delle parti; e qui questa formulazione sembra tale da richiedere qualcosa di molto vicino ad una messa in crisi dello stesso progetto; tant'è che nella prima parte si parla sì genericamente di «mancato rispetto degli impegni … assunti dalle Organizzazioni Sindacali e/o dalla Rsu», ma si completa la frase con un «ovvero comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni concordate per la realizzazione del Piano», che dà la misura della gravità richiesta; e, più chiaramente, nella seconda parte, si parla di comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori che violano l'accordo «in misura significativa», sì da far «venir meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale ed inficiando lo spirito che lo anima». Insomma ci vuole qualcosa di molto grosso, tale da rendere l'eventuale attivazione della clausola una presa d'atto del fallimento dell'esperimento, perché ne seguirebbe non un *revival* del previgente regime collettivo, categoriale ed aziendale, ma uno *stop* senza futuro alcuno.

L'altra sanzione è costituita dalla liberazione dell'azienda con riguardo alla dote contrattuale dei diritti sindacali, incrementale rispetto a quella legale. Non sembra esserci niente da eccepire circa la sua legittimità legale in via di principio, ma qualcosa circa la sua stesura, a cominciare dal fatto che sembra essere cumulativa rispetto alla "clausola risolutiva espressa" e giustificata in base ad un'identica gravità della violazione sanzionata. Ma, a ben guardare, può essere solo alternativa, perché se scatta la risoluzione, con conseguente cessazione dell'attività, vien meno la stessa possibilità di eliminare la dote contrattuale; e, proprio per questo, l'eventuale eliminazione di tale dote deve essere motivata in forza di una minor gravità, cioè certo non tale da compromettere l'esperimento in corso. Ma, fermo restando che tale liberazione può avvenire solo per le organizzazioni sindacali firmatarie, resterà da approfondire qualche problema con riguardo alla diversa struttura e dinamica dei contributi e, rispettivamente, dei permessi; alla ripartizione della date spettante alla Rsu, nell'eventualità, peraltro verificatasi, di una sua mancata partecipazione come tale; all'assenza di qualsiasi delimitazione temporale.

Alla luce di questa lettura, può dirsi che la clausola in parola comprometta di per sè il diritto di sciopero? Certo i "comportamenti individuali e/o collettivi" di cui si parla nella seconda parte della clausola ricomprendono anche lo sciopero; ma non pare corretto dire che solo per questo la clausola sarebbe qui illegittima per contrarietà all'art. 40 Cost. Come visto, sono obbligati e sanzionabili solo i soggetti collettivi firmatari: così come possono impegnarsi non solo a non promuovere e proclamare scioperi, ma anche a dissuadere i loro iscritti dal parteciparvi; altrettanto possono rendersi garanti del fatto che non vi siano scioperi in violazione dell'accordo, siano gli scioperanti iscritti o non iscritti. C'è un "ma", però, che riguarda le sanzioni, perché mentre la soppressione della dote contrattuale dei diritti sindacali tocca i soggetti collettivi stipulanti; l'attivazione della clausola risolutiva espressa riguarda direttamente e formalmente tali soggetti, ma indirettamente e materialmente tutti i lavoratori. Ed effettivamente ricollegare ad uno sciopero un eventuale scioglimento del patto, con conseguente arresto dell'esperimento, se pur rendendone oggettivamente responsabili i soggetti collettivi che lo hanno sottoscritto, appare per lo meno discutibile, perché costituente di per sé un deterrente del tutto paralizzante.

Ma non bisogna prendere troppo alla lettera questa clausola, perché la valutazione della rilevanza delle eventuali violazioni e dell'operatività delle sanzioni "è rimessa ad una commissione paritetica di conciliazione" (n. 16 dell'accordo), che di certo cercherà di effettuarla *cum grano salis*, dato che senza una piena collaborazione fra le parti, capace di farsi carico della gestione di un accordo "separato", l'insuccesso sarebbe assicurato. Sicché sembra più una formula di maniera che un'effettiva minaccia quella per cui l'Azienda, una volta fallita la procedura di conciliazione, «sarà libera di procedere secondo quanto previsto dal punto 14 del presente accordo».

Casomai è interessante notare come la procedura sia accompagnata da una tregua: «nel corso della procedura …, le Organizzazioni sindacali non faranno ricorso all'azione diretta e … da parte aziendale non si procederà in via unilaterale». Se si deve prevedere esplicitamente una sospensione di qualsiasi iniziativa "conflittuale" nel corso della procedura, ciò significa che lo stesso aprirsi di una controversia sulla sussistenza di violazioni e sulla applicabilità delle sanzioni, fa venir meno qualsiasi preesistente dovere di pace sindacale; poi, se si concilia bene, se non si concilia male, ma la sospensione cessa e la lotta può ricominciare. Sembra una cosa di poco conto, ma in verità ha una grande importanza, perché tale da poter destabilizzare l'intero sistema, almeno sulla carta. Un esempio servirà alla bisogna: tenendo presente proprio lo sciopero, mettiamo che ce ne sia uno di cui si controverta se sia o meno di reazione ad un inadempimento dell'azienda, quindi più o meno sanzionabile; bene, una volta iniziata la controversia, ciascuna delle parti recupera la sua libertà di azione, bloccata per la durata della procedura, ma sbloccata in assenza di una sua conclusione positiva. C'è il rischio di una spirale viziosa, dove il conflitto alimenta il conflitto; almeno sulla carta ripeto, perché, una volta iniziato, l'esperimento godrà di una terribile forza d'inerzia, tale da rendere le parti, le quali vi hanno impegnato e vi impegneranno un crescente capitale finanziario e politico sindacale, estremamente cooperative, prudenti e responsabili.

b) le clausole integrative del contratto individuale di lavoro.

Sono state chiamate in causa anche le clausole integrative del contratto individuale di lavoro (n. 15 dell'accordo): le clausole dell'accordo verrebbero integrate nel contratto individuale, sicché eventuali violazioni di alcune di esse rileverebbero come infrazioni disciplinari «di cui agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari conservativi e ai licenziamenti per mancanze»; e, per chi le ha violate, perderebbero d'efficacia anche tutte le altre clausole del patto.

Un bel pasticcio, non c'è che dire, di cui è chiaro lo scopo dissuasivo, ma assai meno il fondamento giuridico, dato anche l'apparente, discutibilissimo presupposto dell'incorporazione di un patto collettivo nel contratto individuale. Quanto al primo punto (quello del "disciplinare") riesce evidente che rinviare in questo modo al contratto collettivo di categoria significa far riferimento non all'elenco delle infrazioni così com'è, ma come sarebbe se ricomprendesse tutte quelle relative a violazioni delle clausole dell'accordo; sicché ne sarebbero inevitabilmente elusi i requisiti minimi del procedimento disciplinare, quali una sufficiente certezza delle trasgressioni, nonché la proporzionalità delle sanzioni. Quanto al secondo punto (quello dell' "efficacia"), appare chiaro che ricollegare a singole violazioni la perdita d'efficacia di tutte le clausole dell'accordo, significa introdurre una nuova sanzione, che risulta sempre estintiva, perché una volta sottratto all'ombrello dell'accordo, il rapporto non potrebbe certo sopravvivere in quel determinato contesto: né più, né meno, con buona pace della disciplina imperativa relativa all'esercizio del potere disciplinare e del potere di licenziamento.

Si può anche non condividere quanto appena scritto, ma, comunque, questo n. 15 non è assolutamente in grado di trasformare un'astensione dal lavoro collettiva in un'infrazione disciplinare, non fosse altro perché, producendo questa una sospensione del rapporto, non rileverebbe più quanto dovuto ai sensi del contratto sia stato o meno quest'ultimo integrato col contenuto di un accordo collettivo.

7. Praticabilità attuale e prospettiva futura del modello Pomigliano.

Se il futuro dell'accordo di Pomigliano fosse affidato al solo diritto, dato il carattere di accordo "separato" ed il contenuto perlomeno "problematico" delle clausole appena viste che ne dovrebbero garantire il funzionamento, non varrebbe la pena di scommettervi più di tanto. Ma non lo è, perché è affidato soprattutto allo sforzo congiunto delle parti stipulanti. Esse sanno bene che il difficile è tutto all'inizio; una volta partito, l'esperimento guadagnerà consenso, progressivamente, col suo stesso assestamento e consolidamento: si sdrammatizzerà il "nuovo" modo di lavorare, comparandone quotidianamente vantaggi e svantaggi; e si continuerà a contare sul "vecchio" posto di lavoro, nel senso di impegno lavorativo, di reddito, di stile di vita. E lo sanno tanto che, proprio nel mentre questo saggio sta arrivando alla fine, giunge notizia che Fiat, Fim ed Uilm hanno deciso d'andare avanti, senza la Fiom per ora, ma la frattura non è riassorbibile a breve. È possibile che i protagonisti dell'accordo "separato" vogliano provare a farlo decollare senza rilegittimare la Fiom, contando sul persistere delle pregiudiziali di merito da questa coltivate con qualche forzatura ed illusione di troppo; ma certo prima o poi la si dovrà riammettere al tavolo di gestione dell'accordo. Lo si dovrà fare per una duplice ragione: perché è un'organizzazione che conta in quella realtà produttiva, capace di aggregare e di mobilitare proprio laddove la protesta potrebbe continuare a bruciare sotto la cenere; ma anche perché è una firma essenziale per l'accordo stesso, che se resterà "separato" risulterà scarsamente agibile come testo giuridicamente vincolante. Non solo – viene da aggiungere – perché è un'organizzazione che ha la possibilità di sfruttare una situazione "patologica" nell'attuale carenza di regole, tutta all'insegna di una rottura verticale prima ancora fra le Confederazioni che fra le federazioni: dall'accordo interconfederale dell'aprile 2009 al contratto nazionale del giugno 2009.

Più che una previsione, una speranza. Ma lasciando che sia la lezione dei fatti a darci una risposta, c'è da chiedersi se il nostro Ministro del lavoro abbia ragione quando dice che quello di Pomigliano è il modello futuro delle nostre relazioni industriali: ovviamente, essendo il Ministro un indomito ottimista, futuro non solo prevedibile, ma anche auspicabile. A dire il vero non si può parlare di un modello già *in itinere*, perché costruito a misura di un caso significativo, ma abbastanza peculiare; e, soprattutto, perché completamente sprovvisto di un solido supporto regolativo, tanto da essere tradotto in un testo dove l'eccesso di fantasia creatrice non riesce ad occultare il difetto di efficacia vincolante.

Quel che si muove è in un senso già ben noto: un diverso rapporto fra contratto collettivo di I e di II livello, dando a quest'ultimo un più ampio margine di manovra, non solo per sfruttare l'eventuale maggior produttività, ma anche per curvare la disciplina nazionale a misura di quella della specifica realtà produttiva, in una stagione di accelerata modifica dell'organizzazione e del lavoro; e, quindi, un differente approccio al secondo livello, non tanto genericamente più cooperativo, quanto dotato di un forte intreccio fra rappresentanza e responsabilità contrattuale, perché la stagione del contratto collettivo come mero armistizio è finita da lungo tempo, e sarebbe bene accorgersene.

Ma come diceva il mio maestro, Federico Mancini, il contratto può molto, ma non tutto, oggi assai meno di ieri. È ora di abbandonare l'illusione che un nuovo modello possa essere partorito vestito di tutto punto da qualche protocollo triangolare o accordo interconfederale; occorre una legge, che parta dal punto cruciale costituito dall'efficacia del contratto aziendale, cercandone la legittimazione a monte, con una disciplina della rappresentanza in azienda, o a valle, con l'introduzione del referendum. Non è costituzionalmente possibile né sindacalmente opportuno spostare la titolarità dello sciopero dai soggetti individuali a quelli collettivi; ma certo è possibile ed opportuno introdurre delle condizioni di esercizio tali da non espropriare, ma da responsabilizzare gli stessi lavoratori.

Parole vecchie, parole nuove: ma il vento non sa leggere.

Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*

Concetta Currao- Giulia Picarella

1. Considerazioni introduttive 69
2. Le nuove regole del sistema disciplinare: il sistema delle fonti 71
3. La procedura 73
4. Nuove infrazioni e nuove sanzioni: alcuni nodi da risolvere 77
5. Qualche riflessione sulla responsabilità disciplinare dei dirigenti 80
6. Conclusioni 82
Riferimenti bibliografici essenziali 83

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 109/2010

1. Considerazioni introduttive

La riforma del potere disciplinare rappresenta, come è noto, il "bastone" che, insieme alla "carota" del sistema premiale, è mirato a far tagliare al cavallo del pubblico impiego (che non è proprio un purosangue ma piuttosto un cavallo da tiro) il traguardo dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Al sistema disciplinare[169], "volto arcigno" della riforma Brunetta, infatti, il legislatore ha inteso assegnare un ruolo cardine nel perseguimento di uno dei principali obiettivi dell'intervento normativo, ovvero quello di "potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo"(art. 7 legge delega n. 15/2009).

V'è da chiedersi – già in sede di considerazioni preliminari - se, rispetto all'obiettivo dichiarato, il modo pervasivo con il quale vengono individuati i comportamenti illeciti e le relative sanzioni possa avere una qualche correlazione con le pratiche reali di scarsa produttività e di inefficienza diffusa. E quale è, soprattutto, il rapporto tra irrigidimento legale del potere disciplinare e previste ricadute su una organizzazione degli uffici e sui metodi di gestione delle risorse umane, che si vogliono ispirate, ancor più profondamente rispetto al passato, ai canoni dell'efficientismo aziendalista.

Il legislatore ha, infatti, modificato la previgente disciplina del potere disciplinare intervenendo sia sul piano procedurale, sia sul piano sostanziale. Tale intervento si snoda lungo due direttrici fondamentali.

Da un lato, si interviene sul codice disciplinare strutturandolo per legge: la legge impone, con carattere di inderogabilità, specifiche sanzioni in relazione a determinate infrazioni, riducendo, in tal modo, la discrezionalità delle parti negoziali e dell'amministrazione; sotto tale profilo l'intervento appare certamente in linea con la politica che connota l'intera riforma e, cioè, con il ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva[170]. Se sulle altre materie, tuttavia, il ridimensionamento risulta giustificato in ragione della presenza invasiva che la stessa aveva conquistato, anche in campi che non le competevano, in materia disciplinare il ruolo della contrattazione collettiva è stato valutato, oltre che centrale, anche positivo ed equilibrato. Ne è conferma il fatto che molte delle prescrizioni eteronome della riforma (in particolare quelle relative agli aspetti procedurali) ricalcano disposizioni analoghe contenute nei contratti collettivi[171].

---

[169] Tra i primi commenti in materia: BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, in TIRABOSCHI,VERBARO *La Nuova Riforma del Lavoro Pubblico. Commento alla Legge 4 marzo 2009, n.15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150,* Milano, Giuffrè, 2010; BAVARO, *Il potere disciplinare,* in CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010; URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, 2010, 1; BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010, in www.lex.unict.it

[170] ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in LPA, 2010, 2.

[171] Uno dei profili maggiormente critici del precedente sistema, d'altra parte, non atteneva ad un problema di fonte, ma di prassi (ci si riferisce all'atteggiamento eccessivamente lassista che ha caratterizzato l'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego); cfr. TENORE, *Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in LPA, 2003, 5, 855.

Dall'altro lato si obbligano i dirigenti all'uso del potere disciplinare, prevedendo sanzioni a loro carico in caso di omissione (art. 55 *sexies*, c. 3). Tale approccio "dirigista" del legislatore, volto a responsabilizzare la dirigenza all'uso del potere disciplinare, costituisce una delle maggiori novità della riforma.

Che fosse questo uno dei punti di debolezza del precedente sistema, è probabilmente vero. Ciò anche in ragione della risultanze negative del ciclo di riforme precedenti, in cui al tentativo formale di rafforzamento del ruolo di datore di lavoro pubblico, non è seguita una prassi gestionale coerente con tale intenzione. Con il risultato che una dirigenza debole sotto il profilo dei poteri gestionali reali, ha dovuto ovviare con sistemi di gestione del personale "sostanzialmente definibile come paternalistico, basato solo sulle relazioni interpersonali, sviluppate in termini amicali ed affettivi piuttosto che professionali"[172]; in sintesi: lassista.

Tuttavia, le modalità di intervento della legge non paiono esenti da contraddizioni intrinseche e di metodo. Da un lato si proclama, infatti, l'obiettivo di rafforzare l'autonomia e i poteri dei dirigenti, dall'altro si intrappola il potere disciplinare, essenziale completamento del potere direttivo, in una griglia di regole rigide ed eteronome.

In tal modo la figura dell'amministratore pubblico si allontana sempre di più dalla figura del "manager privato che gestisce efficacemente premiando e punendo con piena discrezionalità"[173]. Si può, pertanto, sostenere, che l'obiettivo primario indicato dalla legge delega nel senso della "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato" finisce per apparire – per questo profilo almeno - una mera clausola di stile[174]. Secondo il Ministro Brunetta, peraltro, tale contraddittorietà è giustificata dal carattere "pedagogico" di tale misura, che dovrebbe consentire al dirigente, guidato dal legislatore, di uscire dalla propria condizione di "minorità", imparando ad utilizzare senza timore il potere disciplinare e liberandosi dalle tutele fino ad oggi provenienti dalla sfera politica e sindacale[175].

Al di là delle affermazioni di principio, comunque, sul piano della tecnica normativa non convince lo strumento utilizzato. Il legislatore interviene sul precedente modello normativo modificandolo radicalmente, ma non riesce, come si è accennato, a ridisegnarlo, come si dirà, in maniera coerente e sistematica.

Ciò premesso in termini generali, l'analisi (peraltro rapida e limitata ad alcuni aspetti problematici) della riforma del sistema disciplinare potrà fornire elementi utili per valutare se la stessa si risolva in un programma riformatore enfatico nei proclami e inadeguato nei contenuti (un "ruggito del topo", per così dire) o se, al contrario, sia almeno potenzialmente in grado di realizzare risultati di un qualche rilievo.

---

[172] HINNA, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni,* Milano, Ipsoa, 2007, p. 13.

[173] BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 401.

[174] Art. 2, c. 1, lett. a) l. 15/2009. Si rinvia al saggio introduttivo, di CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.)* in LPA, 2010, 2.

[175] BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 401; CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 104/2010, in www.lex.unict.it.

2. Le nuove regole del sistema disciplinare: il sistema delle fonti

Come anticipato, il legislatore interviene sul sistema disciplinare in maniera radicale, dedicando alla materia l'intero Capo V del Titolo IV e attribuendo e precisando che le norme ivi contenute hanno natura imperativa[176].

Da una prima analisi del nuovo art. 55 emerge che le modifiche introdotte al sistema previgente vanno nella direzione di differenziare la disciplina applicabile al settore pubblico da quella del settore privato. Ciò nonostante l'obiettivo sopra ricordato della "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato", e il richiamo al 2106 c.c., sebbene, nell'art. 55 si preveda una clausola di stile di salvaguardia della regolazione contrattuale: "Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi".

La regolazione legale va, infatti, nel senso della compressione del ruolo della contrattazione collettiva; ciò emerge dalla nuova formulazione dell'art 40, c. 1, d.lgs. 165/2001, ai sensi del quale "Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari [...] la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge"[177].

Viene, inoltre, eliminato ogni richiamo alle garanzie procedurali di cui all'art. 7 (c. 1, 5 e 8) dello Statuto dei lavoratori, prima contenuto nell'art. 55 vecchio testo.

In particolare, com'è noto, la precedente normativa richiamava la disposizione statutaria con specifico riferimento alla pubblicità del codice disciplinare (mediante affissione in luogo accessibile a tutti); ai termini da rispettare nel corso della procedura (in particolare il decorso dei cinque giorni dalla contestazione per poter irrogare la sanzione); al periodo di due anni in relazione alla recidiva.

Il legislatore opta, adesso, per una disciplina compiuta e specifica per il settore pubblico, intervenendo con analitiche disposizioni volte a regolare ciò che prima era disciplinato mediante il rinvio all'art. 7 dello Statuto e alla contrattazione collettiva.

Il mancato rinvio al primo comma della disposizione statutaria viene, così, sostituito dal nuovo art. 55, il quale prevede oggi che la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare "*equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro*".

Tale disposizione, certamente innovativa, si pone in controtendenza rispetto alla giurisprudenza sul punto che, com'è noto, considera il sistema di pubblicità previsto dall'art. 7 come tassativo ed esclusivo. Tale orientamento, sebbene espresso con riferimento al settore privato, era penetrato, attraverso la contrattazione collettiva, nel pubblico impiego[178].

---

[176] Il nuovo testo dell'art. 55 d.lgs. 165/2001 stabilisce, infatti, che "Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile".

[177] ALAIMO, La contrattazione collettiva nel settore pubblico, cit.; CARABELLI, La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 101/2010, in www.lex.unict.it, 7.; TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 96/2010, in www.lex.unict.it; CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.)*cit.

[178] LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 480.

C'è da chiedersi se, con un processo inverso rispetto al passato, questa norma non influenzerà i giudici, inducendoli a rivedere il loro orientamento garantista anche con riferimento al settore privato.

Il mancato richiamo al 5° c. dell'art. 7, poi, viene assorbito dalla totale riscrittura della procedura ad opera dell'art. 55 bis (*infra*).

Relativamente, infine, al mancato richiamo della norma in materia di recidiva, va rilevato che il legislatore affida ogni determinazione in merito alla contrattazione collettiva. È una delle poche ipotesi in cui un ambito prima di competenza della legge viene rimesso alla competenza delle parti negoziali. Con una inversione che, tuttavia, non inficia quanto detto prima sul rapporto tra le fonti in questa materia e sul ruolo della fonte legislativa rispetto a quella negoziale.

Il nuovo assetto dei rapporti tra legge e contratto collettivo stabilito nella riforma induce a chiedersi, d'altro canto, se la forte legificazione operata con la riforma sulla materia in oggetto implichi una ripubblicizzazione del potere disciplinare[179].

Si pone allora il seguente quesito: il potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni, dopo l'attuata riforma, costituisce ancora un *modus agendi* di un'autorità privata che trova ostacolo nella regolazione legale che ne limita contorni, finalità e contenuti? Ovvero, nella nuova configurazione legale, ritorna ad essere un segmento del fascio dei poteri pubblici, di natura autoritativa, che le pubbliche amministrazioni devono esercitare con il solo limite di binari procedimentali precostituiti? E ancora: l'esercizio del potere disciplinare ritorna, così, ad essere un dispositivo centrale di una strategia, non più occulta (autocostrizione volontaria in ragione di una minaccia) ma ormai palese ed esplicita, di sorveglianza sul corpo, se non sulla mente, di chi, pur sempre contrattualmente, è obbligato ad eseguire una prestazione che ormai si vuole rispondente a canoni di qualità predeterminati (la *perfomance*)? Espressione, dunque, di un potere di "supremazia speciale" nei confronti di chi lo subisce ma anche di chi lo esercita, perché ne trascende la volontà in quanto obbligato ad esercitarlo?, In sintesi può essere ancora qualificato come una modalità di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro/pubblica amministrazione[180]?

Alla luce dei cambiamenti introdotti dalla riforma si potrebbe essere portati a sostenere, se non una ripubblicizzazione, un'accentuazione degli aspetti pubblicistici (financo "penalistici"[181]) del potere disciplinare. L'esercizio di quest'ultimo sembrerebbe finalizzato, del resto, nel disegno della riforma, al perseguimento di un "interesse pubblico". A tale riflessione conduce, infatti, non solo l'introduzione dell'obbligo, per il dirigente, di esercitare il potere disciplinare (art. 55 *sexies*, c. 3), ma la stessa *sedes* in cui tale norma è inserita: l'art. 55 *sexies* è, infatti, rubricato "*Responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione*".

Secondo la (condivisibile) tesi sostenuta dai primi commentatori della riforma[182], ad ogni modo, depongono a favore del mantenimento del potere disciplinare nell'alveo dei poteri di gestione privatistici delle p.a.:

---

[179] Prospettiva concordemente negata in dottrina: BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 410; BAVARO, *Il potere disciplinare,*cit., 215.

[180] Cfr. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *QDLRI*, 1991, 9, sull'esistenza di un fecondo dialogo tra lavoro pubblico e lavoro privato, in materia di potere disciplinare, già prima della privatizzazione del pubblico impiego.

[181] V. *infra*, § 6.

[182] V. *supra*, nt. 1.

a) la conservazione del richiamo all'art. 2106 c.c. e, quindi, la riaffermazione del principio di proporzionalità.

b) I rinvii ai contratti collettivi che, pur spogliati di qualunque competenza in materia di procedura, conservano il potere di definizione delle infrazioni e relative sanzioni (ovviamente con funzione integrativa rispetto a quelle previste espressamente dal legislatore).

c) Il rinvio alla contrattazione collettiva in materia di procedimento disciplinare dei dirigenti (su cui v. *infra*).

d) La conservazione della competenza del giudice ordinario sulle controversie in materia disciplinare ex art. 63 del d.lgs. 165/2001.

In estrema sintesi, il potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni rimane pur sempre un potere riconducibile ai poteri di gestione privatistica (art. 2, c.2 d.lgs.165/2001), ma la cui finalizzazione (e, quindi, in parte la procedura e in parte il sistema delle sanzioni) viene fortemente regolata e indirizzata per legge. Nel solco complessivo della riforma il potere disciplinare (*i.e*. la sua natura e il suo fondamento) viene, dunque, particolarmente ibridato dal gioco interrelato delle fonti, contribuendo, in tal modo, per la sua parte, a quel fenomeno di neo differenziazione sistemica tra istituti del diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa, considerato uno degli esiti regolativi che caratterizzano il d.lgs. n. 150/09[183].

3. La procedura

Così delineato il sistema delle fonti di regolazione con riferimento al fondamento di legittimazione del potere disciplinare, è possibile ora considerarne le ricadute sulle norme procedurali.

Va subito detto che sul punto la legge delega (art. 7 l. 15/2009) fissava i principi della semplificazione procedurale (con particolare riferimento alle sanzioni di minore gravità), della razionalizzazione dei termini, della previsione di strumenti utili ad una sollecita acquisizione delle prove, dell'ampliamento dei poteri disciplinari assegnati ai dirigenti.

Il legislatore delegato attua tali principi, nel nuovo art. 55 *bis*, attraverso una regolamentazione puntuale di ogni aspetto del procedimento. Rimangono devolute alla contrattazione collettiva esclusivamente le regole relative a procedimenti per infrazioni di lieve entità per le quali è prevista la sanzione del rimprovero verbale.

In particolare, la norma delinea due tipi di procedura (un procedimento "semplificato" e un procedimento "complesso"[184]), differenziati in ragione del criterio oggettivo della gravità dell'infrazione.

Ma le due procedure (ed è, questa, una novità della riforma) sono differenziate anche in base ad un criterio soggettivo: la qualifica lavorativa del c.d. capo della struttura.

Sul piano oggettivo, il primo modello procedurale, che si ispira a criteri di leggerezza, concentrazione e velocità, si applica alle infrazioni di minore gravità (le infrazioni, cioè, punibili con sanzioni

---

[183] Si rinvia alla introduzione di CARUSO B., *Gli esiti regolativi della riforma Brunetta (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, cit.

[184] BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010., 23.

superiori al rimprovero verbale e inferiori alla sospensione con privazione delle retribuzione per più di dieci giorni). Tale procedura si applica solo qualora il responsabile della struttura abbia qualifica dirigenziale.

Il secondo tipo, più pesante e garantista, si applica, invece, per la irrogazione di sanzioni più gravi e, in ogni caso, qualora il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale.

Per le infrazioni per le quali è prevista la sanzione del rimprovero verbale il legislatore rinvia, come detto, alla procedura prevista dai contratti collettivi.

Sul piano soggettivo, come anticipato, la prima delle procedure delineate, regolata dal 2° c. dell'art. 55 *bis*, affida al responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, l'avvio e la conduzione dell'intero *iter*. È, questa, un'interessante innovazione della riforma Brunetta, nel senso dell'ampliamento delle competenze disciplinari del dirigente, il quale, per le sanzioni meno gravi, diventa "giudice domestico"[185], *dominus* del procedimento: dalla contestazione alla gestione del contraddittorio, sino alla decisione di comminare (o meno) la sanzione.

La seconda procedura, regolata dal successivo comma 4, è affidata all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari che, in continuità con il vecchio art. 55, viene individuato da ciascuna amministrazione "secondo il proprio ordinamento".

Il procedimento, in entrambe le tipologie, si sostanzia in un *iter* da svolgersi nel perentorio rispetto di termini stabiliti, a pena di decadenza, a garanzia della celerità del procedimento stesso. I commi 2 e 4 dell'art. 55 bis dispongono, infatti, che "La violazione dei termini stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa".

Il legislatore delegante, come si è accennato, aveva indicato come obiettivo la semplificazione e razionalizzazione dei termini del procedimento. Ora, proprio con riferimento a tale obiettivo, va osservato che, rispetto alla disciplina previgente, i termini vengono certamente individuati in maniera più chiara e puntuale, e sono definiti tutti come perentori (anche quelli intermedi). I predetti termini, però, vengono ridotti, rispetto al passato, solo con riferimento alle sanzioni di minore gravità e solo con riferimento al termine massimo di durata della procedura.

Il termine per l'invio della contestazione, invece, rimane uguale a quello previsto attualmente, venti giorni, salvo che per le ipotesi di maggiore gravità per le quali è previsto, al citato comma 4, il "raddoppio" (quindi fino a 40 giorni dalla notizia del fatto).

Ora, è proprio la dilatazione dei termini a suscitare qualche perplessità, in quanto potrebbe compromettere il diritto di difesa del dipendente, soprattutto nelle ipotesi in cui l'ufficio acquisisce la notizia del fatto "altrimenti"[186].

---

[185] CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella pubbliche amministrazioni. italiane)*, cit., 21.

[186] Ai sensi dell'art. 55 bis, c. 4, "Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora".

Infatti, nell'ipotesi in cui l'iniziativa per l'avvio del procedimento proviene dal capo della struttura, questi, entro cinque giorni dalla notizia, deve darne comunicazione all'ufficio competente e, contestualmente, informare dell'avvio di una procedura a suo carico il dipendente; nel caso in cui, invece, l'ufficio riceva la notizia per altre vie ("altrimenti"), il dipendente non viene in alcun modo coinvolto. Quest'ultimo potrebbe, dunque, ignorare per lungo tempo l'attivazione di un procedimento a suo carico, con possibile violazione del principio di immediatezza e tempestività affermato dalla giurisprudenza[187].

Il 5° comma dell'art. 55 bis contiene, poi, una serie di prescrizioni, concernenti le comunicazioni (da effettuarsi anche via mail o via fax) volte ad assecondare l'esigenza di celerità della procedura ed il successivo 6° comma prevede un innovativo sistema di acquisizione delle prove[188].

Un'ulteriore novità rappresenta la regolamentazione del procedimento disciplinare in caso di trasferimento del dipendente ad altra amministrazione, e in caso di dimissioni (commi 8 e 9). La disposizione contenuta al comma 9[189], relativa alla cd. ultrattività[190] del potere disciplinare in caso di dimissioni del dipendente, ha suscitato qualche perplessità in dottrina, che si è interrogata sullo scopo che la norma intende perseguire[191]. Ad avviso di chi scrive è possibile, tuttavia, immaginare ipotesi in cui la conclusione del procedimento disciplinare possa avere un "effetto utile" per l'amministrazione: si pensi all'ipotesi in cui un dipendente che abbia commesso gravi infrazioni decida di dimettersi al fine evitare le conseguenze (che potrebbero non esaurirsi nella cessazione del rapporto di lavoro) del procedimento disciplinare a suo carico. Si pensi, in particolare, all'ipotesi prevista dall'art. 55 quinquies, c. 3 che, in caso di condanna per false attestazioni, associa alla sanzione del licenziamento la "sanzione disciplinare della radiazione dall'albo" per il dipendente medico. Si pensi pure alle ipotesi di procedimenti disciplinari avviati per falsa e fraudolenta attestazione della presenza in servizio, ovvero per scarso rendimento. In tali ipotesi la conclusione del procedimento disciplinare con la irrogazione del licenziamento per le suddette causali potrebbe impedire al dipendente la partecipazione a nuove procedure concorsuali presso la stessa o altre pubbliche amministrazioni. Sono frequenti, invero, le previsioni dei bandi di concorso o dei regolamenti interni delle amministrazioni che prevedono, quale condizione di partecipazione ai concorsi, il non essere stato licenziato per le causali sopra riportate.

---

187 BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 417-418; LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 488 e ss.

188 La disposizione stabilisce che "Nel corso dell'istruttoria, il capo della struttura o l'ufficio per i procedimenti disciplinari possono acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento. La predetta attività istruttoria non determina la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini".

189 "In caso di dimissioni del dipendente, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso secondo le disposizioni del presente articolo e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro".

190 La questione dell'ultrattività del potere disciplinare (sorta con riferimento ad ipotesi di decesso o pensionamento del dipendente) è stata risolta in senso positivo solo con riferimento alle dimissioni del lavoratore: LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 499.

191 "La cessazione del rapporto non è l'esito della procedura disciplinare, come in caso di licenziamento, ma è una scelta del lavoratore: un'irrogazione di sanzione postuma non trova alcuna giustificazione in relazione alle finalità generali di potenziamento con il livello di efficienza ed il contrasto dei fenomeni di scarsa produttività", così URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5, 761.

Sanzioni ulteriori rispetto a quelle della cessazione del rapporto alle quali il dipendente potrebbe scaltramente sfuggire, se alle dimissioni seguisse l'interruzione della procedura disciplinare a suo carico.

Un cenno va rivolto alle regole del rapporto tra procedimento penale e disciplinare, al quale viene dedicato l'art. 55 ter. Com'è noto, nel vigore della precedente disciplina legale e contrattuale, nelle ipotesi in cui la condotta "disciplinarmente" illecita integrasse anche un illecito penale, occorreva sospendere il procedimento disciplinare. L'amministrazione si trovava, in altri termini, nella impossibilità di assumere, nell'immediato, qualunque provvedimento (salvo, per i casi più gravi, misure cautelari di sospensione o di trasferimento del dipendente). Misure che si rivelavano, tuttavia, inidonee a tutelare l'amministrazione, in ragione anche dei lunghissimi tempi dell'azione penale[192].

In tale contesto, il nuovo art. 55 ter ha escluso la possibilità di sospendere il procedimento disciplinare in pendenza di quello penale, salva la sola ipotesi, nel caso in cui si proceda per infrazioni di maggiore gravità, "di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato o quando all'esito dell'istruttoria l'ufficio competente non disponga di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione".

Si prevedono, poi, procedimenti di raccordo o di riesame nel caso di esiti difformi dei due procedimenti e la riapertura del procedimento disciplinare se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.

Ulteriore ed incisivo intervento è stato operato sul sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia disciplinare e di impugnazione delle relative sanzioni.

Nel vigore della precedente disciplina era previsto, com'è noto, una sorta di "patteggiamento" disciplinare che poteva concludersi con la irrogazione di una sanzione ridotta. Il nuovo art. 55, in attuazione dell'art.7, comma 2, lett. o) della legge delega 15/2009, elimina la possibilità di ricorrere al collegio arbitrale di disciplina (di cui al vecchio art. 55), stabilendo che "la contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Resta salva la facoltà di disciplinare mediante i contratti collettivi procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento[...]. La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede e non è soggetta ad impugnazione".

Ancora una volta il legislatore interviene con una disposizione di difficile applicazione e, verosimilmente, di scarsa utilità. L'operatività di siffatta disposizione risulta, infatti, fortemente limitata dai precisi vincoli imposti dal legislatore: oltre ad essere esclusa per i casi di sanzioni espulsive, infatti, può essere applicata solo con riferimento alla determinazione quantitativa della sanzione nell'ambito della medesima specie e quindi, in definitiva, può trovare applicazione con esclusivo riferimento alla multa e alla sospensione dal servizio (uniche tipologie di sanzioni che consentono una oscillazione quantitativa all'interno della specie).

---

[192] *Amplius*, LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 499 e ss.

Viene, inoltre, abrogato il "vecchio" art. 56, ai sensi del quale "Se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'articolo 66, con le modalità e con gli effetti di cui all'articolo 7, commi sesto e settimo, della legge 20 maggio 1970, n. 300".

Sul punto è intervenuto il Dipartimento della Funzione pubblica che, con nota del 22 luglio 2010 ha chiarito che, in materia di impugnazione delle sanzioni disciplinari, non è applicabile l'art. 7, commi 6 e 7, dello Statuto dei lavoratori: in seguito all'abrogazione dell'art. 56 e alla soppressione di ogni riferimento all'art. 7 dello Statuto, non è possibile "ritenere vigente l'art. 7 stesso in virtù del semplice rinvio generale compiuto dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001 alla 'legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa'".

Ciò che emerge dalla riforma è, secondo il Dipartimento, "un disegno di razionalizzazione delle procedure di conciliazione e di impugnazione ispirato dalla volontà di evitare il rischio di collusione che potrebbe derivare dallo svolgimento di procedure, regolate dalla contrattazione o dalla legge, di carattere arbitrale o svincolate dai presupposti sostanziali fissati dalla legge".

Più in generale, la disposizione richiamata e i chiarimenti ministeriali confermano ancora una volta che l'obiettivo dichiarato dal legislatore delegante si risolve, al di là delle propagandate ambizioni "privatistiche", nella previsione di una legislazione speciale per il settore pubblico, per il quale viene adottata una "grammatica" diversa, rispetto a quella del lavoro privato.

4. Nuove infrazioni e nuove sanzioni: alcuni nodi da risolvere

Obiettivo della riforma del sistema disciplinare è, come detto, quello di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo. In tale quadro, il sistema disciplinare non serve soltanto a fronteggiare situazioni patologiche, ma diventa uno strumento quasi fisiologico di gestione del personale[193].

La "medaglia" dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni è costituita, nell'ottica della riforma, dalle "facce" della valutazione e della sanzione disciplinare: la prima, volta a distinguere i meritevoli dai non meritevoli; la sanzione disciplinare volta a colpire, più che il dipendente semplicemente non meritevole (già, in qualche modo, stigmatizzato e punito con la mancata attribuzione di premi), il dipendente che, oltre a non essere meritevole, si renda colpevole di comportamenti (alcuni tipizzati per legge) suscettibili di sanzioni ulteriori (un dipendente non meritevole "qualificato" quale è il cd. "fannullone"). Ciò è particolarmente evidente se si analizza da vicino il nuovo sistema di sanzioni.

Il primo problema da affrontare, al riguardo, è comprendere se il nuovo sistema di sanzioni sia finalizzato a rendere fisiologico l'uso del potere disciplinare (che diventerebbe, come detto, strumento ordinario di gestione delle risorse umane) ovvero se ci si trova davanti a "norme manifesto", a mere dichiarazioni di intenti, o ad un programma futuribile.

---

[193] In tal senso si veda CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.)*, cit.

Il legislatore si fa carico di individuare puntualmente una serie di infrazioni che determinano l'irrogazione della sanzione massima, la sanzione espulsiva del licenziamento[194] (false attestazioni della presenza in servizio; assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio; ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio; condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, etc.).

Si tratta di fatti e condotte di indubbia gravità, tanto che tali infrazioni, corredate dalla sanzione del licenziamento, erano già previste in molti contratti collettivi di comparto[195].

Tra queste, merita particolare attenzione l'infrazione prevista all'art. 55 quater, c. 2[196]. Con tale disposizione (invero già contenuta nei contratti collettivi) il legislatore non si limita a definire le fattispecie di infrazione, ma connette immediatamente la sanzione ad un comportamento non valutabile discrezionalmente (in termini anche di gradualità e proporzionalità), ma rilevabile oggettivamente e a sanzione rigida e fissa (il licenziamento). Sembrerebbe, dunque, che il legislatore abbia previsto una sorta di meccanismo espulsivo automatico, conseguente all'accertamento della fattispecie infrattiva descritta, senza "alcun margine di scelta della 'giusta' sanzione"[197].

Occorre, infatti, alla luce di un'interpretazione sistematica della disposizione in esame, tenere conto delle seguenti circostanze:

a) Il sistema di valutazione è ormai obbligatorio: la contrattazione può "svuotare" la terza fascia, quella degli immeritevoli, ma, più la si svuota, più la valutazione di demerito si appiattisce su quella di insufficiente rendimento prevista dalla fattispecie disciplinare[198];

b) Anche l'esercizio del potere disciplinare è, dopo la riforma, obbligatorio. Coloro che per due anni consecutivi vengono collocati in terza fascia (soprattutto se la fascia è ridotta dalla contrattazione collettiva ad una percentuale minima) rischiano davvero di essere obbligatoriamente licenziati;

c) Sebbene alcuni commentatori ritengano che "il licenziamento non può discendere da una mera attività valutativa negativa, ma occorre anche dimostrare che il rendimento insoddisfacente è stato provocato da una delle ragioni indicate"[199], occorre capire se tale accertamento consenta

---

194 Con e senza preavviso: cfr. art. 55 quater.

195 Cfr., in via esemplificativa, gli artt. 5 e 6 del Ccnl Università.

196 Ai sensi del quale "Il licenziamento in sede disciplinare è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54".

197 LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 483; in senso contrario BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 413, BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit.

198 Art. 19 d.lgs.150/2009.

199 BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare*, cit., BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, Milano, Il Sole 24 ore, 2009, 149.

di negare l'automatismo della sanzione. Non basta, per negare l'automaticità della sanzione, sostenere che l'amministrazione deve accertare la violazione degli obblighi concernenti la prestazione. È, infatti, lecito chiedersi se esistano ipotesi di insufficiente rendimento che non siano causate dalla "reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento". Ciò che si vuole sostenere è che la violazione degli obblighi concernenti la prestazione non è una delle cause possibili dell'insufficiente rendimento, poiché l'insufficiente rendimento è, ontologicamente, una violazione degli obblighi concernenti la prestazione stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento. La precisazione (l'insufficiente rendimento è dovuto alla violazione degli obblighi concernenti la prestazione) appare, pertanto, pleonastico, ridondante, sicché non vale ad escludere l'automatismo della sanzione.

Tale meccanismo sembrerebbe, pertanto, porsi in violazione del divieto di automatismi sanzionatori (c.d. licenziamento automatico)[200].

L'art. 55 quater 2° c. suscita un'ulteriore perplessità sotto un diverso profilo: nei rapporti, cioè, con l'art. 55 sexies, 2° c.[201] e con la nozione di "inefficienza o incompetenza professionale" ivi richiamata. Ci si potrebbe, infatti, chiedere quale sia la differenza tra la nozione di "insufficiente rendimento" di cui all'art. 55 quater, 2° c., e quella di "inefficienza o incompetenza professionale" di cui all'art. 55 sexies, 2° c., posto che, in caso di "insufficiente rendimento" il dipendente deve essere licenziato, mentre, in caso di "inefficienza o incompetenza professionale" è prevista la più "leggera" sanzione del collocamento in disponibilità (nella peggiore delle ipotesi, in caso di inefficienza o incompetenza il dipendente riceverà l'80% della retribuzione per due anni[202]). Non pare ozioso, quindi, indagare sul perché il legislatore abbia previsto, nella seconda ipotesi, una sanzione più leggera, tanto più se si considera che la sanzione meno grave è applicata ad una condotta che abbia cagionato "grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza".

Secondo parte della dottrina l'art. 55 sexies sanzionerebbe "l'evento singolo che cagiona un danno al normale funzionamento dell'ufficio ed è imputabile alla inefficienza ovvero alla incompetenza professionale", mentre l'art. 55 quater sanzionerebbe "l'improduttività di lunga durata"[203], quand'anche provochi un danno all'amministrazione. Tale lettura suscita, tuttavia, qualche perplessità. Non è, infatti, pacifico che l'art. 55 sexies 2° c. sanzioni "l'evento singolo" (un'inefficienza *una tantum*) che cagioni un danno al funzionamento dell'ufficio, dal momento che deve trattarsi pur sempre di "inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche" (sicché è plausibile che si tratti di comportamenti, anch'essi, che si reiterano nel tempo).

---

[200] Cfr., in particolare, Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971 e Corte Cost., 6 maggio 1996, n. 141.

[201] "Fuori dei casi previsti nel comma 1, il lavoratore, quando cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, è collocato in disponibilità, all'esito del procedimento disciplinare che accerta tale responsabilità, e si applicano nei suoi confronti le disposizioni di cui all'articolo 33, comma 8, e all'articolo 34, commi 1, 2, 3 e 4.

[202] Cfr. gli artt. 33 e 34 g.lgs. 165/2001.

[203] URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., 761.

Si potrebbe tentare di distinguere la nozione di insufficiente rendimento (sanzionato con la più aspra sanzione del licenziamento) da quella di inefficienza/incompetenza professionale (sanzionata con il collocamento in disponibilità) sulla base dell'elemento soggettivo, ritenendo che sussiste insufficiente rendimento quando il comportamento sia stato commesso con dolo o colpa grave e inefficienza/incompetenza nel caso in cui la condotta che cagiona danno all'amministrazione sia stata commessa con colpa lieve, o addirittura cagionata non comportamenti attivi ma, si perdoni l'ossimoro, dall'oggettivo status di soggettiva incompetenza Ma in tal caso è come se freudiananamente, il legislatore riconoscesse l'inefficienza della assunzione tramite pubblico concorso: sarebbe data la possibilità che il "migliore", selezionato tramite pubblico concorso, potesse poi risultare talmente incompetente da produrre un danno al funzionamento dell'ufficio.

Con riferimento specifico al meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 55 sexies comma 2, varrà, infine, rilevare che il legislatore ha previsto una anomala procedura sanzionatoria che si innesta sul percorso previsto per le eccedenze di personale (gli artt. 33 comma 8 e 34 commi 1,2,3 e 4) che potrebbe concludersi con il licenziamento ma che si sostanzia nel collocamento in disponibilità del dipendente per 24 mesi durante i quali lo stesso può essere riallocato presso altra amministrazione con possibile adibizione a mansioni e qualifica diverse da quelle possedute ("*Il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento*"). In altri termini, il legislatore ha previsto un procedimento complesso che potrebbe prevedere il "ricollocamento" in mansioni inferiori e dunque con un mutamento definitivo del rapporto di lavoro.

Il legislatore sembra in tal modo risolvere positivamente la dibattuta vicenda circa la legittimità di sanzioni disciplinari che determinano mutamenti definitivi del rapporto.

5. Qualche riflessione sulla responsabilità disciplinare dei dirigenti

Si propone, a conclusione di questo veloce *excursus* sul potere disciplinare dopo la riforma Brunetta, un'ultima, breve, considerazione sulla responsabilità disciplinare dei dirigenti e su quella che potrebbe essere considerata la norma di chiusura del sistema disciplinare: l'art. 55 sexies, c. 3, d.lgs. 165/2001.

Il d.lgs. 150/2009, anzitutto, interviene in materia di responsabilità disciplinare del dirigente tentando di delinearne meglio i contorni rispetto al sistema precedente[204]. Le principali novità al riguardo sono costituite dalla previsione legislativa di ipotesi di responsabilità disciplinare[205] e dalla previsione di sanzioni conservative a carico del dirigente[206].

Non potendo, in questa sede, scendere nel dettaglio di tali previsioni e rinviando alla dottrina citata, che si è occupata della natura (dirigenziale o disciplinare) della fattispecie prevista all'art. 21, c. 1-bis del d.lgs. 165/2001, si esaminerà rapidamente il disposto di cui all'art. 55 sexies, 3°

---

[204] Caratterizzato, come è noto, da un (appena accennato) riferimento alla responsabilità disciplinare del dirigente, con rinvio alla disciplina del contratto collettivo (art. 21 d.lgs. 165/2001, vecchio testo) e dalla assenza di sanzioni conservative comminabili al dirigente.

[205] Oltre il citato art. 55 sexies 3° c., l'art. 55 bis, 7° c. e l'art. 55 septies, 6° c.; sul punto MATTEINI, NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico nella riforma Brunetta: due rette parallele destinate ad incontrarsi?* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, Vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010.

[206] Previste non solo dalla fonte legislativa, ma, adesso, anche dalla contrattazione collettiva; *amplius* CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, cit., 34.

c., ai sensi del quale "Il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione".

Come si è detto sopra, valutazione e sanzione disciplinare costituiscono due facce della stessa medaglia. Ciò è ulteriormente messo in luce dalla disposizione in esame, che pare fare da *pendant* all' art. 21, c. 1-bis: il dirigente ha l'obbligo di valutare e, parallelamente, l'obbligo di sanzionare.

Tale disposizione, che (ricordando l'obbligatorietà dell'azione penale) pare confermare la lettura "tendenzialmente pubblicistica" della riforma del potere disciplinare sopra proposta[207], suscita alcune perplessità con riferimento alla natura della responsabilità ivi prevista. Sebbene il legislatore qualifichi la responsabilità per mancato esercizio del potere disciplinare come responsabilità disciplinare, la fattispecie in esame pare avvicinarsi, condividendone molte delle peculiarità, alla responsabilità dirigenziale. A tale riflessione conducono, infatti, svariati dati:

- uno dei principali criteri di distinzione della responsabilità disciplinare da quella dirigenziale è stato individuato nel fatto che la prima attiene al contratto di base, mentre la seconda attiene al contratto di incarico[208]. Orbene, l'omissione o il ritardo degli atti del procedimento (di cui parla la norma), così come le valutazioni sulla sussistenza dell'illecito costituiscono violazioni connesse all'incarico[209], più che al contratto di lavoro base;

- un altro indice caratterizzante la responsabilità dirigenziale sarebbe costituito dal fatto che essa è azionata "solo a seguito dell'esperimento di una procedura di valutazione che ne rappresenta l'antecedente procedimentale necessario, mentre la responsabilità disciplinare può essere contestata al dirigente in qualunque momento della esecuzione della propria prestazione lavorativa"[210]. Orbene, l'art.55 sexies, 3° c. sanziona il dirigente con la "mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione". Per applicare tale sanzione, tuttavia, occorre conoscere l'importo della retribuzione di risultato "spettante", il che significa, verosimilmente, che tale sanzione non potrà essere applicata se non previo esperimento della procedura di valutazione (sicché anche tale caratteristica la dovrebbe avvicinare alle caratteristiche della responsabilità disciplinare);

---

[207] V. anche *infra*.

[208] MATTEINI, NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico nella riforma Brunetta: due rette parallele destinate ad incontrarsi?*, cit.

[209] Salvo, tuttavia, il dovere, anche per il responsabile non avente qualifica dirigenziale, di trasmettere gli atti, ai sensi dell'art. 55, 3° c., all'ufficio per i procedimenti disciplinari.

[210] NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici:* an, quando, quis *e* quomodo *della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 103/2010, in www.lex.unict.it ed in corso di pubblicazione in CARINCI F., MAINARDI, (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, Ipsoa, 2010.

- se, nei due punti precedenti, si è cercato di evidenziare che il legislatore qualifica come responsabilità disciplinare un'ipotesi che presenta i tratti tipici della responsabilità dirigenziale, in questa terza, e conclusiva argomentazione, occorre sottolineare, per converso, l'assenza, nell'ipotesi di responsabilità ex art 55 sexies 3° c., di uno degli elementi fondamentali della responsabilità disciplinare: il principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. La norma in esame è, infatti, interessante (facendo propendere per una natura non disciplinare, ma, quantomeno, ibrida della fattispecie sanzionata), perché prevede una sorta di "annacquamento" del principio di proporzionalità. La proporzionalità non è, infatti, riferita alla gravità dell'infrazione commessa dal dirigente, ma alla gravità dell'infrazione non perseguita.

La responsabilità ex art. 55 sexies, comma 3, pertanto, presenta quelli che sono stati individuati come "indici qualificatori" della responsabilità dirigenziale. Tali considerazioni inducono a dubitare, conseguentemente, sulla natura disciplinare della responsabilità prevista dalla norma in esame e fanno propendere per una natura dirigenziale della responsabilità prevista dal comma 3 dell'art. 55 sexies[211].

6. Conclusioni

L'analisi della riforma sopra tratteggiata induce, pur nella consapevolezza che è ancora presto per trarre delle nette conclusioni, ad alcune considerazioni di sintesi circa il nuovo ruolo che il decreto Brunetta intende assegnare allo strumento disciplinare.

Nel settore pubblico, come in quello privato, la sanzione disciplinare ha essenzialmente due funzioni, una operante *ex post* ed una operante *ex ante*. Il potere disciplinare interviene *ex post* (una volta compiuto e accertato il comportamento "disciplinarmente" rilevante) ed interviene in chiave preventiva, *ex ante*, al fine di "*diffidare* [il lavoratore] *dal compimento di ulteriori violazioni*"[212]. Si potrebbe definire tale seconda funzione, mutuando alcuni concetti di diritto penale, come finalità "special-preventiva" della sanzione disciplinare, in quanto volta ad evitare che il lavoratore commetta nuovamente l'infrazione sanzionata.

A tali funzioni, la riforma Brunetta ne aggiunge una terza, anch'essa operante *ex ante*, ma in chiave di "prevenzione generale". La riforma è, infatti, costellata di norme "manifesto" aventi finalità deterrenti (il cd. "effetto annuncio", che ha funzione di *prevenzione generale negativa*). Inoltre, l'impressione che si riceve da una lettura complessiva della riforma del potere disciplinare è che quest'ultimo acquisisce finalità "pedagogiche", educative, morali (la cd. *prevenzione generale positiva*), di "orientamento culturale" nei confronti della generalità dei lavoratori (dirigenti compresi come si è visto)[213]: il perseguimento dell'efficienza della pubblica amministrazione passa, dunque, attraverso il rafforzamento dell'efficacia preventiva della sanzione disciplinare, sia

---

[211] La responsabilità prevista dalla norma è, ad ogni modo, piuttosto "chimerica", sicché non si presta ad un'interpretazione lineare sulla sua natura. Si pensi, ad esempio, alla eterogeneità delle sanzioni previste: la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione base (che pare legata al contratto di base e fa propendere per la natura disciplinare della responsabilità del dirigente) e la mancata attribuzione della retribuzione di risultato (che, per converso, è legata all'incarico dirigenziale e, come detto, sembra seguire il paradigma della responsabilità dirigenziale sopra tratteggiato).

[212] Cass., 17 agosto 2001, n. 11153.

[213] Sulla prevenzione generale e speciale nel diritto penale v. FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2008, e bibliografia ivi citata.

in chiave deterrente sia in chiave pedagogica, nei confronti della generalità dei dipendenti pubblici.

Con la riforma Brunetta, dunque, il potere disciplinare lascia intravedere le proprie venature pubblicistiche. Ciò pare porsi in contraddizione rispetto ai proclami che hanno accompagnato la riforma: l'efficienza dell'amministrazione, che parrebbe richiamare paradigmi privatistici, aziendalistici (nei sistemi di valutazione della *performance*), viene, poi, declinata in chiave di interesse pubblico. Al dirigente pubblico, sul quale grava l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare (art 55 sexies, comma 3), è impedito, in tal modo, di esercitare il potere disciplinare armonizzandolo con il perseguimento dell'efficienza, poiché non gli è consentito di valutare le ricadute (sul piano dell'efficienza) dell'esercizio del potere disciplinare in quanto esso va obbligatoriamente esercitato[214].

Ancora una volta è messa alla prova la capacità della dirigenza pubblica di garantire la tenuta del sistema e di assicurare l'attuazione di una riforma che, tuttavia, manifesta già molti elementi contraddittori. Pur nella permanenza della cornice contrattualistica, infatti, il potere disciplinare subisce, dopo la riforma Brunetta, una "torsione nel senso di una sua connotazione pubblicistica e a-contrattuale"[215]. I dirigenti sono, in tale contesto, chiamati a gestire questa "*coincidentia oppositorum*", a far convivere, cioè, l'anima privatistica e aziendalistica della riforma con l'anima arcigna e pubblicistica. Ancora una volta i dirigenti pubblici, parafrasando un pensiero espresso più di dieci anni fa, ma ancora attualissimo, "sono insieme oggetto e soggetto"[216] della riforma del potere disciplinare: ad essi è affidato il compito di rendere effettivo l'esercizio del potere disciplinare riformato (in questo senso sono protagonisti, soggetto della riforma); eppure la riforma del potere disciplinare li riguarda anche come oggetto, perché, se non esercitano il potere disciplinare, questo gli si ritorce contro, per così dire. I dirigenti, in conclusione, nel sistema disciplinare riformato, agiscono con la tecnica del bastone e della carota e, al tempo stesso, la subiscono.

Riferimenti bibliografici essenziali

ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in LPA, 2010, 2.

ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1994, 45.

BAVARO, *Il potere disciplinare,* in CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010.

BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, Milano, Il Sole 24 ore, 2009.

BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010, in www.lex.unict.it.

---

[214] Cfr. CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni),* cit., che fa notare come "il dirigente che non persegue le condotte disciplinarmente illecite produce un danno all'amministrazione (una sorta di presunzione *iuris et de jure* di danno, del tutto assente nel settore privato, dove l'imprenditore decide discrezionalmente di esercitare il potere disciplinare sulla base di una valutazione di vantaggi e svantaggi per l'organizzazione)".

[215] *Ibidem*.

[216] D'ANTONA, *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere,* vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p.205.

BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 101/2010, in www.lex.unict.it.

CARUSO B., *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 104/2010, in www.lex.unict.it.

CARUSO B., *Gli esiti regolativi della riforma Brunetta (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.)*, in LPA, 2010, 2.

GRANDELLI- ZAMBERLAN, *Il nuovo procedimento disciplinare nella riforma Brunetta*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 2010, 1.

HINNA, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni,* Milano, Ipsoa, 2007.

KRANZ, *I due Codici disciplinari nel nuovo sistema del decreto attuativo n. 150/2009*, in *Azienditalia*, 2009, 12

LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, in TIRABOSCHI, VERBARO *La Nuova Riforma del Lavoro Pubblico. Commento alla Legge 4 marzo 2009, n.15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150*, Milano, Giuffrè, 2010.

MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in CARINCI F., ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Torino, Utet, 2004.

MAINARDI, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 53/2007, in www.lex.unict.it.

MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.

MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, 2010, 1.

MATTEINI, NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico nella riforma Brunetta: due rette parallele destinate ad incontrarsi?* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, Vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010.

NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in *QDLRI*, 2008, 31.

NICOSIA, *La valutazione della prestazione dirigenziale e le relative responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, IN CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010

NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici:* an*,* quando*,* quis *e* quomodo *della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 103/2010, in www.lex.unict.it ed in corso di pubblicazione in CARINCI F., MAINARDI, (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, Ispoa, 2010.

NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in LPA, 2010, 2.

PICCININI, *Il potere disciplinare*, in *QDLRI*, 1995, 16.

PRIMICERIO, *Responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare nel sistema della dirigenza medica del s.s.n.*, in *RAGIUSAN*, 2009, 26.

RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in LPA, 2002, 3

TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 96/2010, in www.lex.unict.it

TENORE, *Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in LPA, 2003, 5.

URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5.

ZOPPOLI L., *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *QDLRI*, 1991, 9.

Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*

Anna Alaimo- Bruno Caruso

1. La Carta e il Trattato: dalla "scrittura" alla efficacia dei diritti 87

2. Le principali novità del Titolo sulla "politica sociale": (a) dialogo sociale e (b) trasposizione dei contratti collettivi in ambito nazionale 89

3. Nuovi valori ed obiettivi. "Economia sociale di mercato" *versus* «economia di mercato aperta e in libera concorrenza» 94

4. Le norme sulle competenze: il "coordinamento" delle politiche occupazionali e sociali 96

5. Il futuro dell'Europa sociale tra predominio del mercato, immunità dei diritti sociali e ragionevole bilanciamento. Alcune provvisorie conclusioni 99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 82/2010

1. La Carta e il Trattato: dalla "scrittura" alla efficacia dei diritti

Per analizzare le novità in materia sociale del Trattato di Lisbona (TL) si deve partire dal dato giuridico più pregnante, vale a dire la conclusione del travagliato itinerario del regime giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora in poi Carta di Nizza o semplicemente Carta).

La Carta di Nizza, da dichiarazione solenne che impegna "politicamente" gli Stati membri, passando per la fase intermedia (il limbo) di fonte comunitaria *soft* di diritti, come tale utilizzata in varie guise dai giudici interni ed europei[217], diventa - attraverso la tecnica del rinvio ad essa e del riconoscimento dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (art. 6, § 1, TUE) – diritto primario dell'Unione; acquisisce, pertanto, lo *status* di *hard law* europea ad efficacia orizzontale e diretta[218].

L'affermazione, e non più soltanto il riconoscimento dei diritti sociali nello spazio europeo, non risolve, tuttavia, tutti i problemi. In particolare, come si avrà modo di analizzare, ridimensiona ma non riduce del tutto lo iato (una sorta di stigma dell'assetto istituzionale dell'U.E.) tra l'ambito (ancora limitato e selettivo) delle competenze sociali dell'Unione e i diritti sociali fondamentali.

Per cui è prudente formulare, già nella premessa di questo scritto, una prognosi nel senso che la nuova piattaforma dei diritti finirà per condizionare le politiche sociali europee, attraverso percorsi legislativi e interpretativi non ancora del tutto immaginabili. Appare, invece, ragionevolmente ipotizzabile che, come sempre avvenuto nella evoluzione sociale dell'ordinamento europeo, i canali di comunicazione tra politiche e diritti (oggi sicuramente meglio "dragati" e definiti), produrranno reciproche interferenze e condizionamenti, in ragione del concreto agire degli attori istituzionali, protagonisti storici della costruzione dell'ordinamento europeo.

L'inclusione della Carta nello spettro della regolazione primaria dell'UE costituisce, dunque, la novità più significativa dal punto di vista della regolazione sociale dell'Unione. Come è stato condivisibilmente scritto[219], tale atto diventa, tuttavia, il punto di partenza e non il punto di arrivo della creazione di uno *ius commune* europeo per quel che concerne i diritti fondamentali e i diritti sociali in particolare; ciò anche in ragione delle reazioni, prese di distanza e precisazioni degli Stati, che si sono tradotti in protocolli aggiuntivi[220] e in rinnovate proposizioni da parte delle Corti costituzionali della teoria dei contro-limiti[221].

---

[217] CARUSO, MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, p. 147.

[218] Per una analisi dei possibili esiti di tale evoluzione normativa e costituzionale,si rinvia a CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo,* in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da AJANI, BENACCHIO, *Il lavoro subordinato,* a cura di CARUSO, SCIARRA, Giappichelli, 2009.

[219] CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. Verso nuovi equilibri? Giorn. dir. amm*., 2010, p. 221.

[220] In particolare il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito. Limitatamente alla Polonia si vedano le specificazioni in materia di diritti sociali contenute nella Dichiarazione n. 62 e quelle relative alla moralità pubblica, alla famiglia, alla dignità e all'integrità fisica e morale della persona, contenute nella Dichiarazione n. 61. Si veda pure la dichiarazione n. 53 riguardo la Repubblica Ceca.

[221] La reazione che ha destato più clamore è quella della Corte costituzionale tedesca nella Lisbon Urteil BVerfG, 2 BvE 2/08 ove la Corte ha approvato il Trattato ma con una serie di distinguo che ha fatto parlare addirittura di controspinta al processo di integrazione

La concreta operatività dei diritti fondamentali di natura sociale è, dunque, affidata, ognuno per la sua parte, ai diversi protagonisti della integrazione positiva: la comunità internazionale degli studiosi, se sarà in grado di produrre, in Europa, come già avvenuto, nel medioevo[222], un *Juristenrecht* così autorevole da imporsi ai legislatori come base di un nuovo ordine giuridico sovranazionale. Le Corti nazionali ed europee in dialogo tra loro. I partner sociali a livello nazionale ma anche europeo. I legislatori nazionali magari coordinati ed indirizzati dalle istituzioni legislative europee.

Il Trattato mostra, come si accennava, novità meno rilevanti sul versante della politiche occupazionali e sociali e delle relative competenze.

Per questo aspetto il livello di integrazione della Carta, nel complessivo quadro istituzionale previsto dal TL, è ancora basso o, come è stato definito, prudente[223].

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati (art. 6, § 2, TUE).

Ma questo, in sé, non è un punto decisivo. Il quadro delle competenze non sembra, infatti, del tutto impermeabile agli enunciati della Carta. Attraverso l'attivismo della Corte di giustizia alcuni diritti e principi - il principio di non discriminazione per esempio - hanno già da tempo condizionato l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione - andando, a volte, al di là della rigorosa delimitazione delle competenze delle istituzioni europee in materia sociale. Come fa notare Marta Cartabia la storia di Stati federali, gli Stati uniti in primo luogo, «narrano di una forza di pressione considerevole che i diritti tendono ad esplicare sul riparto della competenze, chiaramente a favore di un movimento centripeto»[224].

Se ciò è avvenuto in una fase in cui alla Carta di Nizza veniva riconosciuta valenza di fonte *soft* dell'ordinamento, è probabile che tale interferenza tra i diritti e i principi sanciti dalla Carta e le politiche europee e nazionali in materia sociale (il cui ambito è delimitato dalle competenze formali), avverrà a maggior ragione oggi, che alla Carta è riconosciuto uno *status* di *hard law*.

Significativa appare, in tal senso, una recente pronuncia della Corte di giustizia (causa Seda Kücükdeveci: C-555/07 del 10 gennaio 2010), nella quale rileva non solo il richiamo esplicito all'art. 6 del nuovo TUE – e dunque alla Carta di Nizza -[225], quanto la decisione finale cui giunge la Corte. Essa dichiara, infatti, in contrasto con il diritto europeo antidiscriminatorio (per età) una normativa tedesca riguardante la disciplina del licenziamento; istituto, come è noto, su cui i Trattati precedenti, e ora il TFUE, prevedono una competenza da esercitarsi all'unanimità e sul quale,

---

europea inferta da tale pronuncia; la pronuncia si trova in inglese in http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html con nota di VIOLINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgerichtt sul Trattato di Lisbona, Quad. cost.*, 2009, 4, pp. 947 ss.; CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1003 ss.; v. pure POIARES MADURO, GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona? Dir. Un. Eur.*, 2009, 3, pp. 503 ss. e ivi ulteriori richiami.

[222] GROSSI, *L'ordine giuridico medievale,* Laterza, Bari, 2006. Id., *L'Europa del diritto,* Laterza, 2007.

[223] SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato di Lisbona, La Comunità internazionale*, 2009, 1, p. 50

[224] CARTABIA, *I diritti fondamentali,* cit., p. 22.

[225] Sentenza Corte di Giustizia, C-555/07, Seda Kücükdeveci, 19 gennaio 2010, punto 22: «Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati […]». Tale richiamo si aggiunge alla citazione della formulazione anteriore della norma attraverso il riferimento che ne fa la direttiva 2000/78/CE. Si v. CONTI, *La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza «vincolante», Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 1, pp. 11 ss.

attualmente, non esiste alcuna regolazione diretta di diritto europeo secondario (art. 153, § 4, TFUE); mentre insiste, ora, l'art. 30 della Carta che pone, a livello di diritto sociale fondamentale europeo, il principio della tutela contro il licenziamento illegittimo; diritto che tuttavia non viene richiamato nella motivazione dalla Corte [226].

Ciò premesso, lo scritto segue una distinzione tra politiche e diritti sociali che serve soltanto a dare ordine al discorso.

Si considera, infatti, già aperto dalla giurisprudenza della CGCE un ampio canale di comunicazione tra politiche, competenze di fatto e diritti, che sarà probabilmente allargato e consolidato dal nuovo *status* giuridico della Carta.

Ci si occuperà prima delle innovazioni (formalmente e sostanzialmente limitate) compiute in materia sociale dal TL e poi, dando per scontata la conoscenza dei contenuti sociali della Carta di Nizza, si cercherà di operare una sintetica prognosi di quale potrà essere l'impatto della Carta sulla complessiva dimensione sociale dell'UE. Con un preliminare avvertimento: non si affronterà la *querelle* circa la dimensione effettiva dell'efficacia della Carta in ragione della diversa tecnica utilizzata rispetto al Trattato costituzionale (non più l'incorporazione ma il rinvio con la formula del riconoscimento dello stesso valore dei Trattati (art. 6, § 1, TUE), anche in considerazione delle limitazioni previste dal protocollo n. 30 con riguardo alla Polonia e alla Gran Bretagna.

2. Le principali novità del Titolo sulla "politica sociale": (a) dialogo sociale e (b) trasposizione dei contratti collettivi in ambito nazionale

Per quanto riguarda i contenuti sociali del Trattato, se non ci sono grandi novità nei titoli del TFUE sulla politica sociale (X, *ex* tit. IX) e sull'occupazione (IX, *ex* tit. VIII), alcune significative innovazioni si rintracciano nei titoli di apertura, sia del TUE che del TFUE, soprattutto nelle norme del TUE (artt. 2 e 3) che enunciano i valori e gli obiettivi dell'Unione[227]. Già queste ultime innovazioni sono tali da far ritenere che, con il TL, «il pendolo non sia fermo sull'Europa economica, ma si stia spostando verso l'Europa sociale»[228].

Il tit. X del TFUE viene ora interamente intitolato alla politica sociale, che acquista così autonomia rispetto a istruzione, formazione professionale e gioventù. È un cambiamento apparentemente formale ma che dà sicuramente il senso della rilevanza autonoma che le politiche sociali hanno assunto in Europa, almeno dal Trattato di Maastricht (1992/93) in poi.

Nel titolo si registrano due fondamentali novità, alle quali si aggiungono modifiche alle disposizioni precedenti finalizzate al rafforzamento, anche nell'ambito degli interventi in materia sociale, del ruolo del Parlamento europeo.

---

[226] CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, *Rass. dir. pubbl. eur*., 2008, 2, pp. 121 ss.

[227] Sul tema v. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2010, p. 67.

[228] GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Parma, 4-5- giugno 2010 (dattiloscritto) di prossima pubblicazione in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*

(b) Viene inserita, innanzitutto, una disposizione nuova sul dialogo sociale – l'art. 152 – che prevede il riconoscimento e la promozione del ruolo delle parti sociali, da parte dell'Unione, al suo livello (§ 1) ed il contributo del "Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione"[229] al dialogo sociale (§ 2).

La formalizzazione del Vertice sociale trilaterale è già di per sé significativa in quanto integra nella dimensione dell'Unione le prassi delle negoziazioni sociali concertative consolidatesi in quasi tutti i Paesi europei[230].

Con la disposizione in parola si attribuisce, inoltre, *all'Unione nell'insieme* - e non solo ad una sua specifica istituzione (la Commissione, come previsto nell'art. 154 TFUE) - il compito di promuovere il ruolo delle parti sociali "al suo livello" e di facilitare il dialogo tra tali parti, *nel rispetto della loro autonomia.* Si richiede, così, un ruolo più attivo nella promozione e nel supporto al dialogo sociale, non solo dando sostegno equilibrato alle parti, ma rispettandone l'autonomia[231].

Benché i redattori del TL abbiano fatto una scelta diversa rispetto a quella compiuta col Trattato costituzionale (da ora in poi Tr. Cost.) – optando per la collocazione dell'articolo in esame nel Titolo dedicato alla Politica sociale, invece che nella parte dedicata alla vita democratica dell'Unione (il Titolo II del TUE)[232] -, è certo che l'art. 152 TFUE debba, comunque, essere letto in combinato disposto con l'art. 11 del TUE e, in particolare, con i suoi commi 2 e 3[233]. In questi ultimi si prevede, infatti, che «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» e che «al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate»: una lettura combinata delle due disposizioni (art. 11 TUE e art. 152 TFUE) consente di radicare il "dialogo sociale" e la "consultazione delle parti" sociali sul principio di

---

[229] Il Vertice sociale trilaterale – istituito con Decisione 2003/174/CE del Consiglio, del 6 marzo 2003 - si riunisce almeno una volta all'anno, prima del Consiglio europeo di primavera, e istituzionalizza i vertici sociali informali che si tenevano dal dicembre 2000. Il "Vertice" ha il compito di assicurare, su base permanente, la concertazione tra il Consiglio, la Commissione e le parti sociali ed è infatti composto da rappresentanti al massimo livello della presidenza in carica del Consiglio, dalle due presidenze successive, dalla Commissione e dalle parti sociali. Esso consente alle parti sociali a livello europeo di contribuire, nell'ambito del dialogo sociale, alle diverse componenti della strategia economica e sociale integrata, anche nella dimensione legata allo sviluppo sostenibile, avviata dal Consiglio europeo di Lisbona nel marzo 2000 e completata dal Consiglio europeo di Göteborg nel giugno 2001.

[230] BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, cit., p. 128.

[231] VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, *Riv. giur. lav*., 2006, p. 485.

[232] Nel Tr. Cost. la disposizione sul dialogo sociale (art. I-48) era, infatti, inserita nel tit. VI - dedicato a "La vita democratica dell'Unione" - subito dopo le due disposizioni (artt. I-46 e I-47) riguardanti il "principio della democrazia rappresentativa" ed il "principio della democrazia partecipativa"; le due disposizioni sono state travasate dai redattori del TL negli artt. 10 e 11 TUE.

[233] Per una prima lettura (della equivalente disposizione del Tr. Cost.) in questo senso v. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali,* cit., p. 475; ora CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 81/2010; v. anche PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, p. 157. Sulla nuova *governance* europea, oltre al riferimento d'obbligo al *Libro Bianco sulla* Governance *europea* [COM (2001) 428 def. del 5.8.2001], bastino i riferimenti a VALVO, *Contributo allo studio della governance europea*, Giuffré, 2005; DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009, p. 39; per un inquadramento teorico generale, v. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto,* il Mulino, 2010.

democrazia partecipativa, facendo sia dell'uno che dell'altra dei veri e propri strumenti della *governante* europea[234].

D'altra parte, l'ultima collocazione sistematica della norma pare più idonea a cogliere il rapporto attualmente esistente tra attori istituzionali e attori sociali: nonostante i secondi siano chiamati a collaborare allo stretto circuito decisorio istituzionale (art. 154 TFUE), gli stessi possono, discrezionalmente, intraprendere percorsi autonomi ai livelli da essi stessi prescelti.

A tal proposito, di tutto rilievo appare la circostanza che la nuova disposizione incanali il dialogo sociale europeo verso una maggiore autonomia e indipendenza rispetto al dialogo "codificato" nell'art. 154 TFUE; ciò lascia intravedere un «progressivo affrancamento del dialogo tra le parti sociali e del suo principale prodotto, la contrattazione [*rectius*: negoziazione (*n.d.r.*)] collettiva, da forme istituzionalizzate di partecipazione degli attori sociali nell'attività di produzione normativa» dell'Unione in materia sociale [235].

Vi è da chiedersi, tuttavia, se tale nuova valorizzazione della dimensione "autonoma" del dialogo sociale sia in qualche modo legata all'avvenuto sviluppo, nella prassi dell'ultimo decennio, di forme "volontarie" e "autonome" di negoziazione collettiva[236] o se, al contrario, essa sia esclusivamente dipesa da un *input* eteronomo, proveniente dai redattori del TL e legato ad interessi verticisti dell'Unione e delle sue istituzioni, che hanno visto nel riconoscimento del dialogo una "necessità istituzionale", una modalità di rinnovamento della *governante* europea, uno strumento valido per superare lo squilibrio esistente fra Europa economica ed Europa sociale [237].

Nei primi commenti al nuovo art. 152 TFUE, non mancano opinioni favorevoli a quest'ultima lettura: il recupero in senso autonomistico del dialogo sociale – visibile nella nuova disposizione, soprattutto se la si legge in comparazione con l'art. 154 TFUE – sarebbe pressoché interamente etero-indotto, al punto tale che il rapporto tra regolazione positiva del dialogo nel diritto primario dell'Unione e sistema di relazioni industriali europee potrebbe essere descritto come un «sistema di "spinte eteronome" verso soluzioni autonome»[238]. Secondo l'opinione riferita, il nuovo art. 152 TFUE non renderebbe di facile prognosi lo sviluppo di un dialogo sociale genuinamente auto-

---

[234] Cfr. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, cit. e, fra i giuslavoristi, GIUBBONI, MILITELLO, *"Titolo Politica sociale"*, di prossima pubblicazione in CURTI, GIALDINO (a cura di), *Commentario al Trattato sull'Unione Europea ed al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, Edizioni Giuridiche Simone, 2010.

[235] PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., sp. pp. 151-156, ma *passim*.

[236] Sull'attuale e crescente sviluppo, in ambito comunitario, di forme autonome di negoziazione collettiva, soprattutto a partire dal 2000, ci si limita a richiamare SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, *Journ. publ. pol.*, 2008; RAMOS MARTÌN, VISSER, *A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, 4, p. 511 e, nella dottrina nazionale, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 541; 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; cfr., da ultima, COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 76/2010*, la quale osserva come le parti sociali europee «non si sono lasciate sfuggire l'occasione di dare avvio, con il nuovo millennio, ad un'epoca di relazioni industriali più in sintonia con quei sistemi pluralistici storicamente e strutturalmente caratterizzati da un alto livello di volontarismo e da un minimo tasso di giuridificazione» (p. 9).

[237] È questa l'opinione di PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., pp. 153-154.

[238] *Ead.*, p. 156.

nomo, capace di esprimere una "reale dialettica contrattuale" fra le parti sociali (considerata elemento mancante a livello dell'Unione, per via del privilegio accordato al coinvolgimento delle parti sociali nei processi di produzione normativa comunitaria: art. 154 TFUE)[239] e di un indipendente e genuino sistema di relazioni industriali a livello europeo.

Per come prefigurato dalla nuova disposizione – e cioè collegato al principio di democrazia partecipativa e, pertanto, finalizzato anche alla riduzione del *deficit* democratico dell'Unione e al miglioramento della sussidiarietà orizzontale – il dialogo fra le parti sociali si sarebbe solo trasformato, secondo tale idea, da "risorsa regolativa" dell'ordinamento comunitario [240], a "risorsa di legittimazione democratica" dell'Unione [241]. Ma la sua promozione rientrerebbe, pur sempre, in una precisa volontà delle istituzioni comunitarie di auto-limitarsi, sia pure, questa volta, al fine di migliorare la *governante* europea.

Se, tuttavia, si guarda alle diverse e complesse tendenze evolutive che il dialogo sociale e la negoziazione collettiva a livello europeo hanno assunto negli ultimi anni nella prassi – ed, in particolare, allo sviluppo di forme «volontarie» o «autonome» di negoziazione diverse dalla cd. contrattazione collettiva «comunitaria» o «istituzionale» di cui all'art. 154 TFUE – il nuovo art. 152 TFUE si presta ad una diversa e più articolata lettura.

Al fine di accreditare una simile interpretazione pare indispensabile sganciarsi da un "monolitico" punto di vista istituzionale, incapace di cogliere appieno le forme di regolazione di un ordinamento pluralistico quale quello europeo, per adottare una prospettiva propria delle parti sociali e del sistema regolativo europeo dalle stesse alimentato.

Se la norma viene riguardata anche da questa prospettiva, essa non appare soltanto il prodotto di un *arretramento spontaneo* delle istituzioni dell'Unione a vantaggio delle parti sociali, ma anche il frutto di una *progressiva «presa di coscienza in senso autonomistico»* di queste ultime[242], grazie alla quale si è già assistito, nella prassi, ad uno *spontaneo avanzament*o di forme diverse di "*autonomous social dialogue*" a livello europeo. A tali nuove forme di dialogo le istituzioni comunitarie (e in special modo la Commissione) guardano, da qualche anno, con inusitato interesse[243] ed è verosimile che la disposizione in questione – già presente, sia pure con diversa collocazione, nel Tr. Cost. – ne costituisca, in qualche modo, un tributo.

Al cospetto del nuovo art. 152 TFUE, sembra che ci si trovi non tanto – o quanto meno, non solo – di fronte ad una funzionalizzazione del dialogo fra le parti sociali agli interessi verticisti dell'Unione (ieri, il coinvolgimento delle parti sociali nell'attività normativa comunitaria in materia

---

[239] *Ead*., p. 154.

[240] LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, 1999.

[241] Ancora PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., p. 161.

[242] Si mutua l'espressione da PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., p. 156, la quale, però, vede nella norma in questione il prodotto di un *arretramento spontaneo* delle istituzioni dell'Unione.

[243] 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*, 2006; la SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, *Commission Staff Working Document The Role of Transnational Company Agreements in the Context of Increasing International Integration.* Per ulteriori riferimenti si rinvia ad ALAIMO, *la nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione in Italia? Dir. rel. ind*., 2009, p. 1002, note al § 3.1.

sociale; oggi, lo sviluppo di nuove forme di *governance* e di processi virtuosi in senso democratico nell'Unione), quanto, piuttosto, dinanzi ad un ulteriore riconoscimento formale di modalità di dialogo sociale autonome, diverse dalla forma istituzionalizzata dall'art. 154 TFUE (la contrattazione collettiva "comunitaria" o "istituzionale" del cd. "procedimento integrato").

Tale riconoscimento si aggiunge, rafforzandolo, a quello già presente nell'art. 155, § 1, TFUE (*ex* art. 139, § 1 TCE), nel quale è stato giustamente individuato il «punto di tangenza» fra ordinamento giuridico dell'Unione e sistema di regolazione sociale autonomamente generato dal sistema di relazioni industriali europee[244]. E si aggiunge pure - se si vuole assumere una visione "a tutto tondo" delle novità oggi introdotte dal TL – al riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva come diritto sociale fondamentale, la cui garanzia è ormai posta al livello del diritto primario dell'Unione (art. 6 TUE; art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.)[245].

Il dialogo sociale – nelle sue variegate forme (contrattazione collettiva «comunitaria» o «istituzionale»; negoziazione sociale concertativa; "*autonomous social dialogue*") e funzioni ("risorsa regolativa"; "risorsa di legittimazione democratica" e strumento di *governante* europea; modello autonomo di regolazione sociale) – esce complessivamente rafforzato dal diritto dei Trattati, divenendo elemento chiave della strategia sociale dell'Unione e tratto identificativo del modello sociale europeo [246].

(b) La seconda novità è rappresentata da una nuova previsione in materia di trasposizione a livello nazionale degli accordi collettivi comunitari (art. 153, § 3, TFUE).

L'art. 153, § 3, TFUE (*ex* art. 137, § 3 TCE) ha, infatti, aggiunto alla possibilità che uno Stato affidi alle parti sociali il compito di mettere in atto le *direttive* prese a norma del § 2[247], quella di affidare alle medesime *il compito di mettere in atto una decisione del Consiglio* adottata conformemente all'art. 155, § 2, TFUE e, cioè, la decisione con cui il Consiglio attua gli accordi raggiunti a livello comunitario dalle parti sociali.

È noto che tali accordi sono soggetti ad una *doppia attuazione*: prima attraverso "decisione" del Consiglio; e poi attraverso gli strumenti nazionali che attuano la prima[248].

Poiché gli atti che sino ad oggi il Consiglio ha adottato per attuare gli accordi collettivi sono sempre stati delle *direttive* (di cui gli accordi costituiscono allegati), è ovvio che se la scelta delle istituzioni di identificare la "decisione" di cui all'art. 155, § 2, TFUE con una direttiva sarà perpetuata, la nuova disposizione finirà per rivelarsi inutile, rimanendo, di fatto, "lettera morta"[249]. La possibilità che uno Stato affidi alle parti sociali il compito di mettere in atto *direttive* (comprese, ovviamente, quelle "negoziate", che recepiscono, cioè, accordi collettivi) era già, infatti, contemplata dall' art. 137, § 3, TCE.

---

[244] Comandè, Le dinamiche collettive, cit., p. 13.

[245] Come già suggerito prima del conferimento alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (Veneziani, Il ruolo delle parti sociali, cit., p. 484), è ora finalmente possibile scorgere negli artt. 12 (§ 1), 27 e 28 della Carta di Nizza, in combinato disposto con gli artt. 152, 154 e 155 TFUE, le basi giuridiche del sistema di relazioni industriali a livello europeo.

[246] Cfr. Veneziani, Il ruolo delle parti sociali, cit., p. 476.

[247] Possibilità già contemplata dall'*ex* art. 137, § 3, TCE e che era stata introdotta, nel 1992, dall'Accordo sulla Politica Sociale (APS) allegato al Trattato di Maastricht (art.2.4 APS).

[248] Lo FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 210.

[249] GIUBBONI, MILITELLO, *"Titolo Politica sociale"*, cit.

È possibile che, nel modificare quest'ultima disposizione, aggiungendo, appunto, la facoltà degli Stati di affidare alle parti sociali il compito di mettere in atto *decisioni* del Consiglio, i redattori del TL abbiano considerato l'ipotesi che l'attuazione degli accordi conclusi a livello comunitario – *ex* art. 155, § 2, TFUE – avvenga, in futuro, nella forma di una decisione in senso tecnico (e non più, o non soltanto, in forma di direttiva). Il nuovo Trattato si è, così, preoccupato di garantire che, anche in presenza di una simile eventualità, gli Stati membri possano decidere di dare attuazione al contratto collettivo comunitario attraverso l'azione negoziale svolta dalle parti sociali nazionali.

3. Nuovi valori ed obiettivi. "Economia sociale di mercato" *versus* «economia di mercato aperta e in libera concorrenza»

Le principali novità del TL si rintracciano, come si è già anticipato, nei titoli di apertura dei nuovi TUE e TFUE ed, in particolare, negli artt. 2 e 3 del titolo I del TUE (contenente "Disposizioni comuni") e, all'interno del titolo II del TFUE (contenente "Disposizioni di applicazione generale"), negli artt. 9 e 10.

Non ci si soffermerà su queste due ultime diposizioni, che meritano, però, almeno di essere ricordate: la prima perché contenente una "promettente clausola sociale" [250] di tenore generale, nella quale vengono richiamati, alla stregua di obiettivi che l'Unione deve perseguire «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni», la «promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta all'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana»; la seconda in quanto più specificamente inclusiva, fra tali obiettivi, della «lotta alle discriminazioni», che vengono declinate, nell'art. 10 TFUE (come nell'art. 19 TFUE: ex art. 13 TCE), nella massima ampiezza, ormai propria del diritto, anche secondario, dell'Unione [251].

Lette in combinazione fra di loro, le due disposizioni intendono chiaramente impedire che «le misure di natura economica o di rafforzamento della competitività della 'zona Europa' prevalgano su quegli obiettivi anti-discriminatori, di coesione e solidarietà che l'Unione ha voluto accogliere fra i suoi principi-obiettivi»[252].

Ben più significativi appaiono, tuttavia, gli artt. 2 e 3 TUE.

Anche sulla prima di queste disposizioni non ci si dilungherà, limitandosi a ricordare che la redazione di questa norma è evidentemente ispirata dalla Carta di Nizza, della quale l'art. 2 TUE condivide il quadro di valori e principi; questi ultimi trovano poi nella Carta adeguato sviluppo e precisazione[253]. Pure in questo caso ci si trova, pertanto, di fronte ad un promettente inizio in materia sociale.

---

[250] BRONZINI, *Il Trattato di Lisbona: funzionerà il "compromesso dilatorio"? , Quest giust*., 2008, p. 143.

[251] Discriminazioni «fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

[252] BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, cit., in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2010, p. 126.

[253] Cfr. ROSSI, *Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in BRONZINI, GUARRIELLO, PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, 2009, pp. 74-75.

Ci si concentrerà, invece, sull'art. 3 TUE, che, come il precedente art. I-3 del progetto di Tr. Cost., ridefinisce gli obiettivi dell'Unione [254].

Qui è sicuramente visibile una valorizzazione forte della dimensione sociale: gli obiettivi dell'Unione vengono riscritti con riferimenti espliciti all'*economia sociale di mercato,* alla *piena occupazione*, al *progresso sociale*, alla *lotta all'esclusione sociale* e alle *discriminazioni,* alla *parità tra donne e uomini,* alla *solidarietà* e alla *coesione sociale* (sono tutti nuovi riferimenti importanti per la dimensione sociale).

L'«elevato livello di occupazione» dei precedenti artt. 2 TUE e TCE viene convertito, dai redattori del TL, in «piena occupazione»; il «progresso economico e sociale», in «progresso sociale» e, per quanto concerne la crescita economica, si richiede che essa sia «equilibrata».

Il TL ha, inoltre, eliminato dall'articolo dedicato agli obiettivi dell'Unione il riferimento a «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» [prima contenuto nell'art. 3, par. 1, lett. g), TCE][255], trasferendo tale obiettivo nel Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza allegato al Trattato[256], e confinando nel Tit. VIII del TFUE, dedicato alla politica economica e monetaria (e, segnatamente, negli artt. 119 e 120 TFUE), gli unici riferimenti alla «economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Ha inoltre sostituito tale obiettivo con quello di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», formula nella quale un ruolo particolarmente incisivo viene assegnato all'aggettivo "sociale", collocato tra i sostantivi "economia" e "mercato"[257].

«Connotare l'economia di mercato in senso "sociale" ha voluto dire evidenziare il fatto che l'or-

---

[254] Sulle aggiunte o sottrazioni presenti nell'art. 3 TUE rispetto all'art. I-3 Tr. Cost. v. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, cit., p. 67.

[255] Il riferimento (nel § 2 della stessa disposizione) al mercato interno «nel quale la concorrenza è libera e non falsata» è stato soppresso per effetto della modifica decisa nel Consiglio europeo del 21-23 giugno 2007; tale riferimento era, invece, presente nell'art. I-3 del Tr. Cost. (dal quale l'art. 3 TUE è sostanzialmente derivato).

[256] Nei cui "considerando" compare, infatti, il riferimento ad un «sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata». Come sintetizza DENOZZA, *La concorrenza come mezzo e come fine*, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato*, cit., p. 165, «la concorrenza, nel "vecchio" Trattato, faceva parte dei mezzi principali, nella Costituzione era diventato un obiettivo; adesso è stata relegata addirittura nel Protocollo». Si tratta, certamente, di un cambiamento significativo: «dal punto di vista sistematico ed ideologico (…) un conto è essere menzionati nell'articolo 3, e quindi se non proprio tra gli obiettivi almeno tra gli strumenti fondamentali, e un conto è essere menzionati nel Protocollo» (*Id*., p. 166). Sui cambiamenti che il TL ha operato sul versante della concorrenza, grazie soprattutto al semestre di presidenza francese, v. ancora, GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza*, cit., la quale ricorda che la dottrina nazionale non sembra, per il momento, attribuire sufficiente rilievo a tali modifiche, parlando, ad es., di cancellazione che «potrebbe avere un qualche rilievo per orientare la Corte di giustizia verso un riequilibrio nella gerarchia tra principi di diversa natura», con un guadagno ritenuto solo "estetico" (BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, cit., p. 123). Scarso credito a tali modifiche attribuiscono pure PINELLI, *Il preambolo, i valori,* cit., p. 72. Per una loro valorizzazione v., invece, oltre a GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza*, cit., DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, *Dir. pubbl. comp. eur.,* 2009, p. 81. Pur attribuendo rilievo ai nuovi riferimenti, nell'art. 3, alla "dimensione sociale" e alla diversa collocazione della concorrenza, nel TFUE e nel Protocollo, l'A. ritiene, tuttavia, che non ci siano, nel nuovo TFUE, «consistenti alterazioni del sistema attraverso il quale si dà attuazione al principio di libertà di concorrenza» (cfr. gli attuali artt. 116, 119 e 120 TFUE).

[257] La formula è significativamente ripresa nell'importante e recente Comunicazione della Commissione [COM (2010) 2020 del 3.3.2010] che presenta, a dieci anni di distanza da Lisbona, una nuova strategia per l'Unione – la cd. "Strategia Europa 2020"–; strategia fatta propria dal successivo Consiglio europeo di Bruxelles del 25-26 marzo 2010; sulla nuova strategia e sull'impiego della formula "economia sociale di mercato" v. pure la *Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2010 sulla strategia UE 2020.*

dine economico deve tendere, sì, all'efficienza, ma al contempo prevedere meccanismi di correzione affinché tutti possano trarne benefici»[258]. L'introduzione, nell'art. 3 TUE, della formula "economia sociale di mercato" va, dunque, letta come uno sforzo per riequilibrare valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, appunto nell'ottica di una integrazione tra solidarietà e mercato[259]. L'"economia sociale di mercato" sembra, così, definitivamente assurgere a caratteristica intrinseca del processo di integrazione europea[260].

E tuttavia è vero che il nuovo riferimento, nell'art. 3 TUE, all'economia sociale di mercato non è ripreso dal TFUE, nel quale compare la più tradizionale formula dell'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (artt. 119-120 TFUE).

Comparando i due Trattati, risultano, così, emergere due diverse nozioni di economia di mercato[261]: l'"economia sociale di mercato", della norma sugli obiettivi dell'Unione e l'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza» degli articoli del TFUE dedicati alla politica economica e monetaria. Qui il pendolo – per riprendere la metafora – sembra essersi fermato proprio a metà dell'oscillazione fra economia sociale ed economia di mercato.

Di fronte alle due nozioni ci si può allora attendere che sia ancora una volta la Corte di giustizia a svolgere quel decisivo ruolo di bilanciamento fra valori economici (e valore della concorrenza, in particolare) e valori sociali. È evidente, tuttavia, che il dato di novità saliente del TL è la sua nuova "trama" sociale costruita intorno a nuovi pilastri di diritti e principi fondamentali (*infra* § 5). Essa non potrà non condizionare le future operazioni di bilanciamento se non in senso più socialmente avanzato.

4. Le norme sulle competenze: il "coordinamento" delle politiche occupazionali e sociali

Alle novità che riguardano il quadro dei valori e degli obiettivi dell'Unione, si aggiungono quelle riguardanti le competenze, rintracciabili sempre nelle disposizioni di apertura dei due Trattati (artt. 1, 4 e 5 del TUE; artt. 2-6 del TFUE)[262].

A) Nella definizione delle diverse categorie di competenze - a) esclusive; b) concorrenti; c) di sostegno, coordinamento e completamento -, il TFUE ha, innanzitutto, stabilito, anche per i settori della "politica sociale", della "coesione economica, sociale e territoriale" e delle "politiche occupazionali", il tipo di competenza esercitabile dagli Stati membri e dall'Unione (artt. 4 e 5 TFUE).

Mentre la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» (art. 3, lett. b, TFUE) è materia di competenza *esclusiva* dell'Unione, la "politica sociale" e

---

[258] Ancora DE PASQUALE, *Libera concorrenza*, cit. p. 87.

[259] *Ibidem*.

[260] KENNER, *La Costituzione che non c'è mai stata*, *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 576.

[261] Lo rileva, giustamente, GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza*, cit., p. 16 del dattiloscritto

[262] Sulla nuova definizione delle competenze si richiamano, senza pretesa di completezza, BILANCIA, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato*, cit., p. 99; DRAETTA, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, *Dir. com. scambi int.*, 2008, p. 245; PIZZETTI, TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, cit., p. 143; SALTARI, *Il riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati: ossificazione o fluidità?*, *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 231. Tutti gli AA. cit. evidenziano la disaggregazione delle norme sulle competenze, che si presentavano, invece, riunite nella parte I del progetto di Tr. Cost., e la loro distribuzione nei due Trattati.

la "coesione economica, sociale e territoriale" sono materie di competenza *concorrente* (art. 4, lett. b e c TFUE); istruzione e formazione professionale sono, invece, materie di competenza di *sostegno, coordinamento e completamento*.

Una collocazione meno chiara hanno le "politiche occupazionali" che, unitamente a quelle economiche, sono considerate, nell'art. 5 TFUE, autonomamente rispetto a quelle ascritte alle tre tipiche categorie di competenze indicate – con i relativi elenchi di materie - dagli artt. 3, 4 e 6 TFUE.

Benché anche nell'art. 5 ricorrano le espressioni "coordinano" e "coordinamento"[263] le due materie ("politiche occupazionali" e "politiche economiche") non sono ricomprese nell'art. 6 – che elenca i settori in cui l'UE esercita competenze di sostegno, coordinamento e completamento. Non è chiaro, pertanto, se si tratti di un'ulteriore categoria di competenza[264]; di «forme particolari e atipiche di competenza concorrente»[265] o se – come sembra più probabile – le politiche occupazionali ed economiche costituiscano *due specifici ambiti di competenza di coordinamento*, che il TL ha inteso isolare in ragione dell'ampiezza della disciplina successivamente dedicata dal TFUE alle due materie in oggetto (titoli VIII e IX).

Non vi è dubbio che anche in questi due ambiti, l'Unione non possa, infatti, adottare atti giuridicamente vincolanti che armonizzino le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, ma possa solo svolgere azioni, per l'appunto, di sostegno e di coordinamento - cioè emanare indirizzi ed orientamenti -, cosicché il tipo di attività esercitabile in tali ambiti non è sostanzialmente diversa da quella che l'Unione può esercitare in tutte le materie indicate nell'art. 6 TFUE.

B) La seconda novità è rappresentata dalla previsione contenuta nell' art. 5, § 3, TFUE, secondo cui: «L'Unione può prendere iniziative per assicurare il *coordinamento delle politiche sociali* degli Stati membri». Anche nel settore della politica sociale – ed è un dato di tutto rilievo – possono essere assunte iniziative di mero coordinamento, piuttosto che adottati atti giuridicamente vincolanti (regolamenti o direttive) tendenti all'armonizzazione.

La nuova previsione – inserita nel catalogo di norme sulle competenze - è coerente alle versioni degli artt. 13 TCE (attuale art. 19 TFUE) e 137 TCE (attuale 153 TFUE) introdotte dal Trattato di Nizza, nelle quali - come è noto - si operava già una valorizzazione delle misure di "coordinamento", a scapito di quelle di "armonizzazione", adottate, queste ultime, mediante veri e propri atti legislativi.

Cosa si era previsto, in particolare, con il Trattato di Nizza?

(1) In primo luogo, che anche nelle materie sociali in cui è possibile l'adozione di direttive [tutte le materie indicate dall'art. 153, § 1, lett. da a) ad i) TFUE] è sempre possibile adottare misure di "coordinamento", alle quali l'*ex* art. 137 TCE faceva (come fa l'attuale art. 153 TFUE), anzi, riferimento prioritario nella lett. a) del § 2. Il metodo del coordinamento è stato, così, generalizzato,

---

[263] Art. 5, § 1: «Gli stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche». Art. 5, § 2: «L'Unione prende misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche».

[264] Qualcuno parla di una quarta categoria: competenza di ausilio al coordinamento di politiche nazionali; così BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 32.

[265] PIZZETTI, TIBERI, *Le competenze dell'Unione*, cit., p. 158.

potendo essere utilizzato con riferimento a tutte le materie sociali di competenza concorrente elencate nel § 1 dell'art. 153.

(2) Si era, inoltre, previsto che l'adozione di misure di "coordinamento" è possibile anche nella lotta alle discriminazioni. In quest'ultimo settore, in deroga al requisito dell'unanimità richiesto per l'esercizio delle competenze regolative dal § 1 dell'art. 19 TFUE, le istituzioni dell'Unione possono adottare, *a maggioranza qualificata*, «i principi di base delle *misure di incentivazione* dell'Unione, ad *esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1» (art. 19, par. 2 TFUE, ex art. 13 TCE).

La scelta di privilegiare il metodo del coordinamento in materia sociale, viene, dunque, soltanto confermata dalle disposizioni sulle competenze introdotte dal TL (art. 5, § 3, TFUE) e non costituisce sicuramente una novità.

Non resta che collegare la trama delle disposizioni richiamate [artt. 5, § 3; 19, § 2; 153, § 2, lett. a) TFUE] all'art. 296 TFUE, per il quale «qualora i Trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità». Quest'ultimo esige, come è noto, che il contenuto e *la forma* dell'azione dell'Unione si limitino a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati (art. 5, § 4, TUE).

Ne consegue che in tutti settori della politica sociale (eccezion fatta per la «lotta contro l'esclusione sociale» e la «modernizzazione dei regimi di protezione sociale»[266]) *le autorità dell'Unione potranno scegliere fra il "diritto debole" e la "regola forte"*, lasciando che sia il criterio di proporzionalità a definire l'alternativa[267].

Si possono a questo punto intravedere due possibili scenari.

Secondo un primo, descritto da una certa parte della dottrina giuslavorista, l'accentuato riferimento al metodo del coordinamento – ora visibile pure nelle disposizioni sulle competenze - avrebbe definitivamente "declassato", nella materia sociale, il metodo classico dell'armonizzazione mediante direttive[268]. Benché non considerato esclusivo, il primo metodo sarebbe, ormai, diventato lo strumento di intervento privilegiato.

Secondo un altro possibile scenario, che appare più realistico, la indubbia valorizzazione del metodo del coordinamento come tecnica di regolazione non implica necessariamente che, nella materia sociale, l'integrazione mediante il diritto ceda del tutto a favore di processi di convergenza *soft* mediante quel metodo.

È prevedibile che nelle materie di competenza concorrente l'integrazione mediante il diritto secondario continuerà a realizzarsi - come ormai avviene da qualche tempo - non attraverso direttive dettagliate, ma attraverso direttive "leggere", caratterizzate da norme quadro e da principi

---

[266] Settori in cui le istituzioni europee possono solo «adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» [art. 153, § 2, lett. a), TFUE].

[267] DE MINICO, *La* soft law*: nostalgie e anticipazioni*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, cit., p. 350.

[268] GIUBBONI, MILITELLO, *"Titolo Politica sociale"*, cit.

che gli Stati potranno adattare flessibilmente ai loro ordinamenti. Anche tali direttive, proprio per queste caratteristiche, sono, tuttavia, riconducibili all'ambito della *governance by persuasion* cui appartiene lo stesso metodo del coordinamento non regolativo (cdd. "direttive di seconda generazione" in materia sociale).

5. Il futuro dell'Europa sociale tra predominio del mercato, immunità dei diritti sociali e ragionevole bilanciamento. Alcune provvisorie conclusioni

Il TL ha operato, dunque, una valorizzazione della dimensione sociale europea, dei diritti sociali fondamentali, della solidarietà e degli aspetti egualitari.

La valorizzazione è desumibile da una struttura più stabile e definita dei pilastri su cui si regge la griglia multilivello dei diritti fondamentali dell'Unione.

Essa è costituita: a) dalle disposizioni generali del TUE con riferimento ai valori che "infiltrano" gli obiettivi dell'Unione; b) dai diritti contenuti nella Carta di Nizza; c) dai principi generali 'classici' del diritto dell'Unione Europea; d) dai diritti umani contenuti nella CEDU nel momento in cui si perfezionerà l'adesione formale della UE alla Convenzione europea; e) dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[269].

Tale ridefinizione della griglia dei diritti fondamentali spinge sicuramente in avanti il processo di completamento sociale della Costituzione economica europea[270].

Ma la valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione non è del tutto completa in ragione di alcuni elementi ancora irrisolti.

Essi sono costituiti:

i) da un approccio regolativo alla dimensione sociale di tipo sempre più *soft* (il metodo del coordinamento);

ii) dalla permanenza di alcuni *deficit* di competenze;

iii) dalla mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche e dalla compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economia sociale e di economia di mercato.

A tale ultimo proposito può ribadirsi, che la già rilevata dimensione vaga e flessibile[271] del rapporto tra politiche sociali, competenze dell'Unione e diritti sociali, lascia aperti ampi spazi ad operazioni di bilanciamento e di integrazione da parte dei giudici, favorendo il dialogo tra le alte corti.

Tale bilanciamento tuttavia non opera più nel (quasi) *vacuum* sociale dei precedenti trattati, che legittimava il dominio incontrastato delle ragioni della razionalità economica del mercato; ma deve confrontarsi, dopo il TL, con una chiara e definita griglia di diritti che impone un utilizzo sapiente e raffinato dei principi di proporzionalità e ragionevolezza per operazioni di sostenibile bilanciamento.

---

[269] CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona,* cit.

[270] COLLINS, *The European Economic Constitution and the Constitutional Dimension of Private Law*, *Eur. Rev. Contr. Law*, 2009, 2, pp. 71 ss.

[271] ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon, Year. Eur. Law*, 2009, 27, pp. 65 ss.

Riportare questo schema di ragionamento generale ai diritti sociali collettivi classici quali il diritto di contrattazione collettiva, induce una finale considerazione che riguarda il dibattito teorico tra i giuslavoristi.

Alcuni concetti basilari come pluralismo e autonomia, tradizionalmente utilizzati nel diritto del lavoro come materiali di base per forgiare i menzionati diritti, secondo le note caratteristiche di assolutezza, vanno probabilmente riconsiderati.

Tali concetti, infatti, declinati nell'ordinamento interno hanno una consolidata valenza; trasposti nell'ordinamento sovranazionale assumono diversa luce e sfumature.

Nell'ordinamento europeo i concetti di pluralismo e autonomia, riferiti al fenomeno sindacale e della contrattazione collettiva, non possono essere mutuati *d'amblé* dalla elaborazione dottrinale riferita all'ordinamento statuale. Il concetto di autonomia negoziale o sindacale nell'ordinamento europeo, anche con riguardo alla sua nuova base giuridica costituita dalle disposizioni del TFUE e dello stesso art. 28 della Carta di Nizza, non si presenta costruito intorno alle caratteristiche di immunità e assolutezza ricavati ermeneuticamente, per esempio nell'ordinamento italiano, dall'art. 39, comma 1, della Costituzione. In un ordinamento multilivello, fatto di istituzioni ma anche di valori, tradizioni, istanze, principi, diversi e coesistenti, anche il valore/principio dell'immunità/autonomia sindacale, da assoluto "degrada" in relativo; la sua affermazione è affidata, pertanto, alle operazioni di ragionevole bilanciamento delle alti Corti in dialogo reciproco.

Ciò in ragione del fatto che le libertà fondamentali (anche quelle economiche) e i diritti nell'ordinamento europeo, si fondano sull'autorevolezza, e non sull'autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assolutezza ma attraverso operazioni, "miti", di bilanciamento in caso di conflitto tra di essi; attraverso il criterio di ragionevolezza (con i corollari della proporzionalità, adeguatezza e necessità). Proprio il metodo del bilanciamento postula, infatti, la commensurabilità di ognuno di essi, la relatività dunque e la non assolutezza[272].

Se ne trae che, se non può certo dirsi che la Costituzione economica europea, come ridefinita dal TL collochi i diritti sociali su un piedistallo di immunità assoluta, pare altrettanto indubbio che il suo nuovo fondamento sociale imponga, tuttavia, operazioni di bilanciamento che non potranno più essere quelle squilibrate, a favore del mercato, effettuate dalla Corte di giustizia, soprattutto nel caso *Laval*[273].

Sarà, pertanto, oltremodo interessante, a questo proposito, capire se tali squilibrate operazioni subiranno - in ragione del nuovo quadro istituzionale e, soprattutto, del riconoscimento di valore giuridico alla Carta - significativi aggiustamenti a favore dei diritti sociali.

Sempre più - è questa una prognosi che è possibile fare in conclusione – anche e malgrado il TL, proprio per la sua irrisolutezza sociale, lo spazio giudiziario europeo assomiglierà ad una rete formata da canali che corrono fra le Corti degli Stati membri, nonché tra queste e la CGCE[274].

---

[272] CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit. p. 22.

[273] Corte di giustizia 12 dicembre 2007 Causa C-341/05.

[274] PEDERZOLI, *La Corte Costituzionale,* il Mulino, 2008, p 166.

Sembra, tuttavia, indubbio che la più solida base dei diritti fondamentali, nello spazio giuridico europeo, segni una svolta, non soltanto in termini di riconoscimento identitario dell'Unione, ma di affermazione dei diritti e di evoluzione dei loro significati.

Gli esiti che la contaminazione degli spazi giuridici nazionali e sovranazionali potrà produrre anche sulle certezze "costituzionali" nazionali acquisite, attraverso il dialogo tra le corti, saranno ovviamente tutti da verificare[275].

Il che fa crescere la consapevolezza che l' "alchimia" europea, lungi dal sollecitare paure e angosce, dovrà essere considerata una dimensione in cui la stessa struttura dei diritti e lo scenario della loro tutela sono destinati continuamente e dinamicamente a mutare nei prossimi anni.

---

[275] Significativa, appare, in tal senso, una sentenza della Corte di Cassazione italiana (Cass. 2 febbraio 2010, n. 2352) - a proposito di *mobbing* e danni alla professionalità del lavoratore - ove si afferma che, "*a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che recepisce la Carta di Nizza con lo stesso valore del TUE … i giudici del rinvio dovranno ispirarsi ai principi di cui all'art. 1 della Carta* (e all'art. 2 del trattato: ndr) *che regola(no) il valore della dignità umana… come diritto inviolabile*". Il riferimento alla dignità umana, lungi dal presentare il pericolo della tirannia dei valori, che potrebbe essere connesso ad un accentuato relativismo di significati (come pensava Karl Schimitt), rivela immediatamente la sua portata di ancoraggio ad un principio giuridicamente "valido" e saliente al quale la giurisprudenza del lavoro italiana guarda già con inaspettata prontezza.

Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*

Olivia Bonardi

1. Premessa: alcune buone ragioni per ripartire dal genere 103

2. L'ultima parola della Corte di Giustizia: alcune domande spontanee ragionando sulla condanna dell'Italia per la diversa età pensionabile di uomini e donne 104

3. Modelli previdenziali e non discriminazione di genere 108

3.A L'insostenibile peso delle diversità nazionali 109

3.B Le carte della Corte 112

4. Modelli di welfare ed effetti di genere 115

5. Previdenza complementare, famiglia e discriminazioni di genere 118

PARTE SECONDA: OLTRE IL GENERE 123

6. Previdenza complementare e orientamento sessuale 123

7. La previdenza complementare e il divieto di discriminazioni per motivi di età 127

8. Lavoro non standard e previdenza complementare 134

PARTE TERZA: DOPO LISBONA 140

9. Il quadro d'insieme 140

10. Le prospettive di riforma 141

11. La leva di Archimede 143

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 83/2010

1. Premessa: alcune buone ragioni per ripartire dal genere

Se il primo passo che dovrebbe fare un buono studioso è quello di delimitare il campo di indagine della propria ricerca, nel caso delle discriminazioni nell'ambito della previdenza complementare tale operazione appare assai più ardua di quanto non sembri a prima vista e, come si cercherà di evidenziare in prosieguo, pressoché impossibile. È risultato dunque più proficuo muovere da quelli che sono gli attuali approdi normativi in materia di discriminazioni di genere, per allargare solo successivamente lo sguardo al quadro complessivo della normativa antidiscriminatoria vigente in questo campo.

La partenza da una prospettiva ristretta ad uno solo dei motivi di discriminazione è utile alla ricerca per diverse ragioni.

La prima risiede nell'origine del diritto antidiscriminatorio comunitario, nato e costruito a partire dal vecchio art. 119 TCE (ora art. 157 TFUE) proprio intorno alla questione della parità di genere, e nella conseguente più abbondante e sedimentata produzione normativa in materia, a cui fa da pendant una assai rilevante produzione giurisprudenziale ad opera della Corte di giustizia CE.

La seconda, strettamente connessa alla prima, è data dall'impronta che il diritto antidiscriminatorio di genere ha fornito a tutti gli altri divieti di discriminazione vigenti nell'ordinamento comunitario. Rinviando necessariamente ad altri studi l'approfondimento della questione, ci si deve in questa sede limitare a rilevare che gli approdi interpretativi più recenti portano a ritenere vigenti delle nozioni di discriminazione comuni a tutti i fattori espressamente (e secondo un'interpretazione anche non espressamente) menzionati dai Trattati, salvo poi differenziarne i corrispondenti ambiti di applicazione, con eccezioni e deroghe diverse a seconda dei vari motivi di discriminazione vietati. Non è nemmeno possibile in questa sede valutare se in generale tali deroghe ed eccezioni siano frutto di esigenze di tutela differenziate a seconda del fattore di volta in volta coinvolto (la discriminazione razziale pone sfide e difficoltà diverse da quella per orientamento sessuale piuttosto che per genere o handicap), o se invece siano frutto della diversa capacità di pressione dei gruppi discriminati, che ha influito sull'accesso di ciascuno di essi a più o meno elevati livelli di tutela o, ancora, se le differenze non siano piuttosto dovute alla difficoltà nella ricerca di un compromesso politico durante l'elaborazione dei nuovi divieti di discriminazione[276]. Nell'ambito di questo studio ci si limiterà a verificare quale sia l'incidenza dei diversi divieti di discriminazione nel campo della previdenza complementare e quali siano le deroghe, le eccezioni e limiti vigenti in questo settore. Anche sotto questo profilo, come si vedrà tra breve, l'origine più antica e la più abbondante normativa in materia di genere costituiscono senz'altro un punto di vista privilegiato da cui prendere le mosse.

In terzo luogo, è utile partire dal genere perché, secondo una valutazione abbastanza condivisa tra gli esperti della materia, la diversa età di pensionamento tra uomini e donne non solo è considerata una delle questioni più calde e bisognose di immediati interventi normativi e quindi ineludibile, ma costituisce anche un punto di osservazione privilegiato per quanto concerne lo studio del delicato dialogo tra norme comunitarie antidiscriminatorie e diritti previdenziali nazionali.

---

[276] Per tutti questi aspetti si rinvia ai vari contributi pubblicati sul fascicolo monografico di DLRI, 2003, n. 3-4 e, in particolare ai saggi di BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio,* p. 399, e BELL, WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di uguaglianza,* p. 373.

In quarto luogo, la questione di genere costituisce un punto di osservazione privilegiato anche sotto il profilo del rapporto, interno al diritto comunitario, tra le diverse competenze attribuite alla Comunità in materia previdenziale e in materia di parità di trattamento, che impongono di valutare quali siano le reciproche influenze e i necessari vincoli che ciascuno pone all'altro. Sotto questo profilo ci si chiede in particolare se e come il diritto antidiscriminatorio costituisca un vincolo e/o punto di riferimento per le politiche di coordinamento aperto in materia previdenziale e, sul lato opposto, se e come le politiche comunitarie in materia di sicurezza sociale abbiano inciso sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio. Da questo punto di vista la questione della diversa età pensionabile di uomini e donne costituisce anche il background indispensabile per analizzare la altrettanto calda e controversa questione delle discriminazioni per età nella previdenza complementare.

Last but not least, la normativa comunitaria in materia di discriminazioni di genere nel campo della previdenza complementare, come si vedrà per alcuni versi molto più vincolante ed incisiva rispetto a quella in materia di sicurezza sociale, ha mostrato una forza espansiva tale da travalicare nettamente i limitati confini stabiliti nell'art. 7, dir. 2006/54/CE, che ne definisce il campo di applicazione, per incidere sia sul piano del rapporto di lavoro, sia su quello della sicurezza sociale. Si tratterà allora da un lato di testare la tenuta del sistema normativo così come delineato dalle direttive comunitarie in materia e di verificare, dall'altro, se i nuovi divieti di discriminazione introdotti a partire dal 1997 abbiano mostrato una analoga forza espansiva.

2. L'ultima parola della Corte di Giustizia: alcune domande spontanee ragionando sulla condanna dell'Italia per la diversa età pensionabile di uomini e donne

La questione della diversa età pensionabile di uomini e donne ha assunto un rilievo centrale nel dibattito italiano solo a seguito della sentenza della Corte di giustizia C-46/07, con la quale i giudici comunitari hanno condannato il nostro paese per inadempimento all'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). Il caso come è ormai noto, riguarda la pensione erogata nell'ambito del regime pubblico obbligatorio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, per i quali la legge dispone l'età di collocamento a riposo a 60 anni per le donne e 65 per gli uomini. Per quanto apparentemente fuori tema rispetto all'oggetto di questa ricerca, la questione è assai rilevante sia per l'impatto che potenzialmente ha sul complessivo sistema previdenziale italiano, sia per le conseguenze che potrebbe avere sul diritto antidiscriminatorio comunitario, che sembrerebbe, almeno a prima vista - ma questa è l'ipotesi che si tenterà di verificare in questa ricerca - avere una forza espansiva tale da scardinare, oltre ai sistemi nazionali, anche il riparto di competenze tra Stati membri e istituzioni comunitarie.

Esigenze di brevità impongono qui di non entrare nel dettaglio dell'intera tematica e di non ripercorrere le tappe dell'evoluzione degli orientamenti della Corte di giustizia in materia di discriminazioni di genere nella previdenza complementare. Rinviando ad altri approfonditi ed esaustivi studi[277] ci si soffermerà qui solo sulle decisioni più recenti della Corte. L'argomentazione e le conclusioni della Corte nella causa C-46/07, per quanto semplici e lineari, sono state analizzate puntigliosamente da tutti gli esperti della materia e fortemente criticate, sotto diversi profili. Si è

[277] IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario,* in BESSONE, CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, p. 62

insomma levato un coro di proteste verso una decisione le cui conseguenze sono state immediatamente penalizzanti per le donne. Tempestivamente infatti il legislatore ha provveduto ad un progressivo innalzamento dell'età pensionabile delle donne (sempre limitatamente al pubblico impiego), portandola, con l'art. 22 *ter* della l.n. 102/09, al 61° anno di età a partire dal 1° gennaio 2010 ed elevandola successivamente di un ulteriore anno ogni biennio fino a raggiungere il 65° anno nel 2018. In seguito, sulla base di ulteriori sollecitazioni della Commissione europea, il legislatore è intervenuto nuovamente, eliminando anche la progressione graduale e rendendo immediatamente operativo dal 2012 l'innalzamento dell'età a 65 anni (art.12, c. 12 sexies, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122).

L'argomentazione della Corte di giustizia, come accennato sopra è lineare: le prestazioni erogate dai regimi di previdenza sulla base di contributi versati dal datore di lavoro e proporzionate all'anzianità di servizio e alle retribuzioni percepite rientrano nella nozione di retribuzione di cui all'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE); la diversa età pensionabile delle donne non può considerarsi un'azione positiva ammessa dalla norma del Trattato, perché non aiuta la donna "a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo" (punto 57 della sentenza).

Secondo una lettura estrema le affermazioni della Corte sarebbero tali da estendere sostanzialmente i principi e le regole sancite in materia di parità di trattamento di cui alla direttiva 2006/54/CE a tutte le prestazioni previdenziali. Il discrimine, in altri termini tra l'ambito di applicazione della direttiva 79/7/CEE, che consente ancora la diversa età pensionabile di uomini e donne e quello della direttiva 2006/54/CE, che tale differenza non ammette, non sarebbe da individuare nella distinzione tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, bensì in quella tra prestazioni di sicurezza sociale - intese come le sole prestazioni a carattere universalistico erogate a prescindere dallo svolgimento da parte del cittadino di attività di lavoro - e prestazioni di previdenza, intese come prestazioni erogate al lavoratore, nell'ambito di regimi sia professionali, sia legali, in connessione con la retribuzione o con i contributi versati[278]. Si tratta tuttavia di una lettura che sembra ben attagliarsi al contesto nazionale italiano, che ha visto, a partire dalle riforme dei primi anni '90 la creazione di una netta separazione tra prestazioni di previdenza e prestazioni di assistenza e che trova riscontro, sul piano giuridico in quelle interpretazioni dell'art. 38 Cost. che attribuiscono rilevanza alla distinzione tra prestazioni riconosciute ai cittadini e ai lavoratori rispettivamente dal primo e dal secondo comma dell'art. 38 Cost.[279]. Ma, come si vedrà, non necessariamente tale distinzione si attaglia ai regimi di sicurezza sociale degli altri paesi europei. La stessa Corte di giustizia, nella successiva sentenza C-395/08[280] relativa al calcolo delle prestazioni pensionistiche dei lavoratori part-time (v. *infra* § 8) sembra aver adottato un criterio distintivo più morbido, basato su un giudizio di preponderanza delle finalità di politica sociale rispetto al legame esistente tra prestazione e rapporto di lavoro, aprendo così le porte anche in questo campo a forme di bilanciamento tra solidarietà e corrispettività già operato dalla Corte nei giudizi di legittimità dei monopoli pubblici previdenziali sotto il profilo del rispetto delle regole di concorrenza comunitarie.

---

[278] Cfr. PAMOLLI, SALERNO, *Corte di giustizia, età di pensionamento per le donne e riforma del welfare*, in RDSS, 2009, p.143.

[279] V. per tutti CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008, p.34.

[280] Corte di giustizia, 10 giugno 2010, C-395/08*, Inps c. Bruno e Pettini*.

Ciò che ai nostri fini è importante sottolineare subito è che la definizione di retribuzione accolta dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza in materia discriminazioni nel campo dei regimi pensionistici professionali è talmente ampia da riuscire potenzialmente a comprendere una considerevole parte del sistema previdenziale italiano e di numerosi paesi europei, anche perché la direttiva 2006/54/CE, riferisce il proprio ambito di applicazione oltre che ai regimi di vecchiaia, anche a quelli di malattia, invalidità, infortuni e malattia professionali, disoccupazione, prestazioni per i superstiti e prestazioni per i familiari.

È evidente d'altra parte che una simile estensione del divieto di discriminazioni va ben oltre quelle che erano le originarie intenzioni degli estensori delle due direttive 79/7 e 86/378 e, soprattutto, va ad incidere profondamente in una materia – la previdenza obbligatoria – sulla quale gli Stati membri hanno sempre rivendicato la propria competenza esclusiva e sulla quale solo da pochi anni le istituzioni comunitarie hanno iniziato a sviluppare proprie politiche, oltretutto privilegiando nettamente i metodi c.d. di *soft law*. È per questo che appare generalmente condivisa la critica mossa da parte della maggioranza dei commentatori italiani alla sentenza della Corte di giustizia di voler realizzare attraverso una forzatura del dato giuridico[281] un risultato – la parità nei regini pensionistici pubblici – non voluto dai Trattati e dagli Stati membri. È per questo che l'equiparazione effettuata dalla Corte della pensione di dipendenti delle pubbliche amministrazioni al regime professionale e conseguentemente alla retribuzione è stata fortemente contestata dai migliori predivezialisti italiani[282].

Ma, come è stato più pacatamente (ma non per questo con meno preoccupazione) rilevato dai più attenti osservatori del diritto antidiscriminatorio comunitario, il risultato a cui è giunta la Corte era quanto meno "scontato"[283]: alla luce del costante orientamento espresso dai giudici comunitari i regimi pensionistici dei dipendenti pubblici sono considerati retribuzione[284] e, come si vedrà tra breve, a questa conclusione la Corte di giustizia non poteva non giungere. Se l'Italia si fosse difesa meglio[285], si è altresì osservato, il risultato avrebbe potuto essere differente: ferma restando l'incontestabilità della natura retributiva delle prestazioni pensionistiche in questione, si sarebbe potuto applicare il IV comma dell'art. 141 (ora art. 157 TFUE) e considerare la minore età pensionabile come una misura diretta a compensare uno svantaggio, non la migliore possibile ed anzi forse la più rudimentale[286] per il suo carattere risarcitorio e per il suoi patto negativo sulla propensione delle donne alla partecipazione al mercato del lavoro[287], ma comunque ammissibile

---

281 CIOCCA, *La Corte di giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, in RDSS, 2009, p.125.

282 V. in particolare SANDULLI, *Età pensionabile e parità uomo-donna per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e ridenominazioni*, in RDSS, 2009, p.97 e CIOCCA, *La Corte di giustizia, la parità retributiva, cit.,* p. 125.

283 GOTTARDI, *Lo Stato di avanzamento dei lavori a livello delle istituzioni europee sulla parità di genere*, in CALAFA', GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, p. 46,

284 V. per tutti IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 62 e ivi tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

285 È infatti altrettanto generalmente condiviso il giudizio di approssimazione e insufficienza delle difese del Governo italiano v. CIOCCA, *La Corte di giustizia, la parità retributiva, cit.,* p. 125; DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglia. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e sistemi pensionistici*, LD, 2009, p. 255 e spec. p. 271 s.

286 Cfr. DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglia,* cit., p. 272.

287 V. infra § 4; SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security for Men and Women*, in www.euro.centre.org/data/1262169902_76075.pdf, p. 66.

secondo il diritto comunitario[288]. Ma, come si è detto sopra, la Corte di giustizia non ammette azioni positive che limitino la presenza delle donne sul mercato del lavoro[289].

La questione in ogni caso è destinata a riproporsi a breve, in quanto per effetto del mancato coordinamento delle riforme della previdenza obbligatoria e di quella complementare avvenute negli ultimi anni, nel nostro paese l'accesso ad entrambe le forme pensionistiche avviene al momento del raggiungimento dell'età pensionabile stabilita dai regimi legali obbligatori e, dunque ancora ad età differenziate per uomini e donne. Sotto questo profilo l'inadempimento italiano alla direttiva 2006/54/CE appare decisamente evidente ed è già stato rilevato[290]. Il diritto comunitario antidiscriminatorio, alla luce dell'ultima giurisprudenza della Corte appare dunque inesorabilmente destinato ad incidere ancora nel prossimo futuro sulla legislazione e sul sistema pensionistico italiano.

Non vi è da stupirsi: annunciata e perseguita dalle istituzioni comunitarie da ormai più di un ventennio, la parità in materia di età pensionabile tra uomini e donne è stata realizzata nella maggior parte dei paesi europei di prima generazione, in altri è in atto un processo di parificazione sia pure di più o meno lungo periodo (Austria, Belgio, Germania, Regno Unito, Estonia, Lettonia, Malta Slovacchia, Ungheria e Grecia) e i pochi Stati (Bulgaria, Repubblica Ceca, Italia, Lituania, Polonia, Romania, Slovenia) in cui ancora si consente al genere femminile il pensionamento anticipato si trovano in rilevanti difficoltà nel giustificare questa scelta[291]. Tra l'altro, se il diritto antidiscriminatorio da solo non è del tutto riuscito nell'operazione di parificazione, una rilevante spinta è giunta dalla grande crisi economica degli ultimi anni. L'innalzamento dell'età pensionabile delle donne è stato uno dei provvedimenti adottato dal Governo greco per accedere ai prestiti, mentre la legislazione italiana che in attuazione della sentenza della Corte di giustizia prevedeva un graduale innalzamento dell'età pensionabile femminile è stata considerata inadeguata dalla Commissione europea e già superata; che ciò sia avvenuto proprio negli stessi giorni in cui è stata imposta agli Stati membri l'adozione di misure finanziarie correttive per risanare i bilanci pubblici appare a chi scrive tutt'altro che un caso[292].

Diverse sono state le vie indicate dagli studiosi della materia per rendere più digeribile al genere femminile una parità assai poco desiderata[293] e, in ogni caso per introdurre strumenti di compensazione degli svantaggi nella vita occupazionale dalle donne alternativi al pensionamento anticipato[294]. Prima di entrare nel merito di tali questioni e di analizzare, in chiave comparata come

---

288 In questo senso v. BALLESTRERO, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Considerazioni introduttive,* LD, 2009, p.161 e spec. p. 165.

289 In argomento v. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 74.

290 Sia consentito rinviare a BONARDI, *I destinatari della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare, NLCC*, 2007, p. 578 e spec. p. 579.

291 V. il *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC as amended by Directive 96/97/EC. Report by the Commission's Network of legal experts in the fields of employment, social affairs and equality between men and women*, marzo 2007, in www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1777&langId=en.

292 Il secondo richiamo della Commissione europea data 3 giugno 2010 ed è immediatamente successivo al varo del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, relativo alle misure urgenti di stabilizzazione della finanza italiana.

293 V. in particolare le osservazioni di DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglia,* cit., p.276.

294 V. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori*, cit., p. 46 s.

operino i sistemi di previdenza complementare sotto questo profilo, occorre quanto meno tentare di dare una risposta ad alcuni rilevanti interrogativi suscitati dalla questione età pensionabile. La prima domanda che sorge spontanea riflettendo su questa vicenda è perché tanto accanimento sulla questione dell'età pensionabile, quando questa, alla luce delle numerose ricerche e studi di genere, sembra l'ultimo dei problemi da affrontare.

Diversi anni fa un'autorevole commentatrice muoveva pesantissime accuse alla giurisprudenza della Corte di giustizia in questa materia, considerandola volta da difendere – in nome di un'uguaglianza puramente formale – gli interessi degli uomini e dei fondi professionali di previdenza[295]. Le più recenti trasformazioni e riforme del diritto antidiscriminatorio hanno invece portato gli esperti a ritenere che oggi molto più che in passato i divieti di discriminazione possano rappresentare un efficace strumento di tutela dei diritti fondamentali e ciò soprattutto perché essi "vivono di una vita propria, che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri, e prescinde anche dall'assetto presente o futuro delle competenze"[296].

Ci si chiede dunque se il diritto antidiscriminatorio rappresenti oggi la leva di Archimede in grado di garantire un uguale accesso al godimento dei diritti fondamentali – e tra essi quello alle prestazioni previdenziali o se invece esso, pur trovando le proprie radici nell'esigenza di tutelare i diritti dei gruppi svantaggiati non abbia finito col tradire la propria ragion d'essere. Infine ci si chiede se e quanto il quadro che si sta cercando di ricostruire sia destinato a mutare e in che senso, dopo l'entrata in vigore del nuovo trattato di Lisbona.

3. Modelli previdenziali e non discriminazione di genere

La conclusione a cui è giunta la Corte di giustizia con riferimento all'età pensionabile non era soltanto scontata, era anche e soprattutto una conclusione obbligata: essa può dirsi diretta conseguenza del combinato dei difetti genetici e funzionali del diritto antidiscriminatorio da un lato e del diritto della sicurezza sociale dall'altro. Sulla vicenda dell'età pensionabile hanno inciso considerevolmente la disparità di efficacia attribuita al principio di parità retributivo rispetto al più generale principio di parità e alla possibilità di introdurre misure di diritto diseguale da un lato e, dall'altro la mancanza di un quadro comune o quanto meno riconducibile a strutture simili, dei sistemi di protezione sociale, unita alla penuria di interventi comunitari di armonizzazione e di definizione di standard minimi di tutela.

Come si tenterà di dimostrare, è un po' come se la Corte di giustizia si fosse trovata a giocare un torneo di carte su più tavoli diversi (quelli dei sistemi previdenziali nazionali), soltanto che mentre la distribuzione delle carte degli altri giocatori cambia ogni volta, la Corte si ritrova sempre in mano le stesse carte: un paio di scartine (le direttive sulla parità) e lo stesso unico carico: l'art. 141 TCe (ora art. 157 TFUE).

---

[295] FREDMAN, *The Poverty of Equality: Pensions and the ECJ,* ILJ, 1996, n. 2, p. 91.

[296] BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità,* in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XLIII.

3.A L'insostenibile peso delle diversità nazionali

Benché in tendenziale progressivo avvicinamento, i sistemi di sicurezza sociale nazionali sono ancora profondamente diversi. Essi sono costituiti da più schemi, istituiti in epoche diverse e con finalità differenti e sono andati emergendo per aggiunte e stratificazioni successive[297]. L'originaria grande bipartizione tra sistemi beverdgeani e sistemi bismarckiani ha perso di utilità descrittiva, in quanto già dal dopoguerra entrambi hanno subito profonde trasformazioni: mentre i primi hanno attuato politiche di estensione delle tutele e di differenziazione tra lavoratori e cittadini, i secondi hanno introdotto sistemi di protezione sociale universale per i soggetti rimasti privi di copertura. I processi di riforma inoltre sono avvenuti in modo diverso nei vari paesi a seconda del mix tra intervento pubblico e privato che ciascuno di essi ha inteso adottare[298]. Alla distinzione tra sistemi universalistici e previdenziali (si utilizza qui per comodità il termine nel senso stretto con cui viene inteso generalmente in Italia come trattamento riservato a chi possiede lo status di lavoratore) si è accostata quella tra sistemi monopilastro e sistemi multipilastro, distinti in base al soggetto che eroga le prestazioni e al relativo regime giuridico – pubblico o privato, obbligatorio o volontario – e sulla base della funzione che sono chiamati a svolgere. In linea di massima, la sicurezza sociale obbligatoria appartiene al 1° pilastro, quella occupazionale complementare ad adesione volontaria o obbligatoria al 2° e la previdenza individuale gestita dalle istituzioni finanziarie al 3°. Alla distinzione tra pilastri si è accostata, o sostituita, quella basata sui livelli di tutela, c.d. *tiers*: i trattamenti universalistici di base, a loro volta distinti tra sistemi inclusivi o selettivi (sulla base dell'utilizzo o meno del c.d. *means test*), quelli relativi ai sistemi previdenziali per i lavoratori, in genere gestiti a ripartizione (normalmente rientranti nel 2° livello) e i conti pensionistici individuali a capitalizzazione (classificati nel 3° livello)[299]. Ciò che è importante rilevare però è che non vi è in alcun modo coincidenza tra pilastri e livelli: lo stesso grado di tutela può essere realizzato in un sistema attraverso un solo, due o tutti e tre i pilastri. Non solo: cambia considerevolmente da Stato a Stato, da sistema a sistema, la distinzione tra i vari livelli: a parità di prestazione finale può avvenire, a seconda degli stati e dei sistemi, che la stessa sia erogata integralmente dallo stato con un sistema di finanziamento solo a ripartizione o solo a capitalizzazione o con un mix delle due modalità di finanziamento, in parte dallo stato e in parte da fondi occupazionali o soltanto da fondi occupazionali (ove siano concesse possibilità c.d. di opt out), in parte dallo stato e in parte dai fondi finanziari c.d. di terzo livello, o, ancora, solo da fondi occupazionali e/o da fondi finanziari, con mix di obbligatorietà e volontarietà variabili. A ciò si deve aggiungere che cambia considerevolmente anche il livello finale delle prestazioni, e che la differenza tra stato a stato dipende da un'ulteriore molteplicità di fattori che comprendono, tra l'altro, i tassi di occupazione, il costo della vita, le modalità di finanziamento, la diversa allocazione del rischio e via dicendo[300].

---

[297] JESSOULA, *La politica pensionistica*, Bologna, 2009, p.42

[298] JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p. 29 e ss.

[299] Per questa distinzione con riferimento al Regno Unito v. VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito. Libertà e modalità di adesione alle forme di previdenza complementare individuali e collettive: il c.d.* contracting out, datt., p.2

[300] V. da ultimo per tutti questi aspetti il *Libro Verde, Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa,* della Commissione Europea, Bruxelles, 7 luglio 2010, COM (2010)365 def., nonché il Paper della Commissione europea, Directorate-general for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Private Pension Schemes. Their role in adequate and sustainable pensions*, dec.2009

Solo per dare un'idea, la previdenza complementare copre il 90% dei lavoratori in Svezia e Olanda, ma tra i due paesi è molto diverso il tasso di sostituzione rispetto alla retribuzione percepita dal lavoratore, così come è diversa la quota percentuale che la previdenza complementare rappresenta rispetto al trattamento pensionistico complessivo[301].

Tutti i sistemi presentano comunque problemi e tendenze comuni, che è utile sottolineare, e che possono essere sommariamente ricondotti al grande trade-off di fondo tra adeguatezza e sostenibilità, e alla conseguente ricerca di formule che consentano di coniugare i due termini, garantendo una copertura previdenziale adeguata e al contempo compatibile con le esigenze di bilancio statali[302]. Ha giocato un ruolo rilevante nel ravvicinamento dei sistemi di welfare il c.d. modello della Banca mondiale, basato sullo sviluppo di sistemi di previdenza complementare a capitalizzazione, operanti in base al sistema di contribuzione definita[303]. Se dunque si può ravvisare una tendenza comune a tutti i paesi, questa può essere individuata nella progressiva generalizzazione di questo sistema[304]. I paesi con welfare tradizionalmente multi pilastro hanno avviato un'opera di passaggio dai sistemi a prestazioni definite, in passato largamente diffusi nel campo occupazionale, a sistemi a contribuzione definita, sia pure introducendo disposizioni volte ad una migliore gestione dei fondi e a garantirne la solvibilità[305], i paesi originariamente monopilastro, invece, nell'istituire i fondi complementari a capitalizzazione hanno decisamente optato per il sistema a contribuzione definita. Farà probabilmente eccezione, ma solo in un prossimo futuro, il Regno Unito, dove nel corso degli ultimi anni i sistemi a contribuzione definita si sono diffusi ampiamente, superando la precedente caratterizzazione del sistema basata sulla netta prevalenza di sistemi a prestazione definita, ma dove, a partire dal 2012 l'iscrizione ai fondi a contribuzione definita sarà fortemente disincentivata dal divieto del c.d. *contracting out* dal sistema pubblico a questo tipo di previdenza, e ciò in ragione della mancanza di garanzie circa la prestazione finale realizzabile[306]. La scelta tra l'uno e l'altro sistema è tutt'altro che neutra perché da essa dipende l'allocazione del rischio dell'operazione finanziaria sottesa al sistema previdenziale: mentre nei sistemi a prestazione definita il rischio di non riuscire ad erogare le prestazioni pattuite grava o sul fondo previdenziale oppure sul soggetto (in quelli occupazionali il datore di lavoro) obbligato al versamento dei contributi, in quelli a contribuzione definita tale rischio grava sempre sul beneficiario della prestazione[307].

---

301 Si rinvia ai dati indicati nelle relazioni di CORTI e SARTORI per la Svezia e per l'Olanda v. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, datt. p. 3.

302 V. da ultimo, Commissione Europea, *Libro verde, Verso sistemi pensionistici adeguati,* cit., p. 5 ss.

303 GUARDIANCICH, *The New Pension Orthodoxy in Central, Eastern and South Eastern Europe: Lessons for Prospective Reformers*, RIPP, 2009, p. 5; JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p.81, NOVAK, *The great pensions Theft in Eastern Europe, in* http://www.alternatives.ca/eng/our-organisation/our-publications/analysis-and-articles/article/the-great-pensions-theft-in.

304 V. Commissione Europea, *Libro verde, Verso sistemi pensionistici adeguati*, cit., p. 15.

305 Sottolinea il passaggio dai sistemi prestazione definita a quelli a contribuzione definita, nel Regno Unito KILPATRICK, *The New UK Retirement Regime, Employment Law and Pensions*, ILJ, p.20; per l'analogo processo avvenuto in Svezia v. V. la Relazione di CORTI e SARTORI. Per le resistenze dell'Olanda al passaggio v. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 7

306 VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito*, cit., p. 12.

307 V. tra i molti KILPATRICK, *The New UK Retirement Regime,* cit., p.20.

La tendenza più comune e rilevante ai nostri fini è però quella della sempre più stretta interrelazione esistente tra i diversi pilastri[308], che rende sempre più difficile inquadrare i sistemi di sicurezza sociale nazionali, o meglio, i vari pezzi di quei sistemi, nell'ambito di applicazione delle tre direttive in materia di discriminazione di genere. La connessione tra primo e secondo pilastro è chiaramente evidente in Italia, dove la riforma della previdenza complementare avviata con il d. lgs. n. 124/93 è avvenuta insieme alle prime riforme della previdenza pubblica, ma lo è anche in Svezia dove gli accordi interconfederali che disciplinano la materia sono stati rivisti a seguito della riforma delle pensioni statali[309], ed è segnalata anche per quanto riguarda l'Olanda[310]. In Francia, invece, la previdenza complementare viene considerata parte integrante del 1° pilastro[311].

Alle difficoltà di inquadramento e correlazione che sussistono tra previdenza pubblica di base e previdenza complementare, o, meglio, tra il 1° e il 2° pilastro, si sono aggiunte negli ultimi anni ulteriori complicazioni derivanti dalle sempre più forti interrelazioni e commistioni che si sono create tra il 2° e il 3° pilastro. In alcuni casi la creazione e/o l'incentivazione di un secondo pilastro su base occupazionale è avvenuta attraverso una sua diretta connessione con il terzo: è il caso dell'Italia, dove il lancio della previdenza complementare dei lavoratori è stato realizzato con il divieto (peraltro poi ammorbidito) di gestione diretta, ma anche quello della Svezia, dove è il lavoratore a scegliere se la sua contribuzione debba essere versata a un fondo pubblico piuttosto che a un'assicurazione privata o se possa restare nella disponibilità del datore di lavoro[312]. In molti casi l'accesso ai due sistemi – occupazionale e finanziario è alternativa e si vanno configurando forme ibride, come avviene oltre che in Italia, nel Regno Unito[313]. Nei paesi di origine comunista le più recenti riforme hanno visto accostare al primo pilastro, peraltro fortemente indebolito dalle crisi derivanti dalla transizione all'economia di mercato, forme di previdenza obbligatoria a capitalizzazione sostanzialmente riconducibili al 3° pilastro, by-passando del tutto il secondo[314]. Non è possibile in questa sede affrontare e discutere dei numerosi problemi, sia di adeguatezza, sia di sostenibilità, che le recenti riforme previdenziali dei paesi postcomunisti pongono. Rinviando ad altri importanti contributi in proposito[315], è però importante osservare come la mancanza di un pilastro occupazionale abbia come ulteriore inevitabile conseguenza non solo la sottrazione di larga parte della previdenza all'ambito di applicazione della direttiva 86/378 e la sua riconduzione alla direttiva 2004/113, ma anche l'abbandono di ogni possibilità di inserire nel sistema elementi solidaristici e redistributivi[316].

---

[308] PRECHAL, BURRI, *EU Rules on Gender Equality: how are they transposed into national law? European Communities*, 2009, p. 16, nello stesso senso ora v. Commissione Europea, *Libro verde, Verso sistemi pensionistici adeguati, cit.*, p.

[309] V. la Relazione di CORTI e SARTORI.

[310] Cfr. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 2.

[311] V. MASSE-DESSEN, LANQUETIN, *France*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 43.

[312] V. la Relazione di CORTI e SARTORI.

[313] VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito*, cit., p. 21.

[314] JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p. 49 e ss.; GUARDIANCICH, *The New Pension Orthodoxy,* cit. p. 6.

[315] GUARDIANCICH, *The New Pension Orthodoxy*, cit., p. 5; NOVAK, *The great pensions Theft in Eastern Europe*, cit.

[316] Rilevano la totale mancanza di effetti ridistributivi nell'ambito del 3° pilastro VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito*, cit., p. 13.

Interrogati sull'utilità della distinzione tra i tre pilastri, gli esperti di diritto antidiscriminatorio dei vari paesi hanno dato risposte differenziate, ciò che costituisce già di per sé un dato significativo. Il giudizio complessivo è che la distinzione tra i tre pilastri sia "*doubtful, at least*"[317], e generale è la valutazione negativa sulla legislazione per il livello di complessità e la confusione che genera[318]. Essa risulta adeguata per la Svezia[319], e la Germania[320], ma totalmente inadeguata sia per i paesi post comunisti, che la definiscono addirittura "*meaningless*"[321], sia per alcuni dei vecchi Stati membri, come la Francia e il Regno Unito. Secondo alcuni autori la distinzione tra pilastri è utile nella misura in cui consente ai paesi più progrediti una maggiore velocità di riforma[322], ma molti esperti hanno ritenuto che benché il superamento della distinzione appaia necessario, strategicamente esso appare improponibile: l'opposizione che incontrerebbe da parte dei gestori dei sistemi assicurativi di terzo pilastro rischierebbe infatti di condurre a un abbassamento generale del livello di protezione[323].

Il punto fondamentale secondo gli esperti non è il superamento della distinzione ma la realizzazione della parità in tutti e tre i settori attraverso l'eliminazione delle deroghe ed eccezioni tuttora ammesse.

3.B Le carte della Corte

Come noto, il principio di parità di trattamento in materia di welfare si afferma più tardi rispetto al campo più strettamente lavoristico: emanata nel 1979 con un termine di attuazione "insolitamente lungo"[324], la direttiva 79/7 si caratterizza in negativo per il suo carattere compromissorio, che emerge soprattutto dalle numerose esclusioni dal suo campo di applicazione[325]. Essa infatti non si applica tra l'altro, al limite di età pensionabile e ai sistemi di calcolo delle prestazioni che ne discendono, alla concessione di prestazioni di vecchiaia in base a diritti derivati dal coniuge, agli assegni familiari, alle prestazioni ai superstiti, ad altre particolari forme di sostegno del reddito[326]. Si tratta di aspetti che, come si vedrà ai §§ 4 e 5, invece sono fondamentali per la realizzazione della parità nei sistemi di welfare.

Meno eccezioni e deroghe sono invece consentite nei regimi di previdenza professionale o occupazionale, regolati prima dalla direttiva 86/378, modificata nel '96 a seguito della sentenza *Barber*[327] e poi abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/54/CE. Il campo di applicazione, come si è rilevato sopra è molto ampio e riguarda sostanzialmente tutti i regimi non regolati dalla direttiva

---

317 *Executive Summary*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 5.
318 V. MC CRUDDEN, *United Kingdom*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 134.
319 MC CRUDDEN, *United Kingdom, cit.,* p. 130.
320 SCHIEK, *Germany*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 44.
321 V. ad esempio KOLLONAY LEHOCZKY, *Hungary*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 55.
322 MC CRUDDEN, *United kingdom*, cit., p. 134.
323 SCHIEK, *Germany*, cit., p.49.
324 ROCCELLA TREU, 316.
325 V. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 64, che parla di un criterio di "forte moderazione".
326 Come gli *House benefits* britannici che concorrono in misura assai rilevante al sostegno del reddito. Cfr. Corte di giustizia 4 febbraio 1992, C-243/90, *Smithson*.
327 Corte di giustizia, 17 maggio 1990, *Barber* C-262/88.

79/7/CEE aventi lo scopo di fornire ai lavoratori, subordinati o autonomi, raggruppati nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o di sostituirsi ad esse, indipendentemente dal fatto che l'affiliazione a questi regimi sia obbligatoria o facoltativa (art. 2, c.1, lett. f). Sostanzialmente, i criteri per rientrare nella definizione di regime professionale sono la destinazione ad una particolare categoria di lavoratori, l'istituzione della tutela in base ad una concertazione tra le parti sociali ovvero ad una decisione unilaterale del datore di lavoro, e il finanziamento a carico del datore di lavoro o di quest'ultimo e dei lavoratori[328]. Si tratta peraltro di criteri non sempre valutati uniformemente, avendo la Corte in taluni casi applicato criteri in parte diversi. A volte l'elemento che ha fatto escludere l'applicazione dell'art. 141TCE (ora art. 157 TFUE) è il non poter essere la materia oggetto di negoziazione con il datore di lavoro[329], in altri casi si è fatto riferimento, ai fini dell'applicabilità della norma, alla diretta correlazione esistente tra prestazione, anzianità lavorativa e retribuzione finale del lavoratore[330]. Nella giurisprudenza più recente si è affermato che costituisce retribuzione non solo una pensione il cui importo è calcolato sulla base del valore medio della retribuzione percepita nel corso di un periodo limitato ad alcuni anni immediatamente precedenti il ritiro dal lavoro[331] ma anche quella calcolata sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione del lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione[332]. Da ultimo, e come si avrà modo di approfondire ulteriormente in prosieguo, si è proposto di distinguere tra regimi di previdenza legale e professionale sulla base del fatto che la prestazione sia erogata in misura più o meno dipendente da un rapporto di lavoro piuttosto che da considerazioni di politica sociale"[333].

La variabilità degli elementi valutati dalla Corte non può non stupire, in quanto inevitabile conseguenza dell'ancor più estrema variabilità delle forme pensionistiche sulle quali si è dovuta esprimere. La controversia che per prima ha portato alla riconduzione dei contributi di previdenza complementare alla nozione di retribuzione di cui all'art. 119 TCE (ora art. 157 TFUE) riguardava il Regno Unito e aveva per oggetto un sistema il cui accesso era – ed è tuttora - subordinato alla rinuncia da parte dei lavoratori alla parte di prestazione pensionistica pubblica connessa alla retribuzione[334]. Il secondo rilevante caso deciso dalla Corte[335] riguardava un regime pensionistico olandese dei dipendenti pubblici differenziato per uomini e donne, anch'esso parzialmente sostitutivo del regime generale obbligatorio. Non stupisce dunque che una volta individuato il discrimine tra retribuzione e previdenza sociale nel finanziamento da parte del datore di lavoro e nella rilevanza dei contributi versati anche ai fini del calcolo di alcuni elementi retributivi e di altre

---

328 Cfr. Corte di giustizia, 17 maggio 1990, *Barber* C-262/88.

329 Corte di giustizia, 28 settembre 1993, C-7/93, *Beune*.

330 Corte di giustizia 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar¸* Corte di giustizia 12 settembre 2002, C-351/00 *Niemi;* Corte di giustizia, 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*.

331 Corte di giustizia 12 settembre 2002, C-351/00 *Niemi*.

332 Corte di giustizia, 1° aprile 2008, C-267/06, *Maruko*.

333 Cfr. punto 41 della sentenza *Inps*, Corte di giustizia, 10 giugno 2010, C-395/08.

334 Corte di giustizia, 11 marzo 1981, C-69/80, *Worringham*.

335 Corte di giustizia, 18 Settembre 1984, C-23/83, *W.G.M. Liefting*.

prestazioni cui accede il lavoratore, si sia poi giunti a generalizzare la regola per cui le pensioni dei dipendenti pubblici rientrano nel campo di applicazione dell'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). Una conclusione diversa era forse impossibile: il principio di parità – ha sempre detto la Corte di giustizia è un principio fondamentale e in quanto tale impone nella sua applicazione particolari regole, prima tra tutte la necessità di interpretare le eccezioni in modo restrittivo e di ammettere giustificazioni alle deroghe solo in presenza di adeguate e giustificate finalità: decidere diversamente avrebbe probabilmente comportato una grave *vulnus* a quella regola fondamentale. I passi successivi – la parificazione dell'età pensionabile[336], la qualificazione alla stregua di retribuzione oltre che dei contributi anche delle prestazioni di previdenza professionale[337]; l'irrilevanza dell'obbligatorietà o volontarietà del sistema e dell'erogazione delle prestazioni da parte del datore di lavoro piuttosto che da parte di un fondo professionale o di altro genere[338], l'irrilevanza della distinzione tra fondi a ripartizione piuttosto che a capitalizzazione[339] - erano conseguentemente obbligati.

Non si poteva tuttavia parlare di una vera e propria violazione della competenza degli Stati membri[340]: sebbene la prima formulazione della direttiva 86/378 ammettesse le differenziazioni di età tra uomini e donne, la fonte della parità retributiva era – ed è tuttora – da rinvenirsi nel Trattato, dunque al limite poteva parlarsi di violazione di quest'ultimo da parte dell'art. 9 della direttiva che ammetteva tale differenza sino a quando il regime di parità non fosse stato realizzato nei regimi di previdenza sociale. Ma la questione, come noto, è stata sanata con un protocollo aggiuntivo al Trattato di Maastricht (c.d. Prot. Barber) e poi con la direttiva 96/97/CE di modifica della direttiva 86/378[341], sicchè attualmente si può parlare di piena coincidenza tra quanto disposto in materia di parità dal Trattato e le regole in materia di previdenza occupazionale, oggi trasfuse nella direttiva 2006/54.

Ciononostante l'aporia di fondo del sistema resta: in assenza di forti interventi di armonizzazione nel campo della sicurezza sociale da un lato e in assenza di disposizioni volte alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, l'unico campo in cui la Corte di giustizia può incidere seriamente è quello riconducibile al principio di uguaglianza formale e su questo terreno la differenza di età è senz'altro la più vistosa e di immediata percezione. È questo che spiega perché tra tutti i potenziali fattori che incidono sulla parità di accesso al welfare – su cui si tornerà tra breve- l'età ha prevalso, trasformando – in questo campo - il divieto di discriminazioni in un cavallo di Troia[342]. Il mai sopito dibattito sulla legittimità delle azioni positive in ambito comunitario ha fatto il resto: la mancanza

---

336 Corte di giustizia, 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber*.

337 Corte di giustizia, 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber*.

338 Corte di giustizia 6 ottobre 1993 C-09/91, *Ten Oever*; Corte di giustizia 28 settembre 1994, C-7/93 *Beune*.

339 Corte di giustizia 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*.

340 Affermano che la direttiva 86/378 è stata "superata" dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ROCCELLA TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2009, p. 286; secondo IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 65, "non sono state necessarie particolari forzature".

341 Su cui v. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 62.

342 V. nello stesso senso ma in generale sui divieti di discriminazione, MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 carta di Nizza)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 77/2010, p. 19, secondo la quale "l'eguaglianza ha finito per giocare nel sistema comunitario la funzione di favorire l'integrazione economica, più che la sua tipica funzione ridistributiva".

di chiarezza sui limiti di ammissibilità di tali azioni ha contribuito ad alimentare una giurisprudenza, per così dire, sempre più legata a un'idea di uguaglianza formale e bidirezionale e sempre meno alla *ratio* di tutela della dignità e dei diritti dei gruppi svantaggiati che è all'origine del diritto antidiscriminatorio. Il divieto di discriminazioni di genere si è così talvolta prestato ad azioni poste in essere dal genere più forte per avvalersi delle più agevoli condizioni di accesso al welfare talvolta concesse a quello più debole; e sulle decisioni del legislatore e dei giudici comunitari le esigenze di equilibrio finanziario non hanno giocato un ruolo irrilevante[343]. Il tradimento si potrebbe anche perdonare, se, pur nell'impossibilità di realizzare una parificazione verso l'alto, cioè estendendo i benefici a tutti, quanto meno si realizzasse un equilibrio diverso, nel quale quegli ostacoli che avevano giustificato l'attribuzione del vantaggio sono in qualche modo eliminati o compensati. Il giudizio non può invece che essere negativo se la vicenda si risolve in una semplice negazione dei diritti in origine destinati ai soggetti svantaggiati[344].

Occorre allora interrogarsi su quali siano le reali ragioni che determinano la presenza di rilevanti differenze di genere nell'accesso e nel godimento delle prestazioni previdenziali e quali siano le contromisure adottate dagli Stati o che possano essere realizzate a livello comunitario.

Di nuova generazione è infine l'ultima carta della Corte: la direttiva 2004/113/CE, che estende la parità di genere all'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, il cui campo di applicazione copre tutti i beni e servizi offerti al pubblico e comprende conseguentemente anche i prodotti assicurativi, vale a dire il terzo pilastro dei sistemi di welfare, per il quale si prescrivono alcune limitazioni all'utilizzo di fattori attuariali differenziati (v. *infra* § 4).

4. Modelli di welfare ed effetti di genere

Il genere rappresenta, insieme alla famiglia, uno dei fattori esogeni di mutamento dei sistemi previdenziali. La maggiore autonomia e la maggiore presenza delle donne sul mercato del lavoro incidono considerevolmente anche sui sistemi di welfare[345] contribuendo, in particolare alla loro sostenibilità.

Tuttavia, si devono considerare anche gli effetti che le riforme e in particolare quelle attuate più di recente possono avere sul genere e sugli altri gruppi svantaggiati ai quali è dedicato il diritto antidiscriminatorio. Più che ragionare per modelli di welfare, sotto questo profilo appare più utile evidenziare quali sono o possono essere i vantaggi e gli svantaggi che alcune fondamentali scelte di politica sociale comportano. Gli studi esistenti in argomento sono basati sui modelli di welfare in generale, ma è evidente che alcuni dei profili, sui quali in questa sede si porrà maggiore attenzione, sono particolarmente rilevanti per la previdenza complementare.

In linea generale si può partire dall'osservazione che la scelta tra sistema pubblico o privato di tutela non ha di per sé un rilevante impatto di genere, che dipende invece, fondamentalmente

---

[343] V. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 73; ROCCELLA TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*. cit., p. 317.

[344] V. FREDMAN, *The Poverty of Equality* ,cit., p. 91; LANQUETIN, *Les retraites des femmes. Quelle égalité?,* DS, 2003, p. 960; MASSE-DESSEN, LANQUETIN, *France*, cit., p. 44.

[345] JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p. 61.

dall'entità e dalle modalità di calcolo delle pensioni e dalla quantità di solidarietà e ridistribuzione presente nei diversi sistemi. È pacifico che più il calcolo delle prestazioni è legato alla vita lavorativa, maggiormente le discriminazioni subite dalle donne e dagli altri soggetti svantaggiati durante la vita attiva si ripercuoteranno sull'entità delle prestazioni: per come è strutturato il sistema, si è giustamente osservato, nessun progresso nella parità di genere nei sistemi pensionistici potrà essere realizzato fintanto che non vi sarà uguaglianza di retribuzioni; ogni ulteriore passo avanti potrà essere compiuto solo attraverso l'adozione di schemi volti a compensare generosamente la cura dei figli[346].

Per quanto riguarda i sistemi a capitalizzazione, in particolare, si può anzitutto osservare che i vantaggi derivanti in termini di rendimento dei contributi versati saranno per le donne tanto minori quanto minori sono gli elementi di solidarietà presenti nel sistema e a seconda del modello prescelto. Incide considerevolmente la scelta tra sistema a contribuzione o a prestazione definita: nel primo l'impatto sul genere dipende fondamentalmente dalla modalità di calcolo della prestazione e cioè dal fatto che questa sia realizzata mediante un conto solamente individuale o mediante la ridistribuzione collettiva dei rendimenti: solo nel primo caso gli svantaggi che hanno le donne nella vita lavorativa si ripercuoteranno inesorabilmente sul piano pensionistico[347]. Il passaggio al sistema contributivo, come si è accennato, si è realizzato in Svezia a seguito della riforma pensionistica del 1998[348]; nel Regno Unito nel corso degli anni '90; in Italia la contribuzione definita è obbligatoria per tutti i lavoratori subordinati in base all'art. 2, d. lgs. 252/07. In Olanda e in Francia invece il passaggio incontra numerosi ostacoli e opposizione da parte dei lavoratori, soprattutto in quanto comporta la perdita dei meccanismi ridistributivi e solidaristici presenti nei fondi a prestazione definita[349]. Peraltro si deve altresì considerare che in questi ultimi sistemi, soprattutto ove i trattamenti sono parametrati sulle ultime retribuzioni, l'impatto di genere é diverso sulle varie fasce di lavoratori: sono avvantaggiate le lavoratrici con carriere discontinue e decisamente svantaggiate quelle che hanno carriere ininterrotte ma con orari e retribuzioni limitati.

Analogamente l'utilizzo di sistemi attuariali diversificati per uomini e donne determina ancora prestazioni più basse per le donne, mentre l'utilizzo di tabelle unisex ha un effetto redistributivo a favore del genere femminile. L'uso di tabelle di calcolo unisex risulta diffuso in Danimarca, Francia, Islanda, Olanda, Svezia e Grecia, ma per molti paesi non esistono dati attendibili in quanto la scelta varia da fondo a fondo. Belgio, Germania, Italia, Regno Unito sono tra i paesi in cui risultano utilizzati criteri differenziati[350]. Nel Regno Unito, l'utilizzo di sistemi di calcolo differenziati per

---

[346] V. MC CRUDDEN, *United Kingdom,* cit., p. 130, ove l'A. afferma che "as long as women do not take part in gainful employment to the same extent than men nor have the same incomes the system as such will, of course, not further gender equality with regards to pensions".

[347] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit. p. 63.

[348] V. la Relazione di CORTI e SARTORI, p. 15.

[349] V. per la MASSE-DESSEN, LANQUETIN, *France,* cit., p. 43 e per l'Olanda FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 9.

[350] PRECHAL, BURRI, *EU Rules on Gender Equality: how are they transposed into national law? European Communities*, 2009, p. 17.

genere determina, secondo gli ultimi dati disponibili, pensioni occupazionali delle donne inferiori del 20-25% rispetto a quelle degli uomini[351].

L'uso di tabelle attuariali differenziato è ammesso dalla direttiva 2006/54/CE ed è stato considerato legittimo dalla Corte di giustizia[352]. Esso risulta invece parzialmente limitato dalla nuova direttiva 2004/113 relativa all'accesso a servizi e beni. L'art. 6 in particolare impone agli Stati di garantire che in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, si possa tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari, ma, se ben intendo, tale calcolo può avere rilevanza sul piano complessivo della valutazione degli equilibri di gestione, non potendo invece lo stesso determinare differenze nei premi e nelle prestazioni. La disposizione appare però temperata da una deroga che, pur non essendo formulata in modo del tutto chiaro, appare comunque assai rilevante, in quanto si consente agli Stati di ammettere, ma solo entro il termine del 21 dicembre 2007, differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici".

La stretta commistione esistente tra 2° e 3° pilastro pone il problema di stabilire se e in che misura le nuove disposizioni siano applicabili anche alla previdenza complementare di tipo occupazionale. Il problema si pone in modo diverso nei vari Paesi, a seconda della disciplina e delle commistioni esistenti. In quelli in cui il lavoratore è semplicemente libero di scegliere a quale fondo aderire, dal punto di vista dei lavoratori assume particolare rilevanza l'informazione sul punto, che a sua volta rischia però di creare non pochi problemi e contraddizioni: perché mentre le donne saranno incentivate ad aderire a fondi nei quali si utilizzano tabelle unisex, gli uomini privilegeranno senz'altro quelli nei quali si usano calcoli differenziati per i vantaggini termini di prestazioni che questo comporta, annullando così l'effetto ridistributivo garantito dal calcolo unisex. Non solo: il diverso regime rischia di incidere anche sulla scelta dei singoli lavoratori tra fondi di secondo e di terzo pilastro.

In Italia il problema appare ulteriormente complicato in quanto in molti casi l'erogazione successiva delle prestazioni da parte dei fondi chiusi avviene mediante l'intervento degli operatori del mercato finanziario. L'attuazione della direttiva 2004/113/CE è avvenuta con il d. lgs. 6 novembre 2007, n. 196 che ha inserito un nuovo Titolo II bis al Libro III del codice delle pari opportunità (d. lgs. 198/06). La disposizione relativa all'utilizzo dei calcoli attuariali differenziati appare contraddittoria e poco chiara, perché riproduce l'analoga norma della direttiva senza chiarire i limiti temporali in cui è ammessa la deroga[353]. Si prevede infatti al primo comma il divieto generale di utilizzare, nei contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, i fattori di calcolo differenziati ai fini della definizione dei premi e delle prestazioni individuali, ma al secondo comma si stabilisce che "sono consentite differenze proporzionate nei premi o nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a dati attuariali e statistici pertinenti e accurati". Per quanto riguarda invece la previdenza complementare, il nuovo art. 30 *bis* del codice, inserito con il d. gls. 5/10 ammette ancora l'utilizzo di criteri

---

351 SARGEANT, *Gender Equality and the Penions Acts 2007-2008,* ILJ, 2009, vo. 38, n. 1, p. 116.

352 Corte di giustizia 22 dicembre 1993, *Neath*; Corte di giustizia 28 settembre 1994, C200/91, *Coloroll*, in argomento v. anche IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 81.

353 V. i rilievi critici di RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, National Report, Italy*, The Gdansk Institute for market economics, WYG International S.p. Zoo, 2008, p.34.

attuariali differenziati, riprendendo pedissequamente quanto stabilito dalla direttiva 2006/54/CE, aggiungendo però che tali criteri devono essere affidabili, pertinenti ed accurati. Alla Covip (la Commissione di vigilanza sui fondi pensione) è attribuita la verifica del rispetto di tali criteri, con obbligo di relazione annuale al Comitato nazionale di parità. A meno di non voler ritenere che in entrambi i casi il legislatore abbia voluto semplicemente ammettere l'utilizzo dei calcoli attuariali purchè accurati e affidabili, ciò che parrebbe in contrasto sia con il tenore letterale del primo comma dell'art. 55 *quater*, che vieta il loro utilizzo nei nuovi contratti, sia con la direttiva 2004/113, che contiene un'analoga disposizione, il codice sembrerebbe introdurre un regime differenziato tra la previdenza complementare rientrante nell'ambito di applicazione del d. lgs. n. 252/05 e quella libera di terzo pilastro: soltanto a quest'ultima sarebbero posti più stringenti limiti nell'utilizzo dei calcoli attuariali (sebbene solo nei nuovi contratti). Il quadro si complica ulteriormente quando si tratta di stabilire a quale dei due regimi debba attenersi l'istituto assicuratore, bancario o finanziario al quale il fondo pensionistico istituito e disciplinato a norma del d.lgs. 252/05 si rivolge per la stipulazione di convenzioni finalizzate non più alla gestione delle risorse bensì all'erogazione delle prestazioni previdenziali. In questo caso la tutela sembrerebbe passare per la possibilità di considerare le polizze assicurative private stipulate sulla base di tali convenzioni come offerta al pubblico, dalla quale discende l'applicazione dell'art. 55 *quater*. Tale conclusione trova conforto nella definizione del campo di applicazione della direttiva 2004/113/CE, che esclude sostanzialmente soltanto le transazioni effettuate nell'ambito della vita privata e familiare[354].

Per concludere sul punto, il meritorio tentativo di introdurre limiti all'utilizzo di calcoli attuariali differenziati operato dalla direttiva 2004/113 si scontra, ancora una volta, con la complessità del quadro giuridico comunitario in materia di discriminazioni e con l'altrettanta complessità dei sistemi di welfare nazionali. Per risolvere le contraddizioni che si possono realizzare l'unica via appare il superamento delle due diverse discipline contenute nelle direttive 2006/54/CE e 2004/113/CE e la generalizzazione del divieto di utilizzo di sistemi attuariali differenziati per determinare contributi e prestazioni. In Svezia il problema non si pone affatto, in quanto la libertà di scelta del fondo a cui aderire si coniuga perfettamente con il generalizzato uso di criteri attuariali unisex. Ci si domanda se una tale generalizzazione richieda ancora un lungo e faticoso procedimento legislativo o se la Corte di giustizia non possa già oggi giungere ad una tale conclusione in applicazione del generale principio di parità di trattamento, ora sancito nella Carta di Nizza (v. infra § 12).

5. Previdenza complementare, famiglia e discriminazioni di genere

Incide considerevolmente sul genere, sia pure in via indiretta, anche la presenza di prestazioni ai superstiti. In merito occorre anzitutto sfatare la falsa percezione che si tratti di prestazioni a "favore delle donne" che ne sarebbero le maggiori beneficiarie in quanto essendo più longeve so-

---

[354] Sul campo di applicazione della direttiva v. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione,* RTDPC, 2008, p. 401; LA ROCCA*, Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, cit.,* p.289 s.

pravvivono maggiormente al coniuge. Le prestazioni ai superstiti costituiscono in realtà un beneficio a favore delle coppie e, più in specifico di un determinato modello di famiglia e non del singolo (uomo o donna che sia), perché i veri svantaggiati da questa forma di tutela sono i single e le famiglie in cui tutti i componenti lavorano, che attraverso il sistema previdenziale finanziano le famiglie monoreddito[355]. Si tratta di prestazioni che, come si vedrà, son state spesso oggetto di valutazioni di legittimità da parte della Corte di giustizia CE e che hanno posto delicati problemi giuridici, dovuti alla presenza di Paesi che riconoscono il beneficio solo alle vedove e non ai vedovi e che oggi pongono l'ulteriore problema della loro compatibilità rispetto al divieto di discriminazioni per orientamento sessuale (v. infra § 6). Per altro verso si deve anche tenere presente che si tratta di prestazioni che hanno un negativo impatto sul piano occupazionale, in quanto la loro presenza disincentiva la partecipazione femminile al mercato del lavoro[356].

Benchè le norme che riservano al solo genere femminile le prestazioni ai superstiti da parte dei sistemi di previdenza complementare (per quelli obbligatori è invece tuttora ammessa la deroga) siano state considerate illegittime dalla Corte di giustizia[357], in diversi Paesi europei sono presenti varie forme di prestazioni previdenziali reversibili. In particolare esse sono in uso nel sistema olandese[358] e nel Regno Unito[359], dove sono previste anche particolari regole da applicarsi in caso di separazione dei coniugi e dove, in alcuni casi di riscossione anticipata del montante contributivo, il 50% viene trattenuto a favore del coniuge o del *civil partner*. Forme di reversibilità non sono previste in Italia, ma l'iscritto al fondo di previdenza complementare può decidere a chi debba essere restituito il montante contributivo accantonato in caso di morte (ammettendosi anche una restituzione in forma di rendita; cfr. art. 11 c. 5 d. lgs. n. 252/05). La questione è delicata. Da un lato questa soluzione ha il vantaggio di consentire l'accesso alle prestazioni da parte di coppie – etero e omosessuali - non coniugate e non ammesse in generale a simili trattamenti, ovviando così a una differenza da sempre più parti considerata non più giustificata alla luce dell'evoluzione sociale. Dall'altro si crea una sorta di tutela fai da te, che potrebbe non corrispondere a reali ed effettive altre esigenze. Equiparando la posizione degli eredi a quella del diverso beneficiario indicato dall'iscritto, si rischia di privare di tutela soggetti che sarebbero altrimenti legittimari: si pensi al caso di morte di un aderente al fondo che pur lasciando figli minori destini il proprio montante contributivo a un'altra persona. Emerge qui un altro punto di significativo distacco rispetto alla disciplina del trattamento di fine rapporto, che in base all'art. 2122 c.c. in caso di morte del lavoratore deve essere ripartito tra il coniuge, i figli e i parenti entro il terzo grado viventi a carico, secondo accordo reciproco o, in mancanza, in base al bisogno di ciascuno.

Nell'ambito della previdenza complementare ha un effetto rilevante sul piano discriminatorio il trade off tra obbligatorietà o volontarietà del sistema e con esso la sussistenza di possibili opzioni di *opt out* dai regimi legali. Come la presenza o meno di prestazioni ai superstiti, la volontarietà di adesione alla previdenza complementare ha impatti differenziati a seconda sia della vita familiare sia di quella lavorativa del soggetto che si deve iscrivere. La scelta di aderire o no a un fondo

---

[355] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit., p. 67; nello stesso senso con riferimento all'Olanda v. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 9.
[356] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit., p.67.
[357] Corte di giustizia, 6 ottobre 1993, C-109/91, *Ten Oever*.
[358] FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p.6.
[359] MC CRUDDEN, *United Kingdom*, cit., p. 130.

pensionistico complementare è infatti fondamentalmente una scelta di risparmio, che come tale viene effettuata molto più dalla famiglia che dal singolo. In presenza di due redditi da lavoro può essere frequente la scelta di iscrizione di uno solo dei due coniugi al regime di previdenza complementare e ciò soprattutto se, come si è rilevato sopra, il sistema consente l'erogazione di prestazioni ai superstiti o se nell'equilibrio familiare uno dei due coniugi lavora a tempo parziale: in questo caso l'esiguità delle prestazioni previdenziali che verranno conseguite dal lavoratore con reddito inferiore potrebbe influire considerevolmente, e negativamente, sulla sua scelta di adesione. Con questo non si vuole in alcun modo suggerire la necessità di generalizzare l'obbligatorietà dell'adesione alla previdenza complementare, opzione che presuppone valutazioni e considerazioni di più ampio respiro, più semplicemente si vuole sottolineare l'esigenza di tenere conto anche di questo fattore nel valutare l'impatto di genere dei sistemi di previdenza complementare e l'eventuale necessità che alla volontarietà dell'adesione facciano da pendant una serie di meccanismi volti a controbilanciare tale negativo impatto. I dati relativi alla copertura della previdenza complementare differenziati per genere sono scarsamente comparabili tra loro, anche perché risalgono a fonti e anni diversi. La Svezia, che registra in tasso di copertura pari al 90% degli occupati (con punte del 100% nel pubblico impiego) non segnala significative variazioni di genere. Modesta è anche la differenza in Olanda dove risulta privo di copertura solo il 9,2% dei lavoratori ma si rilevano comunque alcune differenze, in quanto solo il 6% dei lavoratori maschi risulta privo di tutela, contro il 20% delle lavoratrici[360]. In Germania la copertura arriva al 57% dei lavoratori attivi, ma per le donne si arresta al 29%[361]; in Italia, secondo gli ultimi dati disponibili[362] il 66,2% dei lavoratori dipendenti iscritti sono uomini e il 33,8% donne (la percentuale femminile si abbassa ulteriormente nel lavoro autonomo arrivando solo al 27,9%). La copertura previdenziale occupazionale nel Regno Unito è oggi caratterizzata per una sostanziale parificazione nell'accesso e nel godimento della prestazione da parte delle donne lavoratrici a tempo pieno, mentre una significativa differenza si registra per le lavoratrici a tempo parziale: benché la percentuale sia cresciuta negli ultimi anni, nel 2002 solo il 33% delle lavoratrici part-time era iscritta a forme di previdenza complementare[363]. Tenta di porre rimedio a tale situazione il *Pension Act 2008*, che ha imposto alle imprese che occupano più di 5 dipendenti l'automatica iscrizione dei lavoratori ai fondi occupazionali. Si stima tuttavia che la riforma inizierà a produrre effetti benefici solo a partire dal 2050, lasciando così insoluto il problema ancora per almeno due generazioni di donne[364].

Più controversa ancora è la sussistenza di regimi di opt out, che in alcuni casi incide decisamente in modo negativo sui diritti a prestazioni di previdenza complementare delle donne. È quanto avvenuto ad esempio nel Regno Unito, dove la possibilità di contract out non è stata formulata solo come alternativa tra pensione statale e pensione complementare, ma in passato anche come alternativa tra pensione statale e *dependent wife's pension*, in vigore nel Regno Unito praticamente fino agli anni '90. In sostanza la donna coniugata doveva scegliere se costituire una propria pensione statale autonoma o se accedere alla pensione complementare del marito. La prima era

---

360 SJERPS, *The Netherlands*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 97.

361 SCHIEK, *Germany,* cit., p. 48.

362 V. La relazione annuale Covip per il 2009 in http://www.covip.it/documenti/RelazioniAnnuali/2009RelAnnuale.pdf, p. 194.

363 MC CRUDDEN, *United Kingdom*, cit., p. 133.

364 SARGEANT, *Gender Equality and the Pensions Acts 2007-2008,* p. 146.

però concessa solo se dalla data del matrimonio a quella del pensionamento la donna avesse avuto una copertura contributiva per almeno metà del tempo (c.d. *half-test*). L'incertezza di poter superare l'*half test* ha portato la maggior parte delle donne a scegliere la *dependent's wife pension*, significativamente più bassa[365]. La norma è stata da tempo abrogata, ma ancora oggi, secondo alcune ricerche, tra le ragioni della mancata adesione femminile ai fondi occupazionali il primo posto è attribuito all'aspettativa di un trattamento previdenziale integrativo derivante da quello percepito dal marito[366].

La presenza di varie modalità di uscita dal fondo di previdenza complementare e di riscatto incide parimenti sulla scelta del singolo di iscriversi alla previdenza complementare. Per quanto riguarda il caso italiano, si segnala in particolare il mancato raccordo tra la disciplina dell'anticipazione del trattamento di fine rapporto, consentita dall'art. 32 d. gls. 151/01 durante i periodi di fruizione dei congedi parentali e quella relativa alle anticipazioni concesse dai fondi di previdenza complementare contenuta nell'art. 11 d. gls. 252/05 che si limita a prevedere tale facoltà, ma con un anticipazione percentualmente ridotta e una tassazione più onerosa[367].

Last but not least, incide sul genere la presenza nei sistemi di previdenza di forme di contribuzione figurativa di vario genere riconosciute in relazione ai periodi dedicati alla cura dei figli[368]. Si tratta anzi di una delle questioni cruciali da affrontare, sia in un'ottica di aumento della base occupazionale attraverso strategie di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sia dal punto di vista più strettamente previdenziale redistributivo. Come è stato da più parti già osservato, il riconoscimento ai fini previdenziali del lavoro di cura non solo consente e incentiva una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro; esso rappresenta anche una misura fondamentale alternativa alla più bassa età pensionabile per compensare lo svantaggio occupazionale. Questo genere di misure deve essere in ogni caso conforme al principio di parità, in particolare si deve distinguere tra misure di tutela della maternità, che è legittimo riservare al genere femminile, e misure relative alla cura dei figli, che la Corte di giustizia ha chiaramente ritenuto ammissibili solo nella misura in cui siano concesse anche al lavoratore "in grado di provare di aver preso a carico l'allevamento dei figli". Sono state così ritenute discriminatorie le norme francesi che accordavano solo alle donne maggiorazioni di anzianità utile ai fini del calcolo della pensione in relazione ai periodi dedicati alla cura dei figli[369] nonché le disposizioni, sempre francesi, che riservavano il diritto al pensionamento anticipato solo alla lavoratrice e non al lavoratore il cui coniuge fosse divenuto gravemente invalido[370]. Se misure di questo genere riservate alle donne sono sinora state valutate dalla Corte di giustizia come misure finalizzate a ridurre o a compensare gli svantaggi che la donna incontra nella vita lavorativa e considerate più o meno legittime nei limiti in cui lo sono le azioni positive, a diversa

---

365 FREDMAN, *The Poverty of Equality*, cit., p. 92.

366 SARGEANT, *Gender Equality and the Pensions Acts 2007-2008*, cit., p. 146.

367 DE SIMONE, *Riforma del Tfr e previdenza complementare tra neopaternalismo pubblico e autonomia privata,* LD, 2008, p. 622; RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 34.

368 SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit. p. 67.

369 Corte di giustizia, 29 novembre 2001, C366/99 *Griesmar*.

370 Corte di giustizia 13 dicembre 2001, C-206/00 *Mouflin*.

conclusione si deve giungere riguardo alla legittimità di analoghe misure formulate in modo sessualmente neutro. Anche sotto questo profilo, tuttavia, il diritto comunitario si è rivelato, almeno sino al più recente periodo, abbastanza limitato. L'art. 9 della direttiva 2006/54/Ce considera espressamente esempio di discriminazione "interrompere il mantenimento o l'acquisizione dei diritti durante i periodi di congedo di maternità o di congedo per motivi familiari prescritti in via legale o convenzionale e retribuiti dal datore di lavoro". La norma, è stato opportunamente rilevato, incontra due limiti non irrilevanti: essa sembra operare solo con riferimento ai congedi obbligatori (in quanto utilizza l'espressione "prescritti") e retribuiti dal datore di lavoro. La Corte di giustizia[371] ha ritenuto discriminatoria la legge tedesca che escludeva dal calcolo della somma dovuta dal datore di lavoro e titolo di versamento dei contributi di previdenza complementare la quota di retribuzione erogata alla lavoratrice durante il congedo di maternità ad integrazione dell'indennità concessa alla stessa dall'ente previdenziale pubblico. Se la conclusione appariva abbastanza pacifica, ciò che è più interessante rilevare è che nella decisione i giudici hanno prestato particolare attenzione proprio al carattere retributivo delle somme corrisposte dal datore di lavoro. Resta quindi senza risposta, il problema della tutela per tutti i casi in cui il congedo sia facoltativo e/o sia indennizzato dagli enti previdenziali anziché dal datore di lavoro[372]. La nuova direttiva 2010/18/UE che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale prevede alla 19° osservazione generale delle premesse dell'accordo che gli Stati membri dovrebbero valutare il mantenimento dei diritti alle prestazioni di previdenza sociale durante il periodo minimo di congedo parentale, così come il ruolo del reddito tra i vari fattori rilevanti per l'esercizio del congedo parentale. La clausola 5 introduce espressamente un principio di non discriminazione nei confronti dei genitori che usufruiscono dei congedi, il quale impone che tutte le questioni di previdenza sociale legate all'accordo siano esaminate e determinate "tenendo conto dell'importanza della continuità del diritto alle prestazioni di previdenza sociale nell'ambito dei diversi regimi, in particolare del diritto all'assistenza sanitaria".

Anche la direttiva 2004/113/Ce si occupa della questione, stabilendo espressamente che i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non possono determinare differenze nei premi o nelle prestazioni individuali. Nel 20° considerando si precisa inoltre che un trattamento meno favorevole delle donne a motivo della gravidanza e della maternità dovrebbe essere considerato una forma di discriminazione diretta fondata sul sesso e pertanto vietato nel settore assicurativo e dei servizi finanziari connessi, ribadendosi espressamente che i costi inerenti ai rischi collegati alla gravidanza e alla maternità non possono essere addossati ai membri di un solo sesso.

In attesa dell'attuazione delle nuove disposizioni stabilite dalla direttiva sui congedi parentali da parte degli Stati, e considerati i limiti derivanti dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/113, un'eventuale estensione della copertura previdenziale piena ai periodi di congedo sembra presupporre preliminarmente un intervento volto a statuire che la mancata corresponsione al lavoratore dell'integrale contribuzione durante i periodi di congedo costituisce una discriminazione (diretta nel caso della maternità, indiretta nel caso del congedo parentale) di genere in materia retributiva. Se una simile conclusione pare auspicabile, d'altra parte essa appare

---

371 Corte di giustizia 13 gennaio 2005, C-356/03, *Meyers*.

372 IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., 78.

tutt'altro che scontata, in quanto la Corte di giustizia si è sempre espressa negativamente relativamente alla sussistenza di un diritto alla retribuzione piena anche con riferimento al periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità, che infatti sia la Corte, sia la direttiva 92/85 parificano sul piano economico alla malattia[373].

In Svezia la contribuzione del datore di lavoro prosegue anche nei periodi di congedo per malattia, maternità e cura dei figli[374], mentre in Italia il quadro normativo non appare del tutto soddisfacente: né il d.lgs. 252/05, concernente la disciplina generale della previdenza complementare, né il t.u. 151/01, contenente la disciplina dei congedi, né infine il Codice delle pari opportunità prevedono espressamente la prosecuzione del versamento dei contributi durante i periodi di congedo. Ai fini del calcolo del TFR (e quindi della sua destinazione alla previdenza complementare), si deve computare la retribuzione come se il lavoratore avesse svolto la prestazione, e nel silenzio della legge, alla medesima conclusione dovrebbe giungersi per gli ulteriori contributi versati dal datore di lavoro, per i quali invece spesso la prassi è quella di effettuare il versamento solo in proporzione alla retribuzione ridotta percepita[375].

PARTE SECONDA: OLTRE IL GENERE

6. Previdenza complementare e orientamento sessuale

Dopo il genere, l'orientamento sessuale è stato il primo motivo di discriminazione che la Corte di giustizia ha dovuto affrontare, sia per quanto riguarda la legittimità di trattamenti differenziati sul piano del rapporto di lavoro, sia per quanto riguarda l'accesso alle prestazioni previdenziali. La ragione della vivacità del contenzioso giurisprudenziale in materia è stata ben sottolineata e può essere ricondotta alla strategia seguita dai movimenti di tutela delle persone omosessuali volta ad ottenere per via giudiziale il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione e al godimento dei diritti fondamentali della persona tra cui, per quanto qui interessa, rileva in particolare il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio e/o agli effetti giuridici che discendono. Non è possibile in questa sede affrontare tutte le complesse questioni che la lotta all'omofobia pone e nemmeno ripercorrere il tortuoso percorso giurisprudenziale che ha portato le più alte Corti a delimitare il campo di applicazione del divieto di discriminazioni per orientamento sessuale. Senza entrare nel merito dell'opportunità o della fondatezza della scelta operata dalle Corti[376], ci si limita in questa sede a rilevare che il diritto comunitario distingue nettamente la situazione della persona che ha cambiato sesso - tutelata dal divieto di discriminazioni di genere - da quella della persona che più semplicemente manifesta o ha un orientamento omosessuale, tutelata dalla direttiva 2000/78/CE. Ai limitati fini di questa ricerca interessa in primo luogo osservare che tale distinzione rileva anzitutto in quanto da essa discende il diverso campo di applicazione del divieto di discriminazioni, esteso a tutti gli aspetti previdenziali per i primi, in quanto soggetti alle direttive in materia di discriminazioni di genere e limitato alle condizioni di lavoro per i secondi, in quanto soggetti solo alla direttiva 2000/78/CE. Se e quanto questa distinzione abbia ancora rilevanza alla luce delle nuove disposizioni del Trattato di Lisbona è questione che sarà approfondita nella III

---

373 Corte di giustizia CE, 8 settembre 2005, C-191/03, *McKenna*.

374 V. la Relazione di CORTI e SARTORI, p. 17.

375 Avviene ad esempio in Fonchim.

376 Si rinvia in proposito a CALAFA', *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio,* cit., p. 171 e spec. p. 177 e ss.

parte della relazione. Per il momento ci si limita ad osservare che già l'entrata in vigore della direttiva 2000/78/CE ha inciso considerevolmente nel campo della previdenza complementare. La ragione è abbastanza semplice e lineare: il divieto di discriminazioni si applica alle condizioni di lavoro e tra queste vi è senz'altro la retribuzione; i contributi e le prestazioni versati ai regimi di previdenza complementare sono retribuzione (v. retro 3B), dunque i divieti di discriminazioni contenuti nella direttiva 2000/78/CE si applicano anche ai regimi di previdenza complementare. È questa la ragione che ha portato la Corte di giustizia ad una significativa evoluzione del suo precedente costante orientamento. Sino all'entrata in vigore della direttiva, la Corte aveva sempre sostenuto l'inapplicabilità del divieto di discriminazioni di genere e dell'art. 141TCE alle differenze di trattamento direttamente o indirettamente fondate sull'orientamento sessuale e, in particolare a quelle basate sul matrimonio, affermando chiaramente che la condizione per accedere a determinati elementi della retribuzione connessi allo stato civile non è l'orientamento sessuale bensì la natura giuridica del legame familiare instaurato, materia quest'ultima che rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri. Prima dell'entrata in vigore della direttiva 2000/78/Ce sono stati conseguentemente negati ai partner dello stesso sesso il diritto all'accesso a determinati servizi forniti dal datore di lavoro[377] e il diritto agli assegni familiari[378].

È toccato invece proprio a una prestazione di previdenza complementare fare da apripista all'interpretazione del nuovo divieto di discriminazioni. E, paradossalmente, è toccato proprio all'istituto – le pensioni ai superstiti – che tra tutti sembra in generale il più discutibile e giuridicamente problematico, per il modello sessuato di welfare[379] che riproduce e per gli effetti negativi che ha sia sull'occupazione femminile, sia sulla scelta di aderire o no a fondi di previdenza complementare. Nella sentenza *Maruko*, la Corte non solo ha affermato che le prestazioni ai superstiti dei regimi professionali rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/Ce, essa ha soprattutto stabilito che costituisce discriminazione diretta non riconoscere il diritto alla prestazione ai superstiti al partner dello stesso sesso che abbia contratto con il lavoratore un'unione solidale (si usa qui l'espressione unione solidale per riferirsi indistintamente alle varie forme di unione civile diverse dal matrimonio) quando tale unione è equiparata dall'ordinamento giuridico nazionale al matrimonio. Le novità dell'affermazione sono due. La prima è che la discriminazione è stata considerata diretta. In passato la Corte aveva sempre affermato che, poiché i benefici erano riservati a coloro che avevano contratto matrimonio, la differenza di trattamento era basata sullo stato civile – cioè un criterio apparentemente neutro - e non direttamente sull'orientamento sessuale, per cui tale differenza di trattamento costituiva discriminazione indiretta. Nella nuova sentenza, invece, la Corte ha affermato che poiché secondo il diritto tedesco applicabile al caso del sig. Maruko, l'unione civile equiparata al matrimonio è riservata a persone dello stesso sesso, la discriminazione è diretta. L'affermazione ha il vantaggio di escludere l'ammissibilità di giustificazioni alla differenziazione, ammesse solo a fronte di trattamenti derivanti dall'applicazione di criteri apparentemente neutri[380], ma ha anche una conseguenza negativa, che ha portato

---

377 Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Grant*.

378 Corte di giustizia, 31 maggio 2001, C-122/99P e C-125/99P., *D.*

379 ALES, *Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: l'*adult model worker *nell'ordinamento italiano*, LD, 2008, p. 533.

380 ERIKKSON, *European Court of Justice: Broadening the scope of European nondiscrimination law,* I-CON, 2009, n. 7, p. 731 e spec. p. 743.

diversi commentatori a ritenere la sentenza molto più conservatrice di quanto appaia a prima vista[381]. Perché possa applicarsi il divieto di discriminazioni, occorre che l'unione civile risponda a due requisiti: che sia ammessa solo tra persone dello stesso sesso e sia destinata a produrre gli stessi effetti giuridici del matrimonio. Si è così osservato che ove invece si trattasse di unioni ammesse anche tra partner di sesso diverso e producenti effetti più limitati rispetto al matrimonio, non solo non si potrebbe parlare di discriminazione diretta, e si dovrebbe valutare la sussistenza di una discriminazione indiretta, ma si aprirebbe anche la difficile questione della comparabilità della situazione del lavoratore che ha contratto un'unione con una persona del suo stesso sesso a quella del lavoratore coniugato anziché a quella di un'altra persona che ha contratto un'unione con eterosessuale. In altri termini, si potrebbe sostenere che poiché determinate prestazioni sono riconosciute al coniuge e non al partner di altro sesso che ha contratto un'unione solidale, la comparazione dovrebbe essere effettuata con quest'ultimo e non si configurerebbe una discriminazione per orientamento sessuale. La sentenza Maruko, è stato altresì rilevato, ponendo questi limiti, ha posto la Corte al riparo da un aperto conflitto con le Corti nazionali, che possono ritenere, e in taluni casi, come avvenuto in Italia, hanno ritenuto, il matrimonio tra eterosessuali protetto da uno *status* particolare.

Tuttavia, non è detto che i limiti delineati dalla Corte siano effettivamente così stringenti: la sentenza *Maruko*, pur rilevando che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e che il diritto comunitario non pregiudica tale competenza, sottolinea anche che gli Stati, nell'esercizio delle proprie competenze, devono rispettare il diritto comunitario, e in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione, onde nel momento in cui essi decidessero di legittimare le unioni tra persone omosessuali, dovrebbero comunque evitare discriminazioni. Una lettura coerente con i principi di parità di trattamento imporrebbe dunque di ritenere le unioni tra coppie omosessuali equiparate al matrimonio in tutti i casi in cui l'accesso a tale istituto non sia loro consentito e di considerare le due situazioni non comparabili solo con riferimento a quei paesi in cui la legge riconosce sia il matrimonio, sia le unioni solidali tra persone dello stesso sesso. Il vero limite della sentenza appare allora piuttosto un altro, e cioè il fatto che sia rimesso ai giudici nazionali il compito di verificare se l'unione sia o no equiparabile quanto ad effetti giuridici al matrimonio. Ancora una volta il peso delle diversità nazionali incide considerevolmente sull'attuazione del principio di parità.

Sollecitato da più risoluzioni del Parlamento europeo[382], il matrimonio tra persone dello stesso sesso è una realtà ancora in pochi Stati dell'Unione: esso è stato ammesso nei Paesi Bassi a partire dal 2001, in Belgio dal 2003, in Spagna dal 2005, Norvegia dal 2008, in Svezia dal 2009, in Portogallo e in Islanda dal 2010. Il 15 aprile 2010 la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 138 ha affermato che il suo riconoscimento è rimesso alla discrezionalità del legislatore ordinario, il quale, come noto nel dibattito nazionale, non vi ha ancora provveduto. Altri Paesi riconoscono

---

381 V. ERIKKSON, *European Court of Justice, cit.,* p.743; PERUZZI, *Da Mangold in poi. L'interpretazione delel direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE nelle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia*, in CALAFA', GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio,* cit., p.105.

382 V. le risoluzioni del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 e del 5 luglio 2001.

alle persone omosessuali il diritto di costituire unioni civili i cui effetti sono con più o meno ampia intensità equiparati al matrimonio.

Ammette unioni solo tra persone dello stesso sesso con effetti equiparati a quelli del matrimonio espressamente anche sul piano della previdenza sociale la Germania[383]; anche il Regno Unito ha riconosciuto le unioni solo tra persone dello stesso sesso con il *Civil Partnership Act* del 2004, che equipara l'unione al matrimonio sostanzialmente sotto tutti gli aspetti, compresi espressamente quelli sul piano delle condizioni di lavoro: l'art. 251 vieta le discriminazioni sia a causa di matrimonio, sia a causa della *Civil Partnership*, l'art. 253 equipara ai coniugi i *civil partner* sul piano delle assicurazioni sulla vita e gli artt. 255 e s. disciplinano l'accesso alle prestazioni pensionistiche[384], anche qui con piena parificazione rispetto ai coniugi. L'*Equality Act* del 2006 assicura l'accesso delle coppie omosessuali alle pensioni di terzo pilastro.

Molto più discutibile appare la situazione in Italia e in Francia.

In Francia la legge n. 99-944, riformata nel 2006 e nel 2007 riconosce la possibilità di concludere un *pacte civil de solidarité* a persone che aspirino ad organizzare la loro vita in comune, indipendentemente dal loro sesso, con effetti più limitati del matrimonio per quanto riguarda il diritto di successione e il regime di comunione o separazione dei beni. Sul piano del rapporto di lavoro la persona che ha stipulato un *Pacs* (c.d. *pacsé*) gode degli stessi congedi per motivi famigliari riconosciuti in caso di matrimonio; mentre sul piano della sicurezza sociale i *pacsés* sono considerati un unico nucleo familiare ai fini dell'accesso alle prestazioni, ma non sono riconosciuti destinatari di pensioni di reversibilità[385].

In Italia le unioni tra persone dello stesso sesso non sono riconosciute; come si è accennato sopra la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme del codice civile che riservano il matrimonio a persone di sesso diverso, affermando che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. Il d.gls. 252/05 nulla dispone conseguentemente in materia, né del resto sono previste in generale forme di pensione di reversibilità ai superstiti non coniugati. Si è peraltro sottolineato che l'art. 11 del d. lgs. 252/05, non tipizzando le prestazioni a cui si accede al momento del raggiungimento dell'età pensionabile consentirebbe ai fondi di ampliare gli eventi coperti dalla tutela, includendovi di conseguenza anche eventualmente le prestazioni ai superstiti[386]. L'art. 14 tuttavia stabilisce che in caso di morte della persona iscritta al fondo di previdenza complementare i contributi versati possono essere riscattati dagli eredi o dal diverso beneficiario indicato dall'aderente.

---

383 Cfr. la l. 16 febbraio 2001, modificata con l. 15 dicembre 2004, *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (c.d. *LpartG*).

384 Il testo aggiornato del *Civil Partnership Act* si puo leggere in http://www.statutelaw.gov.uk/legResults.aspx?LegType=All+Legislation&searchEnacted=0&extentMatchOnly=0&confersPower=0&blanketAmendment=0&sortAlpha=0&PageNumber=0&NavFrom=0&activeTextDocId=975804.

385 V. l'analisi dettagliata in http://fr.wikipedia.org/wiki/Pacs%C3%A9.

386 CIOCCA, in CINELLI, p. 345.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i diritti riconosciuti dalla Cedu acquistano piena vincolatività e rango di fonti primarie del diritto dell'Unione[387], il che pone la questione della legittimità della riserva della possibilità di contrarre matrimonio solo a coppie dello stesso sesso. Se in una prima sentenza la Corte europea aveva ritenuto discriminatorio e illegittimo il diniego di contrarre matrimonio a persone che avevano cambiato sesso[388], con una più recente sentenza[389] essa ha affermato che l'art. 12 della Cedu consente ma non impone agli stati di permettere i matrimoni tra persone omosessuali[390]. Ad analoga conclusione è giunta, come si è già accennato, la Corte costituzionale italiana, negando che la giurisprudenza della Corte europea in materia di matrimonio di persona che ha cambiato sesso sia estensibile alla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso[391].

7. La previdenza complementare e il divieto di discriminazioni per motivi di età

L'età è il più giovane dei fattori di discriminazione vietati dall'ordinamento comunitario: l'ultimo ad essere riconosciuto nelle Costituzioni degli Stati membri e il meno tutelato dall'Unione europea. La direttiva 2000/78/CE infatti introduce una rilevante deroga alle regole generali in materia di discriminazioni. Mentre per tutti gli altri fattori una differenza di trattamento direttamente basata sul motivo di discriminazione vietato può essere ammessa e giustificata soltanto dal legislatore, per l'età la direttiva prevede una clausola di giustificazione generale, come avviene per le discriminazioni indirette. In altri termini, anziché escludere solamente dall'ambito di applicazioni del divieto di discriminazioni dirette le c.d. *GOR*, cioè i requisiti indispensabili per lo svolgimento della prestazione, si ammette qualsiasi esclusione, giustificabile *ex post* dal perseguimento di una finalità legittima con mezzi appropriati e necessari. Si è discusso molto in dottrina sulla portata di tale clausola, sostenendosi da più parti[392] che essa imponga comunque agli Stati membri di definire le esclusioni in questione, ma di diverso avviso è stata la Corte di giustizia, secondo la quale gli Stati non sono obbligati a predefinire in modo puntuale e a priori le finalità che giustificano la deroga al divieto di discriminazioni per età, godendo di un ampio margine di discrezionalità nella realizzazione degli obiettivi stabiliti dalla direttiva comunitaria e nella definizione dei propri obiettivi di politica sociale[393].

Sia per la deroga, sia per la scarsa chiarezza nella sua formulazione, sia infine per l'incertezza dei confini relativi all'ambito di applicazione del divieto di discriminazioni per età, che non riguarda

---

387 CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve),* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 81/2010.

388 Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Royaume Uni*.

389 Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, *Schwalf c. Kopf* c. Austria.

390 Per un primo commento v. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Crivelli001.pdf.

391 Corte costituzionale, 23 marzo 2010, n. 138.

392 V. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, RGL, 2008, I, 482 e spec. 502, BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 125 e spec. p.135, e ivi ulteriori richiami di dottrina.

393 Corte di giustizia Ce, 5 marzo 2009, C-388/07 *Age Concern England*, nota e citata in ambito comunitario come il caso *Heyday*.

un solo gruppo predefinito e ben delineato, ma diverse categorie di persone[394], il fattore età si sta rilevando uno dei più difficili da applicare e soprattutto fonte di elevata litigiosità[395].

Come si è rilevato con riferimento all'orientamento sessuale, anche riguardo all'età si può anzitutto osservare che i trattamenti di previdenza professionale possono a pieno titolo ritenersi compresi nel divieto di discriminazioni contenuto nella direttiva 2000/78/CE, in quanto sia i contributi, sia le prestazioni sono considerati retribuzione e quindi rientrano nelle condizioni di lavoro[396]. Conferma di ciò si ha nel testo della direttiva: il considerando 14° stabilisce che la direttiva non pregiudica le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile, senza tuttavia chiarire se si riferisca solo alle pensioni di primo pilastro o a tutte le prestazioni pensionistiche, anche di 2° e 3° pilastro. Ma sia l'art. 3, sia il 13° considerando escludono dal campo di applicazione della direttiva solo la previdenza obbligatoria non assimilabile a retribuzione a norma dell'art. 141 TCE[397]. Dunque si può ritenere che la direttiva copra anche i regimi di previdenza occupazionale. Tuttavia sono comunque concesse importanti deroghe. In particolare, all'art. 6, c.2 è stabilito espressamente che "gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età".

L'ambito di manovra concesso agli Stati membri in questo settore appare dunque assai ampio, anche se i confini tra le differenze di trattamento ammesse e quelle vietate non sembrano del tutto ben definiti.

La tutela appare inoltre fortemente differenziata per quanto riguarda le pensioni di terzo pilastro, considerata la mancanza di una direttiva volta a garantire la parità nell'accesso a beni e servizi, come invece avviene per il genere. La questione non si pone in quegli Stati in cui per disposizioni costituzionali o in base alla legislazione di attuazione delle nuove direttive del 2000 è stabilito un campo di applicazione generale e uniforme per tutti motivi di discriminazione, esteso quindi anche sostanzialmente alla sicurezza sociale e all'accesso ai beni e servizi. In questi casi la distinzione tra i vari pilastri di previdenza sembra perdere rilevanza consentendo un'applicazione uniforme del diritto a prescindere dall'inquadramento della forma di tutela nel primo piuttosto che nel secondo o nel terzo pilastro. È questa la situazione di Irlanda, Bulgaria, Slovenia, Romania, Lussemburgo, Finlandia, Portogallo, Spagna, Cipro, Estonia, Grecia e Francia[398]. In altri paesi il campo

---

394 V. FREDMAN, *The Age of Equality*, p. 37; GIJZEN, *The Netherlands*, in SARGEANT (a cura di), *The Law on Age Discrimination in the EU,* Kluwer Law, 2008, p. 164 ss. sia inoltre consentito rinviare a BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, cit.,* p. 129.

395 V. MEENAN, *Age Discrimination in the EU and the Framework Directive*, che considera l'età "the most enigmatic ground"; SCHMIDT, *Germany*, entrambi in SARGEANT (a cura di), *The Law on Age Discrimiation,* cit., risp. p. 10 e p. 29.

396 V. il 13° considerando, per il quale direttiva non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'artico 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

397 In questo senso v. SCHMIDT, *Germany*, cit., p. 46.

398 V. MCCOLGAN, NIESSEN, PALMER, *Comparative analyses on National measures to combat discrimination outside employment and occupation*, dec. 2006, in http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=191.

di applicazione dei divieti di discriminazione è invece definito in modo più o meno ampio. L'età risulta in ogni caso il fattore meno protetto, essendo in molti casi ammesse varie forme di deroga[399]. I paesi che non vanno oltre la tutela nelle condizioni di lavoro così come definita dalla direttiva 2000/78/Ce sono Danimarca, Malta, Svezia, Olanda, Polonia e Regno Unito.

In Germania la legge 18 agosto 2006 *Allgemeines Glkeichbehandlungsgesetz – AGG* ha stabilito un ambito di applicazione generale, ma facendo salva l'applicazione della *Betriebsrentenpensiongesetz – BRG,* la legge in materia di previdenza occupazionale. L'esclusione è finalizzata a garantire il rispetto del divieto di discriminazione (di genere) contenuto in tale legge, ma ha posto rilevanti problemi. Infatti, secondo alcuni autori essa impedirebbe l'applicazione degli altri divieti di discriminazione in questo settore e si tratterebbe di un "*amazing*" inadempimento alla direttiva comunitaria, mentre secondo altri le disposizioni dell'AGG sarebbero comunque applicabili[400].

L'AETA olandese[401], all'art. 8.2 e 8.3 esclude dal campo di applicazione del divieto di discriminazioni l'età per accedere alle pensioni occupazionali e l'uso dei criteri attuariali nello stesso ambito, lasciando così intendere che, salve le due deroghe espresse, la previdenza complementare occupazionale è in generale coperta dal divieto di discriminazioni per età[402].

Il fattore età rileva e incide sull'accesso alle prestazioni pensionistiche in vari modi e con diversi effetti.

Un primo ordine di questioni discende dall'ammissibilità di soglie minime di età per l'iscrizione ai fondi di previdenza complementare, per la determinazione dell'entità dei contributi dovuti, per la portabilità della posizione pensionistica e, infine, nei regimi a prestazioni definite, per la determinazione dell'entità delle prestazioni. Soglie di età minima per l'iscrizione ai fondi di previdenza complementare sono previste in Svezia, dove, secondo gli accordi interconfederali che regolano la materia, l'iscrizione è riservata agli impiegati del settore privato tra i 25 e i 65 anni, agli operai tra i 21 anni e i 65 anni, e ai dipendenti pubblici tra i 28 e i 65 anni. È in corso un processo di abbassamento di tali soglie proprio in ragione del sospetto di illegittimità per violazione del divieto di discriminazione per motivi di età[403]. Nel Regno Unito la presenza di simili soglie è segnalata a livello aziendale, ma non risultano, per quanto consta, dati precisi in merito. Si riporta che mentre alcune imprese incentivano l'adesione immediata dei giovani ai fondi occupazionali, altre richiedono un minimo di età o di anzianità[404]. La legge dispone però l'adesione automatica e obbligatoria ai fondi a partire dal 2012, ma tra i vari requisiti stabiliti per l'obbligatorietà dell'iscrizione del lavoratore vi è l'età di 22 anni; i più giovani conservano la facoltà di scegliere se aderire o no[405]. Per quanto riguarda la Germania, sono stati segnalati problemi derivanti dalla minore

---

v. in argomento anche BELL**** in http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/pdf/Extending%20EU%20Anti-Discrimination%20Law%20final.pdf.

399 MCCOLGAN, NIESSEN, PALMER, *Comparative analyses* cit., p. 5.

400 V. SCHMIDT, *Germany,* cit., p. 37.

401 *Act on Equal treatment on Grounds of Age*, 17 dicembre 2003.

402 DIJZEN, *The Netherlands, cit*., p. 174 e s.

403 V. la Relazioen di CORTI e SARTORI, p. 29.

404 SARGEANT, *United Kingdom*, in SARGEANT, *The Law on Age Discrimination,* cit., p. 209.

405 http://www.direct.gov.uk/en/Pensionsandretirementplanning/Companyandpersonalpensions/DG_183783.

retribuzione prevista da alcuni contratti collettivi per i giovani, che potrebbero ripercuotersi sull'entità della contribuzione; così come sono state segnalate soglie di età e di anzianità contributiva per l'accesso al diritto alla portabilità della prestazione pensionistica[406]. Sempre in Germania una particolare soglia è stabilita per il diritto alle pensioni di reversibilità, riconosciute a condizione che il coniuge superstite non sia più giovane di 15 anni dell'iscritto al fondo. La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia nel caso *Bartsch*[407], ma i giudici, pilatescamente, si sono limitati ad affermare che il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione fondata sull'età e che nel caso di specie non era applicabile la direttiva 2000/78/CE, non essendo ancora scaduto il termine per la sua attuazione. La sentenza si segnala anche per l'importante *revirement* della Corte rispetto a quanto dalla stessa affermato nella sentenza *Mangold* circa l'applicabilità del divieto nella fase antecedente il termine di attuazione della direttiva, ma non fornisce ancora una risposta (che arriverà solo indirettamente con alcune sentenze successive) alla questione, per noi dirimente, se la direttiva ammetta o no simili differenze di trattamento, considerate discriminatorie dalla dottrina tedesca[408]. Anche per quanto riguarda l'Italia, dove l'adesione è volontaria per tutti i lavoratori, ma soggetta alla regola del silenzio-assenzo da esprimersi entro 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro, sono segnalati problemi di possibili discriminazioni nei confronti dei giovani, derivanti dalla minore retribuzione percepita soprattutto in ragione dell'applicazione di contratti di inserimento comportanti il sottoinquadramento dei lavoratori[409].

Il problema dell'utilizzo del criterio dell'età per il calcolo alle prestazioni si è posto invece in Olanda, dove si è discusso della legittimità delle disposizioni che – nei regimi in cui le prestazioni sono calcolate sulla base dell'ultima retribuzione percepita – non tengono conto degli incrementi salariali percepiti oltre una certa età o che si basano, anziché sull'ultima retribuzione, sulla media di quelle percepite negli ultimi anni o che, infine, prevedono forme sostitutive di indicizzazione delle ultime retribuzioni. Si tratta di clausole volte ad impedire il c.d. *Backserver Duty*, cioè la remunerazione *ex post*, sotto forma pensionistica, della prestazione passata del lavoratore, ma che, ove basate direttamente o indirettamente sull'età pongono il dubbio di compatibilità con il nuovo divieto di discriminazioni. L'ETC, un organo semigiudiziale avente funzioni in materia di parità, ha affermato in proposito che la finalità di contenere i costi pensionistici e di evitare promozioni nell'ultimo periodo lavorativo finalizzate all'incremento della prestazione previdenziale possono considerarsi legittime, ma che tra le varie clausole utilizzate, occorre preferire quella basata sull'utilizzo di un meccanismo di indicizzazione medio, da applicarsi una volta raggiunto un certo massimo retributivo, in quanto avente un impatto meno discriminatorio rispetto agli altri. La tendenza è di conseguenza nel senso della sostituzione di tale meccanismo a quelli basati sull'età o sull'anzianità aziendale[410].

---

406 SCHMIDT, *Germany,* cit., p. 45.

407 Corte di giustizia, 23 settembre 2008, C-427/06, *Bartsch*.

408 SCHMIDT,*Germany*, cit., p. 45.

409 V. RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 32 e s.

410 DIJZEN, *The Netherlands, cit.,* p. 182 ss.

La Corte di giustizia non si è mai espressa su queste specifiche questioni, ma alcune importanti sentenze riguardano in generale la legittimità della fissazione di soglie di età per l'accesso al lavoro o per il godimento di determinati benefici sul piano del rapporto di lavoro. Una volta statuito dalla Corte che sono ammesse le giustificazioni anche alle discriminazioni dirette basate sull'età, il giudizio viene effettuato verificando che la finalità perseguita dal legislatore sia legittima e che il mezzo utilizzato per raggiungerla sia proporzionato e necessario. In un primo importante caso[411] la Corte si è pronunciata sulla legittimità dell'esclusione dei periodi lavorativi antecedenti il compimento del 18° anno di età ai fini del riconoscimento dell'anzianità aziendale da parte di un datore di lavoro pubblico austriaco. L'esclusione rispondeva, secondo la difesa austriaca, a due esigenze: da un lato a quella di incentivare le persone al proseguimento degli studi secondari fino al diploma e, dall'altro, a consentire l'accesso dei giovani non diplomati e meno qualificati all'occupazione attraverso un alleggerimento del costo del lavoro durante la prima fase di ingresso nel mondo del lavoro. Tali obiettivi sono stati ritenuti dalla Corte di giustizia conformi ai requisiti di legittimità stabiliti dall'art. 6.1 della direttiva 2000/78/CE, in quanto rispondenti a finalità di politica sociale rimesse alla discrezionalità degli Stati membri. Tuttavia la Corte non ha mancato di rilevare l'incoerenza (se non addirittura la contraddittorietà) di tali finalità osservando come sia arduo "simultaneamente favorire ciascuno di tali due gruppi (i diplomati e i non aventi titolo di studio) a scapito dell'altro" (punto 46 della sentenza). Inoltre la Corte ha rilevato che se è legittimo ricompensare l'esperienza acquisita, non lo è differenziare tale ricompensa in base all'età in cui tale esperienza viene effettuata.

Nella sentenza 12 gennaio 2010, C-229/08, *Wolf*, relativa al limite massimo di età per l'accesso al lavoro di vigile del fuoco, la Corte ha ritenuto la soglia di età massima legittima, in quanto giustificata dalla necessità di svolgere compiti che richiedono un rilevante impegno fisico. L'assunzione in età avanzata – ha rilevato la Corte- comporterebbe che un numero eccessivo di funzionari non potrebbe essere assegnato ai compiti più impegnativi, compromettendo il buon funzionamento del servizio. La sentenza è importante perché in questo caso la finalità per la quale era introdotta la differenza di trattamento in base all'età non rientra, come nella precedente giurisprudenza, tra gli obiettivi di politica sociale e più in specifico del mercato del lavoro che la Corte generalmente ammette (salvi i casi di palese contraddittorietà, come si è visto sopra), bensì tra le esigenze aziendali organizzative del datore di lavoro. Tuttavia si deve avvertire che le affermazioni della Corte paiono difficilmente estensibili a qualsiasi attività lavorativa e pare dunque difficile ritenere che in qualunque impresa le esigenze di particolare impegno fisico possano giustificare politiche del personale (e quindi anche politiche di previdenza occupazionale) differenziate in base all'età: i vigili del fuoco rientrano nel personale addetto a servizi di soccorso, per i quali la direttiva 2000/78/CE prevede espresse eccezioni. Inoltre è importante notare che il giudizio della Corte è avvenuto sulla base di una valutazione approfondita e tutt'altro che approssimativa: rilevante ai fini della valutazione dei giudici è stata infatti la produzione da parte del governo tedesco di specifici studi di medicina del lavoro dai quali emergeva chiaramente come le specifiche prestazioni dei vigili non possano essere svolte efficacemente da persone con oltre 45 anni (v. il punto 41). Ben diversa è stata infatti la conclusione della Corte nel caso *Kücükdeveci*[412], in cui i giudici hanno

[411] Corte di giustizia, 18 giugno 2009, C-88/08, *Hütter*.

[412] Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, su cui v. *infra* nel testo, §**

ritenuto del tutto inadeguata la finalità di assicurare flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro alla base dell'esclusione del periodo di lavoro antecedente il compimento dei 25 anni ai fini del calcolo dell'indennità di preavviso.

La questione più rilevante che il nuovo divieto di discriminazione per età pone è però quella della legittimità delle disposizioni che prevedono, con varie formulazioni, il pensionamento obbligatorio al raggiungimento dell'età pensionabile. L'accordo che prevede l'automatica cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile è frequente nella contrattazione collettiva tedesca ed è esplicitamente fatto salvo dall'AGG, ma la dottrina tedesca dubita della sua legittimità. Si ritiene infatti che la deroga ammessa dall'art. 6 della direttiva 2000/78/CE riguardi solo i regimi pensionistici di primo pilastro, mentre per i regimi professionali si debba applicare la regola generale della giustificazione della differenza di trattamento così introdotta. Si afferma conseguentemente che né l'interesse del datore di lavoro alla programmazione del turn over aziendale e alla realizzazione di determinate politiche in materia di età del personale, né l'esigenza di fissare una soglia di età massima per evitare di sottoporre il lavoratore anziano a continue verifiche della persistenza della capacità e dell'idoneità di lavoro appaiono finalità legittime tali da giustificare la deroga al divieto di discriminazioni[413].

Nel Regno Unito il pensionamento obbligatorio ha costituito per lungo tempo un elemento strettamente connesso al sistema di previdenza complementare, le cui origini sono individuate proprio nello scambio tra automatica cessazione del rapporto di lavoro e pensione integrativa a prestazione definita, dove la fissazione di un'età massima di lavoro (normalmente inferiore a quella di accesso alla pensione statale) consentiva al datore di lavoro il ricambio occupazionale e il controllo della spesa pensionistica. Considerato dagli esperti inglesi discriminatorio, il sistema del *mandatory retirement* è stato rivisto dal legislatore con le recenti riforme. Alla cessazione del rapporto all'età stabilita contrattualmente è stato sostituito un meccanismo in base al quale il datore di lavoro che intenda licenziare il lavoratore a motivo del raggiungimento dell'età pensionabile deve dargli un lungo preavviso; il dipendente, nelle more del preavviso può richiedere la prosecuzione del rapporto e la richiesta deve essere valutata ma non necessariamente accolta dal datore di lavoro. Si cerca così di coniugare il divieto di discriminazioni per età con il delicato meccanismo di accesso alle pensioni occupazionali, ma il nuovo sistema è stato fortemente criticato, in quanto fonte di rilevanti difficoltà applicative e di contenzioso, e ciò soprattutto per la macchinosità con cui è formulato tutto il meccanismo dei termini di preavviso e per le scadenze temporali in esso previste[414].

Dal 1987 la legge francese non consente l'automatica cessazione del rapporto al momento del compimento dell'età pensionabile (cfr. artt. 122-14-12 e 122-14-13 Code du Travail) ma è legittimo e non deve essere giustificato il licenziamento in caso di raggiungimento dell'età che dà accesso alla pensione: ai 60 anni se la persona beneficia di una pensione complementare, ai 65 anni negli altri casi; dal 2010 non sarà più consentito alla contrattazione collettiva prevedere forme di pensionamento obbligatorio anticipato[415]. Anche in Olanda e in Italia è considerato legittimo il licenziamento della persona che ha raggiunto l'età pensionabile[416].

---

413 SCHIMDT, *Germany*, p. 37.

414 KILPATRICK, *The New UK Retirement Regime,* cit., p.1 e spec. 8.

415 LAULOM, *France,* in SARGEANT (a cura di), *The Law on Age Discrimiation,* cit., p. 55 e spec. p. 75.

416 V. per l'Olanda DIJZEN, *The Netherlands,* cit., p. 169 e per l'Italia BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, cit., p. 160.

La questione della legittimità del licenziamento per accesso al pensionamento - affrontata ormai in diverse occasioni dalla Corte di giustizia – è alquanto delicata perché presuppone una chiara presa di posizione circa l'ampiezza della facoltà di deroga concessa dall'art. 6 della direttiva.

Con la sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05, nel caso *Palacios de la Villa* la Corte è stata chiamata ad esprimersi sulla conformità al diritto comunitario della legge spagnola che affida ai contratti collettivi la possibilità di prevedere forme di pensionamento obbligatorio. La questione era riferita alle prestazioni di previdenza di primo pilastro, ma il caso, come ha chiaramente affermato la Corte, riguardava le condizioni di lavoro, in applicazione della distinzione, da tempo affermata per la parità di genere[417], tra la cessazione del rapporto di lavoro – rientrante nelle condizioni di lavoro - e misure di previdenza legale (di primo pilastro). È però ormai evidente che tale distinzione perde di significato quando si ha a che fare con la previdenza occupazionale, sia perché anch'essa riconducibile, come si è più volte rilevato, alle condizioni di lavoro, sia per la stretta connessione di fatto esistente tra i due istituti. Con una motivazione sbrigativa i giudici hanno ritenuto tali clausole conformi alla direttiva, in quanto rispondenti alla legittima finalità di politica sociale di promuovere l'accesso all'impiego "per mezzo di una migliore distribuzione di quest'ultimo sotto il profilo generazionale" (punto 53). La decisione solleva perplessità. Non tanto perché la Corte considera assolutamente legittima la finalità occupazionale perseguita, quanto per la totale mancanza di un effettivo il giudizio di appropriatezza e necessarietà della misura stabilita, giudizio che viene molto sbrigativamente rinviato ai giudici nazionali[418]. In passato la Corte aveva invece affermato – con riferimento ad un caso di discriminazioni indirette di genere nella cessazione del rapporto di lavoro – che l'attitudine di un provvedimento a promuovere l'occupazione non costituisce una giustificazione sufficiente: lo Stato deve fornire anche elementi idonei sulla scorta dei quali si possa ragionevolmente ritenere lo strumento adottato idoneo al perseguimento del fine perseguito. In riferimento alla c.d. staffetta tra vecchi e giovani, diversi studi hanno posto seriamente in dubbio l'idea che il pensionamento degli anziani possa effettivamente contribuire alla creazione di posti di lavoro per i giovani. Tale idea si basa infatti su di una visione assai semplicistica del mercato del lavoro, smentita dai dati, dai quali emerge che i livelli di disoccupazione di vecchi e giovani non sono direttamente e non inversamente proporzionali[419].

In una seconda sentenza relativa al sistema di pensionamento inglese, noto come il caso *Heyday,* la Corte ha almeno parzialmente corretto il tiro ed è entrata maggiormente nel merito delle complesse questioni attinenti all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 2000/78/CE. Ribadita l'attinenza della materia alle condizioni di lavoro coperte dalla direttiva, la Corte si è espressa sulla legittimità non più del pensionamento obbligatorio ma del licenziamento intimato in ragione del raggiungimento dell'età pensionabile. Ma in questo caso non si è trattato solo dell'età stabilita per l'accesso alla pensione statale (c.d. *SRA, Statutory Retirement Age*), ma anche di quella inferiore applicata nell'azienda e che coincide con l'età – stabilita contrattualmente o dal datore di lavoro - di accesso alla pensione occupazionale (c.d. *NRA, Normal Retirement Age*). La Corte in questo caso ha precisato che la differenza di trattamento può considerarsi legittima sulla base di

---

417 Corte di giustizia 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*; v., per la distinzione, BALLESTRERO, *La conciliazione tra lavoro e famiglia,* cit., p. 166.

418 Rileva che il giudizio viene effettuato in modo meno stringente anche LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, cit., p. 508.

419 V. FREDMAN, *The Age of Equality*, p. 27; Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età,* cit., p. 130 es.

finalità di politica e mercato del lavoro, ma non in ragione di "motivi individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività" (punto 46). Come in *Palacios de la Villa*, la Corte ribadisce che tale valutazione spetta al giudice nazionale, ma si premura di fornire alcune utili indicazioni, affermando che si deve dimostrare sia la legittimità della finalità perseguita, sia la proporzionalità del mezzo utilizzato "in funzione di un'elevata soglia probatoria" (punto 68).

Anche in un giudizio successivo la Corte, pur ribadendo che la valutazione della finalità di politica sociale è rimessa ai giudici nazionali, ha effettuato un severo giudizio di adeguatezza. L'analisi è stata particolarmente puntuale con riferimento al limite tedesco di 68 anni per lo svolgimento della professione di dentista con il regime convenzionato pubblico, dove solo le finalità di tutela della salute e la presenza di un complesso sistema di eccezioni e deroghe al limite massimo di età hanno portato al giudizio positivo della Corte, peraltro temperato e limitato sotto alcuni profili[420].

8. Lavoro non standard e previdenza complementare

Diversi fattori incidono in misura rilevante sull'accesso alle prestazioni di previdenza complementare dei lavoratori non standard: la precarietà dell'impiego, la riduzione d'orario e retribuzioni tropo basse costituiscono spesso degli ostacoli all'accesso e al godimento delle prestazioni di previdenza complementare. La situazione sembra particolarmente grave nei sistemi ad adesione volontaria, in quanto i livelli bassi di reddito e l'incertezza circa il proprio futuro occupazionale costituiscono fattori che incidono anche sulla scelta – che si è visto essere basata sulla struttura familiare molto più che sulla condizione individuale – di realizzare o no una forma di risparmio per il futuro, oltre che, ovviamente e prima ancora, sulla possibilità di farlo.

Dal punto di vista giuridico, ad ogni modo, i principali problemi che si pongono sono quelli relativi ai limiti posti all'iscrizione e quelli relativi alla maturazione di requisiti minimi di anzianità contributiva per accedere alle prestazioni, a cui si aggiunge la complessa questione della conservazione dei diritti e della loro portabilità da un fondo all'altro a seguito del cambio di lavoro. Rinviando alle relazioni di carattere generale per quest'ultimo aspetto, si affronteranno qui le questioni specifiche derivanti dall'applicazione del principio di non discriminazione.

Per i lavoratori a tempo parziale e a termine una tutela deriva dall'applicazione del principio di parità rispetto agli altri lavoratori comparabili, come noto, sancito espressamente dalle direttive comunitarie 1997/81/CE e 1999/70/CE. La prima, in un'ottica di incentivazione del lavoro a tempo parziale, assicura, alla clausola 4, il diritto dei part-timer a non essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, ferma restando l'applicazione, "ove opportuno", del principio del *pro rata temporis*. Agli Stati e/o alle parti sociali è inoltre consentito, previo espletamento di una procedura di consultazione e fermo restando l'obbligo di rivalutare periodicamente la situazione – prevedere che per accedere a determinate condizioni salariali o di impiego possano essere stabiliti particolari requisiti di anzianità o salariali.

[420] Corte di giustizia, 12 gennaio 2010, C-341/08, *Petersen*.

Disposizioni analoghe sono contenute nella direttiva 1999/70/Ce in materia di contratto a termine, che alla clausola 4, dopo la statuizione del principio di parità di trattamento, sempre contemperato dal principio del *pro rata temporis*, prevede che "i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive".

In entrambe le forme di lavoro dunque il principio di non discriminazione è contemperato, sul piano generale dalla possibilità di addurre giustificazioni oggettive (adeguate e proporzionate) della disparità di trattamento e dall'altro dalla facoltà concessa agli Stati di prevedere specifiche soglie per l'accesso a determinati diritti[421].

Un ulteriore specifico limite è inoltre contenuto nel punto 2 della clausola 1 della direttiva sul lavoro a tempo parziale, il quale consente agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione delle tutele dei lavoratori a tempo parziale quelli che lavorano su base occasionale, esclusione che, come noto, è stata ritenuta legittima dalla Corte di giustizia nella nota (e assai criticata) sentenza *Wippel*, relativa ad un contratto di lavoro a chiamata[422].

Sono esclusi dal campo di applicazione oggettivo del principio di parità di trattamento, in entrambe le direttive, i regimi di sicurezza sociale. Nulla si dice invece riguardo ai regimi di previdenza occupazionale, ma è ormai pacifico in dottrina che in linea generale questi rientrino nelle condizioni di lavoro e, quindi, nell'ambito di applicazione delle direttive, anche se si tratta di diritti ai quali sembrano attagliarsi perfettamente le possibilità di deroga concesse agli Stati membri. L'esclusione per legge o sulla base della contrattazione collettiva del lavoro minore da diverse forme di tutela è tuttora prevista in diversi paesi. Sia la legislazione francese, sia quella tedesca consentono alla contrattazione collettiva di introdurre deroghe al principio di non discriminazione; sono di conseguenza frequenti clausole dei contratti collettivi che limitano ai lavoratori a tempo pieno particolari indennità o benefici, anche se le Corti supreme nazionali affermano che le differenziazioni sono ammissibili solo in via eccezionale, sulla base di giustificazioni oggettive come il rendimento, la qualifica, le esperienze o altri requisiti professionali[423]. La *Cour de Cassation* francese è inoltre molto rigida nel delimitare le eccezioni ammesse, affermando che, salvo la materia retributiva, il principio di uguaglianza comporta l'attribuzione degli stessi diritti e, in particolare, che l'anzianità di servizio deve essere considerata in base alla complessiva durata del rapporto e non riproporzionata.

Si riporta che in Olanda un quinto dei lavoratori a termine lamenti di non aver accesso alla pensione[424]; e che in Svezia i lavoratori a termine sono iscritti ai fondi di previdenza complementare

---

421 Sul carattere compromissorio delle clausole di parità v. BARNARD *EC Employment Law, Oxford University Press, 2006,* p. 480.

422 Corte di giustizia CE 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*.

423 V. FUCHS, *The Transposition of EU Antidiscrimination legislation into German Labour Law,* W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-53/07.

424 HOUWING, VERHOULP, VISSER, *The Netherlands*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security in Temporary Work: a Comparative and European Debate*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT 56/07, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso_sciarra_n56-2007int.pdf.

solo se il rapporto di lavoro ha durata di almeno due mesi[425].

Nel Regno Unito le pensioni occupazionali sono state tradizionalmente e per un lungo periodo tipicamente associate con il tempo pieno: generalmente i lavoratori part-time o con retribuzioni basse non erano ammessi[426]. Le soglie minime per accedere alla tutela sono state abolite nel Regno Unito nel 1995 con l'approvazione delle *Employment Protection (Part-Timer Employees) Regulations*. Ma sussistono tuttora limiti di tipo diverso, causati dalla presenza di altre soglie di reddito. Anzitutto *il contract out* è ammesso solo al superamento della soglia di £4,940. Al di sotto di tale limite l'adesione ai sistemi di previdenza complementare può essere solo aggiuntiva e non sostitutiva della pensione pubblica, ciò che aumenta per il futuro la tutela previdenziale, ma che nell'immediato può costituire un disincentivo in ragione della doppia contribuzione che in questo modo si deve pagare. Inoltre, secondo il nuovo regime destinato ad entrare in vigore nel 2010, l'iscrizione automatica alla previdenza complementare sarà subordinata al raggiungimento di un reddito previsto in proiezione di £ 5,035 all'anno (€ 4.175, 52), se non lo si raggiunge, l'adesione è rimessa alla libera scelta del singolo[427]. Con specifico riferimento ai lavoratori a termine si deve inoltre osservare che le *Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002*[428] non contengono disposizioni espresse in materia di accesso alle pensioni occupazionali, dovendosi pertanto applicare la regola generale del divieto di trattamenti meno favorevoli sancita dall'art. 3. Tuttavia, nel sito del Governo britannico, si segnala che il lavoratore a termine ha diritto di accesso alle pensioni occupazionali, ma a condizione che il rapporto abbia durata superiore ai due anni[429].

In Italia la disciplina della previdenza complementare di cui al d. lgs. 252/07 si applica a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato, sia esso a termine, part-time o riconducibile alle altre forme di lavoro disciplinate dal d. lgs. n. 276/03. È però anche qui segnalata la presenza di fondi che escludono lavoratori con contratti a termine di durata inferiore a 3 mesi[430].

Anche in Germania il problema delle soglie minime si è posto considerevolmente, portando a importanti interventi da parte della Corte di giustizia Ce. Qui la strada verso la parità dei lavoratori non standard è, come noto, passata anzitutto dalla tutela di genere: le discriminazioni soprattutto nell'accesso alla previdenza occupazionale dei lavoratori a orario ridotto sono infatti state in prima battuta considerate discriminazioni indirette di genere, tutelate pertanto dall'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). Il *leading case* è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Bilka*[431], nella quale i giudici hanno ritenuto discriminatorio escludere i dipendenti ad orario ridotto dal regime pensionistico aziendale, qualora dalla decisione sia colpito un numero molto più elevato di donne che di uomini, a meno che non si dimostri che detto provvedimento sia dovuto

---

425 ENGBLOM, *Sweden*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security*, cit., p. 101.
426 FREDMAN, *The Poverty of Equality*, cit., p. 92.
427 V. http://www.direct.gov.uk/en/Pensionsandretirementplanning/Companyandpersonalpensions/DG_183783.
428 In http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20022034.htm#3.
429 http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/EmploymentContractsAndConditions/DG_10027735.
430 RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 32.
431 Corte di giustizia Ce, 16 maggio 1986, C-170/84, *Bilka*.

a considerazioni obiettive ed estranee a qualsiasi discriminazione basata sul sesso[432]. In un altro caso la Corte si è occupata dell'esclusione dal diritto all'indennità di malattia previsto dalla legge tedesca dei lavoratori che prestano servizio meno di 10 ore al giorno o di 45 al mese, affermando che si tratta di una discriminazione vietata dall'art. 119 TCe (ora art. 157 TFUE) qualora il lavoro minore sia svolto da un numero significativamente più alto di donne[433]. Ad analoga conclusione è giunta la Corte con riferimento al diritto stabilito dal contratto collettivo ad un premio annuale, dal quale erano esclusi i lavoratori con orario inferiore alle 15 ore settimanali o a una determinata soglia di reddito[434]. Solo con riferimento ai regimi di previdenza sociale obbligatoria la Corte[435] ha ritenuto legittima l'esclusione dei lavoratori con orario inferiore a 15 ore settimanali, in quanto giustificata da una finalità di politica sociale, individuata nel fine di non scoraggiare queste forme di lavoro e di evitare che vengano effettuate in modo sommerso.

Quanto ai requisiti minimi di accesso alle prestazioni, la situazione più problematica risulta quella svedese, essendo sono richiesti 30 anni di contribuzione, ridotti proporzionalmente in caso di attività ridotta. A questo requisito si aggiungeva però un altro limite: il riconoscimento dell'anzianità avveniva su base annuale e solo a condizione che nell'anno si fosse raggiunta una soglia minima di attività calcolata in percentuale sul tempo pieno (il 20%, pari a 8 ore settimanali, per gli impiegati, 832 ore per gli operai, il 40% dell'orario per i dipendenti pubblici). Come riportato nella relazione di Corti e Sartori, tali soglie sono state eliminate con la legislazione attuativa delle direttive 1997/81/Ce in materia di lavoro a tempo parziale e 1999/70/Ce in materia di lavoro a termine[436].

È sotto quest'ultimo, sia pure limitato, profilo che la Corte di giustizia compie un vero e proprio salto di qualità con la recente sentenza *Inps*[437] che pur non riguardando direttamente i regimi di previdenza complementare ha comunque implicazioni assai rilevanti. Anzitutto la Corte amplia considerevolmente l'ambito di applicazione dell'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE), qualificando come retribuzione tutte le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro che lega il lavoratore al datore di lavoro, ad esclusione di quelle derivanti da un sistema legale al cui finanziamento contribuiscono i lavoratori, i datori di lavoro e, eventualmente, i pubblici poteri in misura meno dipendente da un rapporto di lavoro siffatto che da considerazioni di politica sociale"[438]. Si supera così (un'altra volta) la distinzione tra regimi legali di sicurezza sociale e regimi professionali: quanto paventato (ma non ancora del tutto avveratosi) rispetto alla parità di genere trova ora applicazione analogica al lavoro atipico: in sostanza, tutte le prestazioni connesse all'attività lavorativa rientrano nelle condizioni di lavoro. E se questa regola ha potuto essere espressa dalla Corte con riferimento al regime generale di invalidità, vecchiaia e superstiti dell'Inps – regime sinora pacificamente considerato di previdenza sociale legale e ricondotto (per quanto riguarda le discriminazioni di genere) nell'ambito di applicazione della direttiva 79/7/CEE – a maggior ra-

---

[432] V. anche Corte di giustizia 10 febbraio 2000, C-50/96 *Deutsche Telekom AG*; sui problematici effetti retroattivi della sentenza v. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 70.

[433] Corte di giustizia, 13 luglio 1989, c-171/88, *Rinner-Kuehn*.

[434] Corte di giustizia, 9 settembre 1999, C-281/97, *Krüger*.

[435] Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, C-317/93, *Nolte*.

[436] V. la relazione di CORTI e SARTORI.

[437] Corte di giustizia, 10 giugno 2010, C-395/08 *Inps*.

[438] Cfr. il punto 41 della sentenza C-.395/08, *Inps*.

gione sarà valida per i regimi di previdenza complementare. In conclusione: i trattamenti previdenziali erogati da regimi di previdenza professionale – siano essi integrativi o sostitutivi di quelli obbligatori, siano essi erogati dal datore di lavoro direttamente o da fondi appositamente costituiti o da enti pubblici (si pensi al caso del fondo residuale Inps) – sono soggetti al divieto di discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale sancito dalla clausola 4 della direttiva 97/81/CE; ma alla stessa conclusione si può pacificamente giungere anche per quanto riguarda i lavoratori a termine in base alla clausola 4 della direttiva 99/70/CE.

La sentenza della Corte quindi rimette seriamente in discussione la legittimità di alcune disposizioni che limitano fortemente le possibilità di accesso dei lavoratori non standard alle prestazioni di previdenza complementare.

Più complesso è stabilire quali siano le potenzialità e i limiti di una simile estensione. In primo luogo, si deve anzitutto rilevare che l'affermazione è per ora limitata al criterio del calcolo dell'anzianità necessaria al fine della fruizione del diritto alle prestazioni e non si estende alla loro entità, che rimane vincolata al principio del *pro rata temporis*. Un ulteriore limite che sembra ravvisabile e che peraltro è tutt'altro che irrilevante attiene all'ambito di applicazione della nuova dottrina della Corte. Tra i criteri delineati dai giudici perché una prestazione pensionistica rientri nella nozione di retribuzione spicca in particolare quello del calcolo della prestazione pensionistica in base all'ultima retribuzione. Criterio abbondantemente utilizzato quando si è trattato di valutare la legittimità dei regimi previdenziali dei dipendenti pubblici, ma non espressamente considerato quando si è trattato dei regimi di previdenza integrativi. Se tale requisito venisse considerato di generale validità, sarebbe presto destinato a minare alle fondamenta i pochi risultati sinora raggiunti in materia di parità nel campo della previdenza, in quanto verrebbero esclusi tutti i regimi – oggi in tendenziale aumento in tutta Europa – a contribuzione definita. Ma come si è visto, nella sentenza *Maruko* la Corte ha ribadito l'applicazione del principio di parità a tutti i regimi di previdenza occupazionale, indipendentemente dalle modalità di calcolo delle prestazioni. Si può quindi dubitare che il criterio della commisurazione della prestazione all'ultima retribuzione abbia effettivamente valenza discretiva. Non l'ha avuta con riferimento al caso italiano, né per quanto riguarda la legittimità della differenza di età pensionabile nel regime obbligatorio dei dipendenti pubblici né nel caso del calcolo delle prestazioni pensionistiche dei lavoratori con part-time verticale. Il discrimine tra ciò che rientra nelle condizioni di retribuzione e di lavoro, protetto dal principio di parità e ciò che rientra nel campo della previdenza e sicurezza sociale, escluso dall'ambito di applicazione delle regole sancite nelle direttive comunitarie sembra essere piuttosto un altro, e cioè la presenza – più o meno preponderante – di elementi pensionistici aggiuntivi finanziati mediante la fiscalità generale e di elementi ridistributivi solidali delle prestazioni.

L'ambito di applicazione del principio di parità sembra quindi decisamente ampliato, con rilevanti implicazioni sul piano istituzionale. In primo luogo perché un'altra volta sembra superato il dettato normativo delle direttive antidiscriminatorie di nuova generazione e di quelle in materia di lavoro atipico, che espressamente escludono dal proprio campo di applicazione i profili di sicurezza sociale. È senz'altro presto per poter valutare quali potranno essere le conseguenze future di un simile ampliamento, ma si può sin da ora osservare che, ancora una volta, l'estensione dei divieti di discriminazione appare diretta conseguenza della volontà di applicare i principi fondamentali dell'ordinamento. Si legge infatti nel punto 28 della sentenza che, poiché non si può desumere espressamente dalle clausole dell'accordo quadro "se le condizioni di lavoro o le condizioni d'impiego (..) comprendano o meno le condizioni attinenti ad elementi quali le retribuzioni

e le pensioni (…) si devono prendere in considerazione (…) il contesto e gli obiettivi perseguiti dalla normativa cui appartiene tale clausola". Al punto 31 della sentenza si rileva, proseguendo il discorso, che la clausola di parità persegue "un fine che rientra tra gli obiettivi fondamentali inscritti nell'art.1 dell'accordo sulla politica sociale e ripresi all'art.136, primo comma, CE, come pure al terzo comma del preambolo del TFUE e ai punti 7 e 10, primo comma, della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori". Da tali obiettivi discende "un principio di diritto sociale che non può essere interpretato in modo restrittivo" (punto 32). La Corte non menziona affatto la Carta dei diritti fondamentali di Nizza e non valuta in alcun modo se questa abbia un impatto sulla questione che le è stata sottoposta, ma è evidente che la prospettiva appare significativamente mutata.

Se la Corte di giustizia sembra aver posto un argine alle difficoltà derivanti dalla modalità di calcolo pro rata dell'anzianità necessaria per l'accesso alle prestazioni pensionistiche, restano ancora irrisolti – ed evidenti in tutta la loro portata – altri rilevanti problemi. Non ha risposta, allo stato attuale, la questione delle eventuali limitazioni nell'accesso alla previdenza complementare che si possono porre con riferimento ad altre importanti forme di lavoro e, in particolare i vari istituti contrattuali di lavoro a chiamata (c.d. secondo il fabbisogno o *job on call*). Si tratta di forme di lavoro che la Corte di giustizia nel caso *Wippel* ha ritenuto legittime ma per le quali la stessa ha escluso la possibilità di applicazione del principio di parità di trattamento, in quanto riguardanti "rapporti di lavoro aventi oggetto e causa differenti" e pertanto "non comparabili". Si deve peraltro rilevare che nel caso Wippel ad essere posto in discussione non era il trattamento meno favorevole riservato ai lavoratori aventi questo tipo di rapporto, quanto la legittimità in sé del contratto di lavoro secondo il fabbisogno. L'oggetto della controversia era la rivendicazione da parte della sig.ra Wippel del diritto a una retribuzione corrispondente all'orario pieno di lavoro, benché la stessa avesse effettivamente lavorato molto di meno. I giudici inoltre in quel caso avevano comunque ricondotto in linea di principio il contratto di lavoro secondo il fabbisogno nell'alveo della tutela apprestata dalla direttiva 97/81/CE, sicché è presumibile che sia stato proprio il fatto che la lavoratrice avesse rivendicato una retribuzione non ridotta secondo il principio del *pro rata temporis* ad aver determinato la decisione del giudice. Il caso *Wippel* pare dunque costituire, ad avviso di chi scrive, più un incidente di percorso che un ostacolo al riconoscimento del diritto alla parità di trattamento dei lavoratori a chiamata.

Il più grande ostacolo all'acquisizione delle prestazioni previdenziali del lavoro non standard sembra rimanere tuttora quello dell'esiguità dei contributi versati, dovuta sia ai bassi salari, sia alle frequenti interruzioni di carriera, e, più in generale, all'alternanza tra periodi di lavoro e di non lavoro. Una prima, e forse la più rilevante, questione è dunque quella relativa alla possibilità di accumulare contributi e anzianità lavorativa durante i periodi di disoccupazione e/o di non lavoro.

Il *Pension Act* britannico del 2008 ha tentato di porre un parziale rimedio al problema attraverso l'obbligo per i datori di lavoro di iscrivere i lavoratori ai fondi occupazionali e creando forme c.d. di personal account al fine di consentire a chi si trova in una fase di interruzione della carriera di continuare a versare i contributi, ma risulta che le adesioni siano state veramente limitate: secondo i dati, solo lo 0,1% delle persone che non lavorano aderisce[439]. È previsto che a partire dal

[439] SARGEANT, *Gender Equality and the Pensions Acts 2007-2008, ILJ*, 2009, p. 146.

2012 l'adesione alla previdenza complementare sia automatica, ma rimangono, come si è già rilevato, alcuni importanti limiti.

La legislazione francese prevede un sistema di calcolo *ad hoc* per le pensioni complementari dei lavoratori part-time e consente loro di aumentare la contribuzione fino a raggiungere una somma pari a quella versata dal lavoratore a tempo pieno[440].

In Italia al lavoratore è consentito espressamente per legge di proseguire il versamento dei contributi anche in assenza di lavoro, ma solo nel caso in cui si sia già raggiunta l'età pensionabile e si abbia almeno un anno di contribuzione. Solo alle persone che svolgono lavoro di cura non retribuito derivante da responsabilità familiari è consentito il versamento anche saltuario e occasionale[441]. La regola generale prevede che in caso di cessazione del lavoro la posizione del lavoratore sia conservata, ma resti, per così dire quiescente, fino all'inizio di un nuovo lavoro. Solo in alcune limitatissime situazioni particolari sono previste forme di sostegno del lavoratore da parte degli enti bilaterali (nel caso del lavoro temporaneo) o delle regioni (Trentino Alto Adige)[442].

PARTE TERZA: DOPO LISBONA

9. Il quadro d'insieme

Ci si è posti all'inizio di questa ricerca una serie di domande da cui muovere per valutare quali siano i problemi che la disciplina della previdenza complementare pone con riferimento a determinate categorie di soggetti svantaggiati. Il quadro che emerge dalla ricognizione effettuata non appare – per usare un eufemismo – del tutto appagante. L'applicazione del principio di non discriminazione nel campo della previdenza complementare per le donne - i soggetti ai quali la tutela è apprestata in modo più intenso e da più tempo – ha consentito alcuni importanti progressi, ma sulle questioni più delicate e importanti il bilancio appare negativo. La questione della diversa età pensionabile si è visto, ha trasformato il diritto antidiscriminatorio da strumento nato e costruito a difesa dei soggetti più deboli in un'arma utilizzata dai soggetti più forti (in questo caso gli uomini) per accedere a determinati benefici. Le questioni fondamentali della scelta dei sistemi di calcolo delle prestazioni – a contribuzione piuttosto che a prestazione definite – delle modalità di utilizzo dei calcoli attuariali e, più in generale, della presenza nei sistemi di previdenza complementare di elementi ridistributivi rimangono nel migliore dei casi rimessi alla discrezionalità dei legislatori nazionali e in molte situazioni sono rimesse alle decisioni della contrattazione collettiva, dei fondi pensione o dei datori di lavoro. Qualche novità si delinea all'orizzonte solo per quanto riguarda la tutela della posizione contributiva durante i periodi di fruizione dei congedi di maternità e parentali, ma si tratta di misure ancora da realizzare e in ogni caso insufficienti rispetto alle questioni di fondo che si pongono.

La tutela delle coppie conviventi non coniugate e più in specifico delle coppie omosessuali registra anch'essa luci e ombre: ai modesti passi avanti fatti dalla Corte di giustizia fa da pendant l'ampia

---

[440] V. il sito dell'ARRCO http://www.agirc-arrco.fr/particuliers/cotiser-pour-la-retraite/travail-a-temps-partiel/

[441] Per questi aspetti si rinvia a RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 32.

[442] V. RAVELLI, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia, 2007, p. 105 ss.

discrezionalità concessa agli Stati membri nella disciplina dello stato civile. Discrezionalità che da taluni Paesi è stata da questi strenuamente difesa nonostante i ripetuti inviti delle istituzioni comunitarie[443].

L'età si è rivelato il fattore più problematico e fonte di elevatissima litigiosità. Qualche aspetto positivo si registra, soltanto indirettamente, con riferimento alla tutela dei giovani, ove questi siano esclusi in ragione dell'età dall'iscrizione ai fondi o nel calcolo della contribuzione, ma sulla questione più delicata dello scambio tra prestazione di previdenza complementare e pensionamento obbligatorio la situazione appare tuttora incerta.

I lavoratori non standard risultano in estrema difficoltà sul piano della tutela previdenziale, i passi avanti importantissimi della Corte di giustizia in questo campo sono stati fondamentali ma risultano ancora modesti rispetto ai problemi che la flessibilità del lavoro pone in termini di raggiungimento di pensioni adeguate. E la questione è ancora più grave se si considera che la maggior parte dei lavoratori non standard è costituita in tutta Europa da donne e giovani, sicché ad essere colpite risultano sempre le stesse categorie di soggetti.

Sulla situazione attuale e sulle prospettive di evoluzione pesa in ogni caso il problema dei problemi: quello dell'adeguatezza delle pensioni. Il modello di previdenza a capitalizzazione a contribuzione definita in particolare si è rivelato del tutto inadeguato a coniugare la sostenibilità economica con la garanzia di prestazioni per la vecchiaia sufficienti. La questione si pone in termini profondamente drammatici nei paesi post-comunisti, dove questo modello ha sostituito i sistemi, già dilaniati, di previdenza sociale pubblici, ma è evidente anche in paesi con solide tradizioni previdenziali, come l'Italia o il Regno Unito, dove la crisi economica ha colpito profondamente i fondi previdenziali.

10. Le prospettive di riforma

Rispetto alla gravità della situazione, gli interventi che sarebbero necessari sono numerosi, onerosi e di difficile attuazione. Pesano sicuramente sulla situazione la farraginosità della legislazione, sia comunitaria, sia degli Stati membri, le ancora elevate diversità nazionali, ma soprattutto le scelte di politica sociale perseguite sia a livello nazionale, sia a livello comunitario.

La via per la soluzione dei complessi problemi che si pongono è necessariamente una via politica di riforma e riconsiderazione complessiva dei sistemi di protezione sociale. Come è stato da altre parti evidenziato[444], previdenza e diritto antidiscriminatorio sono entrambi tecniche di ridistribuzione delle opportunità e della ricchezza e sussistono fortissimi nessi di interdipendenza tra di essi: è impensabile che l'uno possa realizzare i propri obiettivi senza l'altro. Ma proprio per questo è altresì impensabile concepirli come due forme di tutela tra loro alternative e interscambiabili: senza una riforma dei sistemi di welfare il diritto antidiscriminatorio potrà contribuire ben poco a garantire pensioni adeguate; ma a loro volta i sistemi di welfare non possono realizzare le proprie finalità se non sono formulati in modo da tenere conto del loro impatto sulle categorie di soggetti tradizionalmente discriminate. Qualche timido percorso di riforma è stato avviato da parte di alcuni Stati (si allude in particolare alle più recenti riforme adottate dalla Svezia e dal

---

443 Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 139/10.

444 V. BARBERA, *Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, RGL, 2008, I, p. 469; BONARDI, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, *Ibidem,* p. 565.

Regno Unito, di cui si è detto nel corso della trattazione) ma appare senz'altro necessario un poderoso intervento comunitario. L'attuazione della direttiva sui congedi parentali (v. *retro* § 5) rappresenta un primo passo verso un sistema previdenziale maggiormente adeguato. Pochi progressi ci si possono invece aspettare dall'approvazione della "Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale" del 2 luglio 2008[445]. Essa appare troppo attenta a non pregiudicare le competenze degli Stati membri in materia di stato coniugale o di famiglia (art. 3 e 17° considerando), troppo compromissoria nel salvaguardare la libertà di utilizzo di fattori attuariali e di rischio nell'offerta di servizi assicurativi, bancari e finanziari (art. 2, c. 7 e 15° considerando), e troppo incerta nell'estendere la tutela al campo della sicurezza sociale. Se questa è infatti da un lato sancita chiaramente dall'art. 3, c.1, dall'altro però è temperata dalla possibilità di prevedere giustificazioni alle discriminazioni dirette per età nell'accesso alle prestazioni sociali (art. 2, c.6) e dalla salvezza delle competenze degli stati membri in questo campo, prevista nell'11° considerando sia con riferimento alla sicurezza sociale, sia con riguardo ai servizi di interesse economico generale.

Qualche piccola luce si intravede nel coordinamento delle politiche pensionistiche. Nella Relazione Congiunta per il 2009 sulla Protezione e sull'Inclusione Sociale[446] si rileva la persistenza di profonde disuguaglianze, si sottolinea la necessità di impedire l'uscita dal mercato del lavoro e, soprattutto, si dedica particolare attenzione al problema degli effetti negativi della disoccupazione sull'adeguatezza delle pensioni, in particolare per le donne e per i lavoratori a basso reddito. Pochi sembrano tuttavia i suggerimenti per l'avvio di rilevanti processi di riforma. Benché rafforzato dall'art. 5 TFUE[447], il metodo del coordinamento aperto sinora stenta a produrre effetti significativi nel campo pensionistico, non solo per i problemi relativi alla sua scarsa istituzionalizzazione, ma anche per le difficoltà più tecniche relative alla definizione di un livello adeguato di prestazioni e soprattutto all'individuazione di metodi di valutazione e di indicatori generalmente condivisi. Ove esistenti, inoltre, questi appaiono tuttora costruiti sul modello idealtipico del lavoratore occupato a tempo pieno, che arriva al pensionamento all'età di 65 anni avendo maturato 40 anni di contributi[448].

Sono numerosi gli atti comunitari che si pongono il problema e si fanno carico di tenere nella giusta considerazione la questione dell'adeguatezza delle prestazioni pensionistiche da parte dei gruppi svantaggiati[449]. Ma solo recentemente si è raggiunta una maggiore consapevolezza, in particolare da parte del Social Protection Commettee, che nella sua relazione su Private Pensions Schemes, afferma chiaramente che sussiste un serio problema di adeguatezza delle prestazioni, dipendente in buona parte dall'utilizzo dei sistemi a contribuzione definita (p.12) e che espone

---

[445] COM (2008)426 def.

[446] Commissione Europea, Direzione generale per l'occupazione, gli affari sociali e le pari opportunità, Unità E2 e E4, *Relazione Congiunta per il 2009 sulla Protezione e sull'Inclusione Sociale*, giugno 2009.

[447] CARUSO*, I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona, cit.,* p. 7.

[448] Per tutti questi aspetti v. RAVELLI, *Il MAC/Pensioni nel quadro del coordinamento delle politiche sociali comunitarie*, RDSS, 2009, p. 593.

[449] V. tra i molti, le conclusioni del Consiglio dell'8 giugno 2009 su "*Equal opportunities for women and men: active and dignified ageing*", che sollecitano gli Stati a tenere conto del maggior rischio di povertà delle donne nella riforma dei sistemi pensionistici, tenendo conto delle interruzioni di carriera dovute a compiti di cura e ad impedire la creazione di ulteriori trappole di dipendenza (dependency traps), nonché le conclusioni del Consiglio sulla flessicurezza in tempi di crisi del 9 giugno 2009 prevedono il "*full utilisation of modern social protection systems in line with the principle of flexicurity, subsidiarity and sustainability of public finances*".

soprattutto le persone le cui carriere sono soggette a interruzioni e i gruppi più vulnerabili al rischio di povertà (p.13).

L'ultimo approdo comunitario è il Libro Verde, intitolato Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa, della Commissione del 7 luglio 2010, con il quale si apre una consultazione sul futuro dei sistemi pensionistici, al fine di garantire "il massimo sostegno ai pensionati attuali e futuri, comprese le categorie vulnerabili" (p.2). Tra i temi affrontati ampio spazio è dedicato alle questioni della sostenibilità dei sistemi pensionistici, alle garanzie di solvibilità dei fondi e alla portabilità delle pensioni di previdenza complementare. Ma si pongono anche le importanti questioni dell'aumento del rischio di inadeguatezza delle prestazioni (p.6), dei rischi connessi alla responsabilizzazione dei singoli nella realizzazione del risparmio pensionistico e degli effetti che la stretta connessione tra i vari pilastri pensionistici e l'aumento del rischio hanno sulle categorie più vulnerabili. Un particolare aspetto problematico che viene sottolineato, sotto questo profilo è quello della mancanza di forme di accredito compensativo durante i periodi di non lavoro dovuti a disoccupazione, malattia o all'impegno in lavoro di cura (p.9).

Nel Libro verde è altresì affrontato il problema strutturale posto dai sistemi pensionistici a contribuzione definita, che riguardano 60 milioni di europei, che hanno il vantaggio di allungare la vita attiva delle persone, ma che pongono a carico degli affiliati i rischi di investimento, di inflazione e longevità, rischi a cui è ben difficile fare fronte individualmente (p. 15). Per contro, si osserva che i sistemi a prestazione definita pur offrendo maggiori certezze rischiano oggi di essere insostenibili per i datori di lavoro. Si cercano quindi dei correttivi ad entrambi i sistemi, che sono individuati nel passaggio a regimi "ibridi", che prevedano la garanzia di rendimenti e trattamenti minimi, o che calcolino le prestazioni in parte con il metodo contributivo e in parte in base alle retribuzioni percepite durante tutta o una parte della vita lavorativa o altre vie che consentano di giungere a una maggiore condivisione dei rischi. La Commissione chiede dunque se sia necessaria una regolamentazione europea o codici di buone pratiche per aiutare gli Stati a raggiungere un migliore equilibrio tra rischi, sicurezza e accessibilità finanziaria.

11. La leva di Archimede

Aspettando gli esiti della consultazione, ci si chiede quale contributo possano dare le alte Corti nell'opera di rimozione di alcuni significativi ostacoli all'uguale godimento dei diritti previdenziali.

All'inizio di questa ricerca ci si era posti il quesito se i divieti di discriminazione potessero rappresentare un efficace strumento di tutela nel campo della previdenza complementare e se potessero costituire una sorta di leva di Archimede, tale da garantire il rispetto dei diritti fondamentali a prescindere dai comportamenti degli Stati e dal riparto di competenze tra questi e le istituzioni comunitarie. Ragionando sui divieti di discriminazione in generale pochi anni fa Marzia Barbera rispondeva al quesito affermando che le tecniche di tutela utilizzate dal diritto comunitario "mal si prestano a quel processo di stabilizzazione dei diritti fondamentali che può consentir loro di correggere le derive deregolative insite nell'impostazione attuale delle politiche comunitarie". Per fare questo, proseguiva Marzia Barbera, "l'Europa ha ancora bisogno di una costituzione"[450].

[450] BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in BARBERA (a cura di) Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XLVI.

Ci si chiede dunque, con l'entrata in vigore dei nuovi Trattati e con il riconoscimento della stessa efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali, quale ulteriore contributo possano ora dare le alte Corti ai problemi sopra evidenziati. Un primo importante progresso si è peraltro già registrato, sotto il profilo dell'efficacia del principio di parità. In *Mangold*, come noto, la Corte si era spinta molto avanti, affermando che "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza" a prescindere dalla scadenza delle direttive che vi danno attuazione. Si era superata così la dottrina *Grant*, secondo la quale invece il riconoscimento dei diritti fondamentali non può "di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità"[451]. Un passo indietro si era poi realizzato con le sentenze *Bartsch* e *Navas*: in entrambe i casi la Corte ha negato l'azionabilità del diritto a non essere discriminato in assenza di una specifica previsione normativa di diritto derivato[452]. La Corte ritorna ora per l'ennesima volta sui suoi passi, dando al principio di parità un'efficacia che va oltre i confini tradizionali. In *Kücükdeveci*[453] si stabilisce che "la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale". La questione non riguardava un rapporto tra cittadino e Stato, ma tra privati: l'efficacia del diritto antidiscriminatorio comunitario dunque travalica gi stretti limiti dell'efficacia solo verticale riconosciuta alle direttive, assumendo la stessa piena efficacia diretta orizzontale del diritto primario.

Si potrebbe andare anche oltre? Si potrebbe ritenere in altri termini che già oggi i divieti di discriminazione operino comunque, al di là del riparto di competenze e al di là dei limiti e delle deroghe stabilite nelle direttive? già nella sentenza *Inps*, si è visto, il diritto a non essere discriminati è stato applicato, sia pure attraverso un'argomentazione ellittica e temperandolo con il rinvio alla valutazione del legislatore nazionale, oltre i confini delle competenze comunitarie, superando il campo di applicazione della direttiva in materia di lavoro a tempo parziale. In numerose sentenze la Corte di giustizia ha affermato che tale principio si applica anche alla retribuzione e al licenziamento, materie queste, rimesse alla competenza statale[454]. Più problematico è rispondere al quesito se le nuove disposizioni consentano di travalicare i confini delineati dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie, ovvero se si possa andare oltre lo stretto limite delle condizioni di lavoro posto dalla direttiva 2000/78/CE e se, per quanto riguarda il genere, si debbano oggi ritenere superate le deroghe e le eccezioni contenute nelle direttive comunitarie. Indirettamente una risposta negativa a tale quesito è contenuta nella sibillina affermazione della Corte nella sentenza *Kücükdeveci*, nella quale i giudici hanno affermato sì l'efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione in quanto principio che preesiste alla direttiva 2000/78/CE, ma hanno altresì scritto che il compito del giudice è quello di assicurarne il rispetto del "principio di non

---

451 Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Grant*, §45.

452 V. PERUZZI, *Da mangold in poi, cit.,* p.105, per il quale nella giurisprudenza successiva a Mangold la Corte avrebbe fatto di tutto per ritornare sui suoi passi.

453 Corte di giustizia 19 gennaio 2010, C-555/07.

454 V. CARUSO*, I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona, cit.,* p.16.

discriminazione in ragione dell'età, *quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78*" (c.m.), sembrando così limitarne il raggio d'azione ai limiti stabiliti dal diritto derivato.

La Carta di Nizza sancisce un generale principio di parità all'art. 20 e all'art. 21 stabilisce un divieto di discriminazioni che – rispetto all'ordinamento previgente – si caratterizza per un più ampio catalogo di fattori attinenti alla persona, comprendendo anche le opinioni politiche, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita. Soprattutto, ciò che interessa maggiormente è che l'art. 21 stabilisce categoricamente che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione", senza in alcun modo delimitarne l'ambito di applicazione[455]. È pur vero che nelle Spiegazioni alla Carta si afferma che l'art. 21 "non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione…né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi", ed è altresì vero che l'art. 51 vincola al rispetto della Carta solo nell'attuazione del diritto dell'unione e solo nei limiti del rispetto delle competenze. Ma sia la lotta alle discriminazioni, sia la protezione sociale rientrano tra le competenze dell'Unione. L'art. 3 TUE impone all'Unione di combattere le esclusioni sociali e le discriminazioni e di promuovere la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Gli artt. 8 e10 TFUE attribuiscono all'Unione le finalità di eliminare le ineguaglianze e combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, la religione, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale, mentre l'art. 9 impone di tenere conto, tra l'altro, della "garanzia di un'elevata protezione sociale"; l'art. 19 attribuisce la specifica competenza in materia di lotta alle discriminazioni e l'art. 153 attribuisce la competenza in materia di condizioni di lavoro e di sicurezza sociale. La Carta di Nizza inoltre riconosce all'art. 25 "il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" e all'art. 34, il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali" diritto che si riferisce anche ai profili di tutela dei lavoratori.

Vi è probabilmente spazio, quindi, per un sindacato diffuso avente ad oggetto i diritti nazionali e il diritto comunitario derivato[456]. Con riguardo a quest'ultimo in particolare, ci si deve chiedere se non sia possibile, alla luce delle nuovo diritto primario comunitario, giungere ad un superamento degli angusti limiti in cui il principio di parità è stato costretto nelle direttive comunitarie e soprattutto, delle deroghe ed eccezioni in esse contenute che, si è visto, costituiscono dei rilevanti ostacoli al pieno godimento dei diritti di previdenza complementare, soprattutto per le donne e per i lavoratori non standard. *Barber* e *Inps* rappresentano, da questo punto di vista, due precedenti non irrilevanti.

Come è stato osservato con riferimento ad altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, nel bilanciamento tra diritti e altri fattori - tra i quali rilevano nel nostro caso le esigenze di equilibrio finanziario dei fondi di previdenza, che hanno giocato un ruolo fondamentale nel limitare l'attuazione del principio di parità - il metodo di valutazione rimane sostanzialmente quello della legittimità della finalità perseguita e della necessarietà e proporzionalità dei mezzi impiegati. Ma cam-

---

[455] V. le spiegazioni della Carta, in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:IT:PDF, che riconoscono la competenza dell'Unione "in qualsiasi settore" ex art. 19 TFUE.

[456] SCIARABBA, *La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in eurpeanrights.eu.

bia ora sostanzialmente il peso che deve essere dato ai vari fattori nel giudizio: la finalità di protezione del lavoro in particolare – ma allo stesso modo il diritto alla sicurezza sociale – sono ora direttamente tutelati dal diritto primario dei trattati e dovrebbero pesare sul piatto della bilancia dalla parte del principio di parità[457].

In conclusione, e riprendendo la metafora del torneo di carte che si è suggerita al §3, il mazzo è stato finalmente mescolato e nella nuova distribuzione delle carte la Corte di giustizia ha in mano qualche carico in più rispetto al passato. La partita è appena cominciata.

[457] CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona, cit.,* p. 19.

Il contratto di lavoro come istituzione europea*

Bruno Caruso

1. La globalizzazione tra conflitto industriale e disintegrazione del lavoro: in Italia è ripartita la lotta di classe? 148

2. Il contratto di lavoro subordinato nell'era della globalizzazione ha funzione ri-regolativa o de-regolativa? 150

3. Il contratto di lavoro subordinato ha un futuro europeo? 153

4. Employment contract or personal work contract? Le soluzioni in campo. 155

5. Costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti in Europa hanno a che vedere qualcosa con il contratto di lavoro? 158

Bibliografia. 159

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 84/2010

«In questi giorni c'è una contrapposizione fra due modelli: uno difende il passato e l'altro che vuole andare avanti. Se non lasciamo alle spalle vecchi schemi non ci sarà spazio per vedere nuovi orizzonti (…) Non siamo più negli anni Sessanta non c'è una lotta fra capitale e lavoro, fra padroni e operai. Se l'Italia non riesce ad abbandonare questo modello di pensiero non raggiungeremo mai niente. Ora c'è bisogno di uno sforzo collettivo, un patto sociale per condividere impegni, sacrifici e consentire al Paese di andare avanti. Una occasione per costruire il paese che lasceremo alle nuove generazioni».

Sergio Marchionne
Amministratore Delegato Fiat e Chrysler



1. La globalizzazione tra conflitto industriale e disintegrazione del lavoro: in Italia è ripartita la lotta di classe?

Che la globalizzazione sia un *puzzle* difficilmente dominabile, perché costituita da tasselli e materiali diversi e contraddittori, che sembrano non volersi mai incastrare, è constatazione che sfiora il banale. Alcuni di questi materiali sembrano appartenere al passato, altri al futuro. Di tutto ciò, in qualche modo, si è avuta la riprova alla fine del mese di agosto in Italia.

È sembrato, infatti, leggendo le prime pagine dei grandi quotidiani non solo nazionali che, per un

momento almeno, la storia si fosse fermata e fosse tornata indietro, come accade nel riavvolgimento della pellicola di un film; che Cipputi[458] fosse riapparso sulla ribalta della storia, tornando direttamente dal secolo breve, dove lo avevamo lasciato.

Molti avranno pensato, alla fine di un caldissimo mese di agosto, che l'immagine della talpa che scava un lungo tunnel dove può scorrere indisturbato il fiume carsico della "lotta di classe", sia sempre attuale, malgrado le novità della disintegrazione verticale della produzione e del lavoro, della sua disseminazione oltre i confini della fabbrica, e della fine del conflitto industriale classico dicotomico.

È avvenuto che le prime pagine dei giornali sono state "bucate" da un (solo apparente) tradizionalissimo e aspro conflitto di lavoro tra la multinazionale Fiat e la Fiom-CGIL, conflitto che è troppo noto al lettore italiano per essere ricostruito nei dettagli.

Nell'era della globalizzazione nulla sarebbe, dunque, cambiato in Italia, per quanto riguarda sia il conflitto industriale, sia la regolazione del lavoro? Il lavoro e il conflitto industriale e il contratto di lavoro subordinato standard (con gli apparati di protezione eteronoma che lo conformano) sono ancora al centro delle narrazioni dei giuslavoristi oltre che della cronaca giornalistica?

Voglio subito richiamare un'altra notizia, apparsa contemporaneamente sui quotidiani nazionali, che non ha "bucato" l'opinione pubblica come la precedente, ma che disvela l'altra faccia della medaglia del regolazione del lavoro in Italia, e che sembra contraddire quanto prima osservato.

L'Istituto nazionale di statistica, proprio negli stessi giorni del conflitto alla Fiat, ha pubblicato alcuni dati che si riferiscono all'utilizzo di alcuni nuovi contratti di lavoro, inseriti nella "legge Biagi" del 2003 ma diventati operativi solo da alcuni anni: essi ci parlano di un *boom* nel ricorso, da parte delle imprese, al *job on call*, con un aumento di tale contratto atipico del 75% tra il 2007 e il 2009. Non basta: l'Istat ci dice che di dieci nuovi contratti di lavoro conclusi, in Italia, nel 2009/2010, sei ormai sono non standard. Nel settore agricolo, ma non solo, infine, si registra un rilevantissimo incremento dell'utilizzo dei *voucher* lavoro, che è una particolare tipologia di contratto occasionale.

La continuità con il secolo breve è, dunque, più apparente che reale. L'Italia è nel pieno del trend ri-regolativo (non de-regolativo) innescato dalla globalizzazione e il conflitto alla Fiat dimostra, non smentisce, questo assunto.

E proprio per rimarcare questa piena integrazione dell'Italia nel *trend* della globalizzazione e dei suoi effetti, descritti nel *paper* di Kathy Stone, ho inserito nel frontespizio una citazione non di un eroe del passato, come ha, invece, fatto Mark Freedland richiamando Cesare commemorato da Marco Antonio; ma di colui che viene considerato un eroe del presente (almeno in Italia): Sergio Marchionne, l'attuale CEO della Fiat, colui che ha operato, in pieno accordo con il presidente Obama, l'acquisizione e il rilancio della Chrysler in *partnership* con la Fiat.

---

[458] Cipputi è il personaggio delle vignette di Altan, un grande intellettuale, prima ancora che disegnatore italiano: Come è stato scritto "Cipputi è la sintesi fulminea di vecchio e nuovo. Alla fine del "secolo breve", è un fossile della storia, testimone di un ceto, la classe operaia, messa ai margini dal terziario avanzato e dalla globalizzazione. Al tempo stesso l'intellettuale che si nasconde in lui, infiltratovi dall'autor in fabula, Altan, è un anticipatore di tendenze, un sociologo istantaneo dell'evoluzione del costume italiano".

Ma ho pure inserito una vignetta di Altan, e del suo personaggio Cipputi, che dimostra come il mondo nuovo che si vuole costruire ha bisogno dei vecchi materiali, soprattutto se questi sono fatti di storia, identità e intelligenza collettiva.

La mia analisi non avrà ad oggetto la prospettiva - a cui fa riferimento, invece, il CEO Marchionne nel richiamato intervento - delle relazioni collettive di lavoro e della loro regolazione, ma, più in linea con il tema della nostra conferenza, avrà ad oggetto l'istituzione contratto di lavoro.

Il contenuto del *paper* si limiterà alla posizione di quattro questioni teoriche su cui ritengo opportuno riflettere più distesamente nella elaborazione del capitolo che mi è stato affidato.

2. Il contratto di lavoro subordinato nell'era della globalizzazione ha funzione ri-regolativa o de-regolativa?

La prima questione su cui vale la pena interrogarsi riguarda la funzione attuale del "contratto di lavoro subordinato".

Quando si parla di contratto di lavoro subordinato l'indagine storico-comparata[459] ci mette subito in guardia sul fatto che è difficile, se non impossibile, parlarne unitariamente in una prospettiva comparata. Dentro l'istituto del contratto di lavoro si riflettono le specificità storiche, economiche, sociali, istituzionali, costituzionali e pure antropologiche dei diversi modelli di capitalismo e dei diversi sistemi di diritto del lavoro[460].

Le diversità sono sia strutturali, di regolazione, ma anche funzionali. Per rispondere alla domanda, ancorché in termini generali, occorre allora sempre tener presente le diversità strutturali dei diversi sistemi.

A tale proposito può essere senz'altro utile l'analisi comparata di M. Freedland[461] e il suo tentativo di sistemazione dei diversi modelli, lungo il doppio asse del livello di regolazione di tale contratto, ma anche di integrazione tra contratto di lavoro e fonti di regolazione: legge e contratto collettivo.

Soprattutto in Italia, ma anche in Spagna, Francia e Germania, è impossibile ripercorre la storia del contratto di lavoro senza considerare la originaria e stretta connessione con il sistema delle fonti esterne al contratto. Questa relazione consustanziale tra le diverse fonti che regolano il rapporto di lavoro, tra cui il contratto di lavoro, nei sistemi di *civil law* è incorporata nel concetto di inderogabilità che è, ad un tempo, un valore (di protezione e tutela) e un dispositivo tecnico che assiste le norme legali e contrattuali; sono tali disposizioni che disegnano, infatti, obbligatoriamente, dall'esterno della volontà dei contraenti, il contenuto del contratto di lavoro.

Il concetto di inderogabilità non è di diretta derivazione costituzionale, ma è un modo d'essere (una tecnica legislativa) attraverso cui i principi dello stato sociale di diritto e della giustizia sociale, incastonati in norme costituzionali rigide, si trasferiscono nelle relazioni di lavoro di natura collettiva, ma anche individuale.

---

[459] Veneziani 2009.

[460] Freedland Kountouris 2008.

[461] Freedland 2010.

Contratto di lavoro subordinato e norma legale e contrattuale collettiva inderogabile, nei sistemi europei continentali, sono stati storicamente considerati co-termini: la loro integrazione è massima, sia sul piano della tecnica e dei dispositivi di regolazione (in Italia attraverso dispositivi del codice civile, artt. 2113, 1419 secondo comma, 1339), sia sul piano culturale e concettuale.

Questo spiega perché per una lunga fase, anche dopo il crollo del corporativismo, in Italia, il sistema del diritto del lavoro ha abbandonato, sia come fonte primaria di regolazione, sia come oggetto privilegiato di studio, la stella polare del contratto di lavoro subordinato, a favore di due istituti diversi, ma che sussumono il primo: la norma inderogabile e l'autonomia privata collettiva e il suo principale prodotto, il contratto collettivo[462].

In Italia, si è trattato di una sorta di ritorno alla origine, al codice civile emanato nel 1942, alla vigilia del crollo del regime corporativo: il codice civile italiano non regola il contratto di lavoro, ma si limita ad una definizione molto ampia della categoria lavoratore subordinato, ricostruita, nella realtà e nei dettagli, dalla dottrina e dai giudici attraverso indici di tipicità sociale (metodo tipologico); alla categoria del lavoratore subordinato (non al contratto di lavoro) si collegano, poi, in automatico ed obbligatoriamente, effetti di protezione legale e contrattuale collettiva.

Il rapporto di lavoro, dunque, prevale sul contratto. Si definisce la fattispecie di lavoratore subordinato, non il contratto, e indirettamente si regola lo *status* giuridico di tale figura, attraverso quel che in termini intraducibili in inglese i giuristi italiani chiamano il meccanismo di imputazione automatica degli effetti giuridici (il contratto di lavoro individuale imperativamente regolato dalle norme inderogabili). Tale tipo contrattuale, come affermato dalla Corte Costituzionale, è peraltro indisponibile dai soggetti privati, e addirittura dal legislatore, nel senso che ad un rapporto di lavoro subordinato, che è tale "in natura", non si possono applicare regole giuridiche diverse da quelle che si riferiscono a tale tipo[463].

È per questa ragione che, in tutti i sistemi in cui prevale la tipologia di contratto di lavoro subordinato standard - sistemi che riflettono i modelli di capitalismo basati su *co-ordinated market economies* -, si è guardato con apprensione alla riscoperta, alla fine del secolo scorso, del contratto in generale, e del contratto di lavoro in particolare, come istituzione autonoma, scissa e separata dai suoi co-termini, la norma di legge e di contratto collettivo[464].

Tale riscoperta del contratto individuale di lavoro è stata filtrata dall'utilizzo, nel dibattito corrente, di un diverso meta-concetto, epistemologicamente oscuro e poco definibile, perché plurisenso, quale è quello di flessibilità[465].

Concetto reso ancor più oscuro e ambiguo dall'ibridazione con il termine sicurezza: da cui la crasi flessicurezza. La flessicurezza implica, infatti, nei vari documenti della Commissione europea, più un orientamento di politica legislativa, piuttosto che una reale tecnica di regolazione che si confronta con il contratto di lavoro e con le altre fonti.

---

462 Ichino 2008.

463 Freedland Kountouris 2010; D'Antona 1995 (oggi 2000); Corte Cost., sent. n. 115/94.

464 In Italia alfiere di questa riscoperta è Ichino 1996.

465 Caruso 2004.

Concetti come flessibilità, e ancor più flessicurezza, sono utili come suggestioni culturali; sono concetti riassuntivi di senso e di politiche, ma lo sono molto meno, quando ci si confronta con le tecniche e le fonti di regolazione, in quanto finiscono per oscurare la reale posta in gioco.

Il problema su cui occorre, allora, investigare è se la riscoperta del contratto di lavoro subordinato, come fonte di regolazione, non più in assoluta osmosi e integrazione con le altre fonti, possa svolgere un'autonoma e positiva funzione di regolazione del lavoro nel post fordismo; ovvero, se tale riscoperta riassuma la cultura e la tendenza alla de-regolazione, costituendone lo strumento o il viatico principale in tutti i sistemi.

Si pone, cioè, la prospettiva se il contratto individuale di lavoro possa costituire uno dei nodi, altrettanto fondamentale, di una composita rete sociale di protezione, insieme alla legge e al contratto collettivo ad inderogabilità attenuata. Occorre indagare se questa regolazione autonoma, attraverso il contratto individuale, possa essere svolta non solo rispettando la dignità della persona, contro il rischio sempre presente che la libertà contrattuale, applicata alle relazioni individuali di lavoro, produca la riduzione di uno dei contraenti a mera risorsa economica funzionale al mercato e alla libertà di impresa; ma addirittura, in positivo, svolgere anche la funzione di strumento di affermazione delle libertà fondamentali (*capability*)[466].

Il contratto individuale, in questa rinnovata prospettiva, svolgerebbe, infatti, due funzioni fondamentali: la prima, tradizionalmente, negativa, di protezione della sfera personale (anche emotiva e psicologica: per esempio, la tutela contrattuale contro il *mobbing*) e professionale nei confronti di un potere di impresa straripante e ormai microfisico; una funzione di protezione e garanzia: "la libertà da".

La seconda più innovativa - e sicuramente difficile da immaginare nell'organizzazione fordista - di affermazione positiva di libertà e diritti, personalizzati ed individualizzati (la persona situata e contestualizzata): per es., come nell'esperienza francese, il diritto contrattuale individuale alla formazione continua e differenziata; alla conciliazione con i tempi di vita e familiari; alla sicurezza nel rapporto di lavoro in ragione delle proprie capacità; al tempo scelto e così via: il contratto, dunque, come strumento di affermazione della "libertà di" e quindi di emancipazione[467] .

In tal senso avrebbe una valenza costruttiva e non de-regolativa, l'allargamento della visione riduttivamente corrispettiva, prevalente nei sistemi di *civil law*, del contratto di lavoro[468]; ciò attraverso l'allargamento dell'oggetto del contratto anche a beni, prestazioni e reciproche obbligazioni (per esempio l'obbligazione formativa) che vanno oltre quelle "ridotte all'osso" della visione tradizionalmente riduttiva del contratto (la mera prestazione lavorativa, il mero corrispettivo retributivo), teorizzata proprio per impedire lo straripamento del potere di impresa oltre l'oggetto strettamente definito della mera prestazione di lavoro, unica prestazione legittimamente rivendicabile dall'obbligazione del lavoratore[469].

---

[466] Sen 2009; Deakin 2009; Hauser 2009; Supiot 2009; Sales & Villeneuve 2004.

[467] Cherednychenko 2006; Collins 2007a.

[468] Carabelli 2004.

[469] Caruso 2007.

L'alternativa, da molti indicata, è, invece, che dietro un simile costruttivo recupero del contratto individuale di lavoro come fonte di regolazione autonoma e dinamica del rapporto di lavoro, dietro questo positivo recupero della volontà dei contraenti, si celi solo il volto della de-regolazione e del ripristino del controllo del datore non solo sul corpo del lavoratore, come nell'era fordista, ma anche, nel post-fordismo, sulla mente, sulla psiche, sulle emozioni[470].

Quest'ultimo esito potrebbe essere suggerito dalla recente esperienza legislativa italiana. Qui recenti riforme legislative (la riforma Biagi del 2003 e quella attualmente in cantiere[471]) vanno nel senso della riscoperta del contratto individuale di lavoro. Ma ciò ha significato non la riscoperta di una maggiore autonomia dei contraenti nella determinazione del regolamento contrattuale, al di là dei limiti di oggetto del contratto standard, attraverso un "arricchimento" del suo contenuto. Il contratto di lavoro subordinato, dopo la riforma Biagi, rimane, ancora, fondamentalmente eteroregolato.

Tale recupero della volontà individuale è avvenuto, invece, a monte del regolamento contrattuale e cioè nella fase della assunzione del lavoratore, attraverso l'ampiamento della possibilità (potere) di scelta di modelli di contratti di lavoro contrattuali, pre-regolati dalla legge, ben oltre il contratto di lavoro standard (una proliferazione di modelli discreti e non solo relazionali)[472].

Si è così finito per esaltare la libertà di scelta (formalmente di entrambi i contraenti, sostanzialmente di uno solo) di un pluriverso di modelli contrattuali nel supermercato della flessibilità. Modelli sicuramente più appetibili per le imprese rispetto al modello standard nella fase della disintegrazione verticale della produzione; il contratto di lavoro standard, così, da "sole" del sistema galattico del lavoro, regredisce alla *status* di mero "satellite" accanto ad altri.

Quale dei due, dunque, il possibile esito del recupero della funzione regolativa del contratto individuale di lavoro: quello de-regolativo o quello ri regolativo? La riflessione è aperta.

3. Il contratto di lavoro subordinato ha un futuro europeo?

Posto che siano questi, schematicamente, gli esiti possibili del recupero della funzione regolativa del contratto individuale di lavoro, la riflessione supera i confini dei sistemi continentali dove prevalgono i diversi modelli di contratto di lavoro subordinato.

Essa deve includere anche i sistemi dove prevale la tipologia "*regulated self designed contracts*", per riprendere la distinzione di Freedland e Kountouris. Sistemi dove tradizionalmente la volontà contrattuale e l'autonomia individuale giocano un ruolo più importante rispetto a quelli dove domina il modello del contratto standardizzato.

Se si scommette sul fatto che l'esito del recupero del contratto di lavoro possa essere quello riregolativo e non de-regolativo, si pone allora una ulteriore riflessione che organizzerei intorno a questa seconda questione: il contratto individuale di lavoro subordinato ha una prospettiva sovranazionale europea? Ovviamente il discorso andrebbe condotto sia sul piano teorico sia, in prospettiva, regolativo.

---

[470] Supiot 2005.

[471] Collegato lavoro 2010, in sesta lettura al Senato, DDL 1167- B).

[472] Treu 2010.

Il problema teorico è stato posto correttamente, anche se su grandi linee, da Freedland e Kountouris e, prima ancora, più operativamente dal rapporto Supiot. Questi autori hanno individuato un possibile superamento del dualismo tra modelli europei continentali e anglosassoni nella prospettiva di una realistica tendenza regolativa uniforme del contratto di lavoro (*work contract*) oltre il contratto di lavoro subordinato (*employment contract*).

La questione di fondo è se i sistemi nazionali europei di diritto del lavoro, con riferimento all'istituto chiave (una sorta di DNA) del contratto di lavoro subordinato, possano reciprocamente ibridarsi attraverso un positivo processo di *cross fertilization* e interazione e adattamento reciproco[473], senza però illudersi che l'istituto contratto di lavoro, o suoi elementi costitutivi, possano essere trapiantati da sistema ad un altro.

Che possa, cioè, prodursi, per l'istituto del contratto di lavoro, quell'esito *recombinant governance* di cui parlano Crouch[474] e Teubner[475] a proposito dei modelli di capitalismo.

In forma di domanda diretta: è possibile immaginare un esito di osmosi, che porti le diverse famiglie europee verso un punto mediano di regolazione ed integrazione tra fonti, lungo gli assi di regolazione integrata che ci indica Mark Freedland, immaginando il recupero di spazi regolativi autonomi al contratto di lavoro, ma accentuando, pure, proprio in ragione di tale recupero, la funzione di garanzia e protezione *default* del network sociale costituito dalla legge e dalla produzione regolativa degli attori sociali?

Questo discorso implica, a monte, un recupero di una struttura, ma anche di una funzione unitaria in senso forte, del contratto di lavoro subordinato, come contratto relazionale per eccellenza, che contrasti la tendenza crescente alla sua frammentazione interna e alla de-standardizzazione, con gli effetti di balcanizzazione del mercato del lavoro, interno ed esterno all'impresa, l che ne derivano.

La sfida teorica, ma anche regolativa, è quella del contratto di lavoro unico (*single labour contract*) di cui molto si parla sia in Francia sia in Italia, con esiti regolativi ancora limitati e contingenti.

Le diverse proposte regolative che si contendono il campo[476] non potranno mai arrivare ad una sintesi se non si scioglie il nodo teorico fondamentale della ragione economica sociale del contratto di lavoro con riguardo alla diversificazione delle sue tre fondamentali funzioni, e della necessaria mediazione tra esse: a) di allocazione ottimale delle risorse per l'equilibrio del mercato; b) di protezione e garanzia della parte debole in termini economici e di potere negoziale; c) di realizzazione di capacità fondamentali della persona nel lavoro e fuori dal lavoro.

Questa prospettiva di costruzione di una teoria e di una regolazione europea del contratto di lavoro subordinato implica l'individuazione degli attori che dovrebbero essere promotori e protagonisti di tale costruzione.

---

[473] van Gerven 2001; Caruso 2007; Teubner 1998.

[474] Crouch 2005.

[475] Teubner 2002.

[476] Boeri Garibaldi 2008, P. Ichino http://www.pietroichino.it/?p=1079

Ognuno per la sua parte: i) la comunità globale degli studiosi, se sarà in grado di produrre, in Europa, come già avvenuto, nel medioevo, un *Juristenrecht* così autorevole da imporsi ai legislatori come base di un nuovo ordine giuridico sovranazionale[477]. ii) Le Corti nazionali ed europee in dialogo tra loro. iii) I partner sociali a livello nazionale, ma anche europeo. iv) I legislatori nazionali, magari coordinati ed indirizzati dalle istituzioni legislative europee.

L'attività di questi attori (i formanti, nella teoria della comparazione) va considerata non solo coordinata, ma anche reciprocamente interferente.

4. Employment contract o personal work contract? Le soluzioni in campo.

C'è un'altra dimensione del contratto di lavoro che sino a qualche decennio fa era considerata "altra" e "esterna" rispetto alla riflessione "interna" sul contratto di lavoro subordinato: vale dire quello del contratto di lavoro autonomo. È questo, in tutti i sistemi europei, lo storico dirimpettaio del contratto di lavoro subordinato, se non proprio il suo antagonista.

Ovunque, in ragione dei cambiamenti indotti dal post fordismo, la nettezza sociale della distinzione tra questi due contratti, ma anche delle rispettive aree sociali di riferimento, si è oscurata: i confini tra lavoro subordinato e lavoro autonomo sono presidiati da una area grigia che va sempre più estendendosi; dentro ci sono figure professionali e tipologie di lavori più disparati, a stento riconducibili a tipologie unitarie e aggregabili.

Sono i prodotti di risulta dei fenomeni ampiamente studiati dalle scienze economiche e sociali, oltre che dai giuristi, della disintegrazione verticale con l'esternalizzazione della produzione, ma anche dell'organizzazione, fuori dai confini dell'impresa[478]; dell'economia dei servizi, dell'impresa flessibile.

Per il diritto del lavoro le conseguenze sono evidenti: la riflessione sui nuovi lavoratori semi autonomi o, secondo la terminologia diffusa in Italia, parasubordinati, non è oggetto più di una bipartizione netta rispetto al lavoro subordinato, ma diventa un segmento di un *continuum* unitario del discorso giuridico sul contratto di lavoro e sulle tutele da esso apprestate.

Tale presa d'atto del nuovo *background* su cui innestare la riflessione "allargata" sul contratto di lavoro induce a focalizzare alcune astratte macro alternative teoriche, per così dire, meta regolative:

a) Prendere atto che la disintegrazione della produzione e l'economia dei servizi producono la disintegrazione del contratto di lavoro subordinato, non solo al suo interno (la de-standardizzazione) ma anche al suo esterno. Ciò in ragione della proliferazione, nel mercato del lavoro balcanizzato, di modalità contrattuali di utilizzo del lavoro regolate direttamente dai contraenti: modelli contrattuali che si affermano nella prassi e che solo successivamente vengono giuridicamente tipizzati dalla giurisprudenza teorica e dalla giurisprudenza pratica; si tratterebbe, in questo caso, del trionfo della *lex mercatoria* non solo nei rapporti di scambio commerciali, ma anche nei rapporti di lavoro. Un tale esito, tuttavia, non è immaginabile in sistemi come quello italiano, ove, anche a norma del codice civile, e in ragione dei principi costituzionali, all'autonomia privata

[477] P. Grossi 2006.

[478] Collins 1990.

non è lasciata la libertà di creare modelli contrattuali con riguardo all'utilizzazione del lavoro altrui, ma solo di scegliere tra i vari modelli regolati dalla legge.

b) All'opposto: confermare la prevalenza del contratto di lavoro subordinato sugli altri modelli contrattuali di utilizzo del lavoro altrui, postulando, sul piano degli effetti, una estensione della tutela del contratto di lavoro fortemente etero integrato oltre i confini della figura tradizionale di riferimento: il lavoratore subordinato. Si tratterebbe di una riproposizione - probabilmente fuori tempo massimo - della funzione "colonizzatrice" del diritto del lavoro[479], il cui rischio evidente è quello dell'ineffettività[480] (la fuga dal diritto del lavoro).

c) Prendere, invece, atto della disintegrazione del lavoro nell'impresa e fuori dall'impresa; considerare tale realtà un dato economico e sociale irreversibile e non più riunificabile dal diritto; utilizzare, di conseguenza, le risorse della razionalità giuridica per controllare, governare la differenziazione sociale e tipologica; questo con l'obiettivo di correggere gli esiti più vistosamente in contrasto con i principi comuni di giustizia sociale (la proliferazione di contratti non standard privi di ogni tutela) attraverso la ri-regolazione giuridica (non mirata soltanto alla correzione delle asimmetrie informative)

Sono queste, molto schematicamente, le ipotesi metaregolative che fanno da sfondo ad una serie di proposte di intervento regolativo concreto che si registrano un po' ovunque in Europa. Di tali proposte, di recente, si è avuto un eco anche nel libro verde della Commissione europea e nel dibattito che ne è seguito[481].

Le ipotesi in campo di concreta ri-regolazione del *work contract* sono almeno tre, senza considerare una serie di variabili interne e di sfumature diverse ad ognuna di esse. Alcuni sistemi (Germania, Gran Bretagna, in parte Italia) hanno dato risposte regolative in parte in linea con qualcuna, in parte a cavallo di queste tre ipotesi. Si tratta comunque di soluzioni ancora frammentarie e non sistematiche[482].

a) La prima ipotesi in campo è quella dell'allargamento della nozione di subordinazione sino a comprendervi tutte le ipotesi di dipendenza economica. La qualificazione di dipendenza economica può variare in ragione di indici qualitativi e quantitativi. Ma anche gli esiti regolativi della trasfigurazione della subordinazione in dipendenza economica possono essere diversi. Secondo una versione *pro labour* l'esito dovrebbe essere di mera estensione della tutele tradizionali dei "lavoratori subordinati doc" ai lavoratori economicamente dipendenti; secondo una versione *pro market*, l'esito dovrebbe essere una redistribuzione, con appiattimento verso il basso, delle tutele per tutti, soprattutto in materia di licenziamento. È inutile nascondere che la difficoltà di questa ipotesi sta proprio nel trovare una definizione adeguatamente selettiva e discreta di dipendenza

---

[479] Simitis 1986; 1990.

[480] Teubner 1986.

[481] Commissione europea, Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006, Massimiani C. (a cura di) Dossier *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sJide del XXI secolo*(<http://www.lex.unict.it/eurolaborlenlresearch/dossier.htm>)).

[482] Perulli 2002.

economica. Va considerato, all'interno di questa ipotesi, che la diluizione della nozione di subordinazione - e del relativo contratto - in una nozione più lata (il *personal work contract*), appare in linea con le tendenze del diritto e con gli orientamenti della Corte di giustizia dell'UE; ciò in ragione della funzione accentuatamente teleologica e funzionalista della nozione di lavoratore e contratto di lavoro nell'ordinamento dell'Ue[483]. Va, pure, considerato che, secondo alcune proposte, circolanti per esempio in Italia, il tentativo di sostituire alla tradizionale nozione di subordinazione fondata sul potere di controllo, direttivo e disciplinare del lavoratore (una nozione tecnico funzionale), con una nozione socio economica più comprensiva come quella di dipendenza economica, è fortemente contrastato, in nome della riconsiderazione neo-marxiana del concetto di subordinazione: secondo questa ipotesi, il lavoratore o la lavoratrice subordinata è colui che, a prescindere dalla modalità di esercizio del potere datoriale, si trova in situazione di doppia alienazione: dall'organizzazione del lavoro (i mezzi) e del risultato della prestazione stessa[484].

b) La seconda ipotesi di concreta regolazione parte dalla proposta della creazione di un *tertium genus* a metà strada tra il contratto di lavoro autonomo e il contratto di lavoro subordinato: il lavoro parasubordinato e semindipendente, di natura coordinata e continuativa. Rispetto alla prima ipotesi sono addirittura aggravati i problemi di qualificazione giuridica. Diventa ancor più arduo, rispetto alla nozione dipendenza economica, individuare criteri adeguatamente selettivi del lavoratore semi indipendente e del relativo contratto di lavoro parasubordinato: la personalità dell'opera, la mancanza di contatto diretto con il mercato, l'esclusività del rapporto con il mercato, l'integrazione funzionale nel ciclo dell'impresa, l'intensità del potere di coordinamento, la durata del rapporto ecc. Al contempo resta altrettanto irrisolto, come nell'ipotesi precedente, il problema di quale tutele (minime? massime?) estendere dal lavoro subordinato a un simile *tertium genus*.

c) La terza ipotesi è quella che trova maggiori consensi tra gli studiosi e che ha trovato applicazione in Gran Bretagna, nella legislazione a cavallo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di questo[485]. La proposta è *non* di regolare le diverse fattispecie di contratto, ma partire dal presupposto che tutti i contratti di lavoro, in cui è implicata la persona, richiedono protezioni adeguate al diverso *status* lavorativo. In ragione di ciò, modulare e graduare le tutele secondo uno schema a cerchi concentrici. La proposta più indicativa di questo orientamento è quella formulata nel famoso rapporto Supiot.

Non è chiaro quale potrà essere l'esito di queste diverse strategie di concreta regolazione nei diversi stati nazionali e in Europa. Appare, tuttavia, evidente che l'intensificazione della mobilità transfrontaliera tra i diversi stati europei, con riferimento soprattutto ai paesi *newcomers*, suggerisce una soluzione tendenzialmente convergente delle strategie di regolazione del contratto di lavoro.

Ciò non soltanto per garantire il principio di libera circolazione dei lavoratori, ma in funzione di una rinnovata esigenza di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini lavoratori europei nella di-

---

[483] Giubboni 2009.

[484] Roccella 2008.

[485] Davidov 2005.

mensione europea dopo che l'Europa di è dotata, con l'inserimento della Carta di Nizza, nel Trattato di Lisbona, di una piattaforma *hard* e non solo *soft* di diritti fondamentali, ove quelli sociali sono posti sullo stesso livello di importanza di quelli civili e politici.

5. Costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti in Europa hanno a che vedere qualcosa con il contratto di lavoro?

Quanto sopra mi consente di porre l'ultima questione a cui non posso dedicare, in questo *paper*, lo spazio che sarebbe dovuto: costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti in Europa hanno a che vedere qualcosa con il contratto di lavoro?

Questa prospettiva, come la *matrioska* russa, ne contiene molte altre: per esempio, si discute in Italia, forse in modo eccessivamente astratto, se i giuslavoristi dovrebbero coinvolgersi di più nella costruzione di un codice civile europeo ispirato ai principi di giustizia sociale, incastonati nelle tradizioni costituzionali comuni[486]; ciò sarebbe indispensabile non solo per evitare la "civilizzazione del contratto del lavoro", ma soprattutto per consentire la ulteriore penetrazione dei principi del contratto di lavoro subordinato in tutti i contratti in cui si confrontano parti economicamente forti e soggetti economicamente e informativamente deboli (i consumatori) [487]. C'è chi sostiene, al contrario, che, per questo scopo, non è necessario che i giuslavoristi partecipino alla costruzione del codice civile europeo, la cui elaborazione è per altro affidata a gruppi di esperti che hanno sicuramente più a cuore l'efficienza delle transazioni economiche, piuttosto che i principi della giustizia sociale[488]; i principi di giustizia sociale con cui si confronta il diritto del lavoro, nella maggior parte dei sistemi europei, si sarebbero emancipati dalla condizione in qualche modo "minore" di principi contrattuali "speciali", assurgendo essi stessi alla condizione di principi generali conformanti dall'esterno il diritto dei contratti[489] (la tutela del contraente debole, il principio di *favor*, l'integrazione imperativa, l'integrazione giudiziale delle clausole generali attraverso la buona fede orientata dai principi costituzionali ecc.).

Proprio l'*impasse* sulla estensione delle tutele - oltre il contratto di lavoro subordinato - alle tipologie di lavoro in situazioni di dipendenza economica, rende necessario confrontarsi con il tema della costituzionalizzazione del diritto privato, che è un tema che va ben oltre il tema della codificazione europea dei principi di diritto civile.

Soprattutto se si considera che, per questo obiettivo, gli spazi di intervento dell'Unione europea sono limitati, rallentati e scarsamente efficaci, come la vicenda della direttiva europea sul lavoro tramite agenzia, e l'*impasse* delle proposte conseguente al libro verde sulla riforma dei sistemi di diritto del lavoro, dimostrano.

Porrei la prospettiva di analisi in questo modo:

La costituzionalizzazione del diritto privato, sia nella soluzione tedesca della applicazione diretta

---

[486] Study Group on Social Justice in European Private 2004.

[487] Nogler 2008.

[488] Lo Faro 2008.

[489] Vettori 2008; Castronovo 2006; Mengoni 1990.

dei diritti fondamentali ai rapporti contrattuali privati, intesa come prevalenza gerarchica e verticale della sfera del diritto pubblico sulla sfera del diritto privato; sia nella versione, metodologicamente più sofisticata, di integrazione e ibridazione tra le due sfere, dell'*inter-textuality* o dell'*interlegality*[490], assume nuove prospettive e valenza ulteriore, con l'efficacia giuridica della Carta di Nizza richiamata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona.

I diritti fondamentali ivi riconosciuti hanno efficacia orizzontale diretta: in quanto disposizioni del diritto primario europeo non vincolano soltanto gli stati nell'applicazione del diritto dell'Unione, ma si applicano direttamente nei rapporti interprivati in ragione dell'effetto indirettamente estensivo, anche al di là delle delimitazioni formali delle competenze, che tutte le disposizioni universali sui diritti fondamentali finiscono per produrre[491]. Lo stesso vale anche per i diritti umani della CEDU in virtù dell'atto di adesione della UE alla Convenzione a norma dell'art. 6 comma 2.

Al di là del gioco delle competenze formali, si apre un capitolo a mio avviso nuovo, per la dimensione che l'efficacia giuridica della Carta di Nizza assume con riferimento alla valorizzazione della prospettiva della costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti[492].

Una prospettiva che può avere una ricaduta sia, *medio tempore*, in chiave di indirizzo della regolazione europea e nazionale sui *personal work contracts*; sia, nell'immediato, di valorizzazione dell'attivismo giudiziale, a livello europeo ma anche nazionale, per operazioni di interpretazione equitativa, mirate alla estensione, selettiva e adattiva, di tutele tipiche del lavoro subordinato ai lavoratori economicamente dipendenti.

Penso, per esempio, alla valorizzazione del principio della giusta causa di recesso e all'obbligo di motivazione che deriva dall'art. 30 della Carta di Nizza, da considerare come termine implicito ai contratti aventi ad oggetto l' utilizzazione della prestazione altrui; a quei contratti non discreti e occasionali, ma di durata, e quindi relazionali [493]; ma anche per operazioni mirate a garantire standard di remunerazione equi in applicazione dell'art. 31 della Carta (condizioni di lavoro giuste ed eque)[494].

Come è stato scritto la costituzionalizzazione del diritto dei contratti "*from the viewpoint of legal practice (…) provides the judiciary with a powerful tool to adapt traditional contract law instruments to contemporary democratic and social values. In other words, horizontal effect is an important vehicle for social justice policies*"[495].

Bibliografia.

Boeri T. - Garibaldi P. (2008), *Un nuovo contratto per tutti,* Chiarelettere.

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

---

490 Collins 2007b.

491 Pernice 2009; Caruso, in corso di pubblicazione.

492 Cherednychenko 2004; Kumm 2006; Colombi Ciacchi 2006: Ferrajoli 2004.

493 Cohen 2009; Perulli 2007.

494 Perulli 2003.

495 Colombi Ciacchi 2006, p. 180.

Caruso B. in corso di pubblicazione, *Fundamental Social Rights after the Treaty of Lisbon (after thunder comes rain)*, in European Journal of Social Law.

Caruso B. (2007), *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global village",* CLLPJ, 28:3, pp. 501-546.

Caruso B. (2006), *Occupabilità, formazione e* «capability» *nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro, DLRI,* 29, p. 1 ss.

Caruso B. (2004), *Flexibility in Labour Law: The Italian Case,* in B. Caruso – M. Fuchs (editors), *Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy* BADEN Nomos, Baden Baden.

Castronovo C. (2006), *Diritto private generale e diritti secondi. La ripresa di un tema,* in EDP, 2, pp. 397-423.

Cherednychenko O. (2006), *Fundamental Rights and Contract Law,* in ERCL,4, pp. 489-504.

Cherednychenko O. (2004), *The Constitutionalization of Contract Law: Something New underthe Sun*?, in Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.1 (March 2004), http://www.ejcl.org/

Cohen T. (2009), *Implying Fairness into the Employment Contract,* in ILJ, oct., pp.2271-2295.

Collins H. (2007a), *European Social Policy and Contract law*, in ERCL,1, pp. 79-87

Collins H. (2007b), *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization,* in LSE Legal Studies Working Paper No. 6.

Collins (1990), *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disìntegratìon to Employment Protection Laws*, in OJLS, v. 10, pp. 353-380

Colombi Ciacchi A. (2006), *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, in ERCL, 2, pp. 167-180.

Crouch C. (2005), *Capitalist diversity and change*, in OUP

D'Antona M. (1995, oggi 2000), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro,* in *Opere,* v. I, edited by B. Caruso & S. Sciarra. Giuffré, Milano.

Davidov G. (2005) *Who is a Worker?,* in ILJ, 34:1, pp. 57-61.

Deakin S. (2009), Capacitas: *Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market,* in Deakin S.- Supiot A. (a cura di) Capacitas, Hart, Oxford.

Ferrajoli L. (2004), *Per un costituzionalismo di diritto private,* in RCDP, 22:1, pp. 11-24

Freedland M. (2010), *Burying Caesar: what was the standard employment contract?* Relazione al workshop internazionale "Employment Regulation After the Standard Contract of Employment: Innovations in Regulatory Design", Bellagio 20-24 Settembre 2010.

Freedland M. - Kountouris N. (2008), *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe,* in ILJ, 37:1, pp. 49-74.

Giubboni S. (2009), *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato,* in Sciarra S. – Caruso B. (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Il lavoro subordinato,* Giappichelli editore, Torino.

Grossi P. (2006), *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari.

Hauser S. (2009), *Revisiter la notion Juridique de capacitè?,* in Deakin S.- Supiot A. (a cura di) Capacitas, Hart, Oxford.

Ichino P. (2008) a cura di, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana,* Giuffrè, Milano.

Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato,* Mondadori, Milano.

Kumm M. (2006), *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private* Law, in German Law Journal, 7:4, p. 341ff

Lo Faro A. (2008), *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale euroepo? Cinque risposte a Luca Nogler,* in DLRI, 118:2, pp. 225-236.

Mengoni L. (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile,* in DLRI, 45:1, pp. 5-23.

Nogler L. (2008), *Why Do Labour Lawyers Ignore the Question of Social Justice in European Contract Law*?, in ELJ, 14:4, pp 483-499

Pernice I. (2009), *The Treaty of Lisbon: Multilevel Costitutionalism in action,* in CJEL, 15:3, pp. 349-208.

Perulli A. (2007), *Diritto del lavoro e diritto dei contratti,* in RIDL, I, pp. 427-452.

Perulli A. (2003), *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi,* in RGL, I, p. 221-270.

Perulli A. (2002), *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, Report for the European Commission.

Roccella M. (2008), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi,* in Quad. soc., pp. 71-112.

Salais R. & Villeneuve R. (2004) (edited by), *Europe and the Politics of Capabilities,* Cambridge, CUP.

Sen A. (2009). *The Idea of Justice,* Cambridge, Harvard University Press.

Simitis S. (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo,* in DLRI, v. 12, p. 87 ss.

Simitis S. (1986), *La giuridificazione dei rapporti di lavoro,* in *DLRI, v.* 8, p. 215 ss.

Study Group on Social Justice in European Private (2004), *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto,* in ELJ, 10:6, pp. 653-674

Supiot A. (2009), *En guise de conclusion: la capacitè, une notion à haut potential,* in Capacitas, edited By S. Deakin & A. Supiot, Hart, Oxford.

Supiot A. (2005), *Homo Juridicus,* Editions du Seuil, Paris.

Teubner G. (2002), *Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economie and Lega1 Institutions in the Varieties of Capitalism,* in *Proceedings of the British Academy,* 112, pp 161-181, The British Academy.

Teubner G. (1998), *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, MLR, 61:1, p. 11 ss.

Teubner G. (1986*), After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, in Teubner G.(a cura di) *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Berlin: de Gruyter.

Treu T. (2010), *Uno statuto per un lavoro autonomo,* in DRI, 3/XX, p. 602 ss.

van Gerven W. (2001), *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley 435 (David O'Keefe ed.).

Vettori G. (2008), *Diritto contrattuale europeo, rimedi di «terza generazinoe» e diritto del lavoro,* in DLRI, 118:2, pp. 207-223.

Veneziani B. (2009), *The Employment Relationship,* in Hepple B.- Veneziani B. (a cura di) *The Transformation of Labour Law in Europe,* Hart, Oxford.

Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma*

Valerio Talamo

1. Premessa. 164

2. La contrattazione di secondo livello nel lavoro pubblico. Il quadro economico-finanziario. 165

2.1. Altri fattori: la crisi dell'Accordo di luglio. 169

3. Le riduzioni di risorse disponibili per la contrattazione integrativa: dall'art. 67 del decreto legge 112 del 2009 ai decreti per il recupero dei "tagli". 170

3.1. I meccanismi di recupero delle risorse per la contrattazione integrativa. 171

3.2. Quantificazione dei fondi di amministrazione. 173

4. Oggetto e limiti della contrattazione integrativa. 174

4.1. Finalizzazione della contrattazione integrativa a risultati ed obiettivi. 175

4.2 Criteri di finanziamento meritocratico. 177

5. Poteri unilaterali delle amministrazioni pubbliche. 179

6. Oneri di pubblicazione. 181

7. Controlli sulla contrattazione integrativa ed oneri di comunicazione. 182

8. Ingresso modulare del nuovo complesso normativo. 185

8.1. L'estinzione legale dei contratti integrativi vigenti e l'operatività delle disposizioni in materia di partecipazione sindacale ed attributive di poteri unilaterali nella contrattazione integrativa. 185

8.2. Immediata applicabilità ed applicabilità (parzialmente) differita alla compiuta attuazione dei nuovi sistemi di valutazione. 189

8.3. Applicabilità differita a seguito della sottoscrizione dei nuovi CCNL. 191

9. Conclusioni: l'art. 9 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con la legge n. 122 del 30 luglio 2010. 191

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 110/2010

1. Premessa.

La contrattazione integrativa, collocata nel contesto della riforma del lavoro pubblico degli anni 1997-1998, fra le proprie principali finalità recava il decisivo ruolo di incentivazione della produttività attraverso l'erogazione selettiva e meritocratica di quote di salario accessorio, nell'ambito di una figurazione flessibile e modulare e solo in minima parte legificata. Da tale versante, anzi, risaltava l'ampio mandato alla contrattazione collettiva nazionale per la definizione delle regole concrete e degli stessi margini di finanziamento, sia pure nell'ambito di un complessivo ed insuperabile vincolo di bilancio.

Le principali evidenze empiriche mostrano, tuttavia, come quest'obiettivo sia almeno parzialmente fallito sotto i due principali versanti in cui si proponeva di agire.

Si sono verificati notevoli effetti di slittamento retributivo, caratterizzati da incrementi rilevanti della retribuzione di fatto percepita dai dipendenti pubblici ([496]), ma senza che allo stesso sia corrisposto un reale guadagno di efficienza nei servizi pubblici erogati. Per di più, le risorse disponibili sono state distribuite in modo prevalentemente indifferenziato o non selettivo, "mancando" l'obiettivo dell'incentivazione.

Anche per tali motivi la contrattazione integrativa non poteva non essere coinvolta nella complessiva riforma del lavoro pubblico contenuta nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150. Anzi, ancor prima dell'emanazione del decreto delegato, la contrattazione di secondo livello è stata interessata in modo considerevole anche dalla legislazione, parallela ed "anticipatrice", contenuta nel decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e nella legge 22 dicembre 2008, n. 203, legge finanziaria per l'anno 2009, e non è rimasta esclusa neanche dall'attività concertativa del Governo confluita nei protocolli ed intese con le parti sociali del 30 ottobre 2008, 22 gennaio e 30 aprile 2009.

Tale complesso normativo, per *parte qua,* manifesta apertamente la preoccupazione del legislatore che la contrattazione integrativa possa essere utilizzata in modo distorto rispetto alle finalità cui è preordinata ovvero in modo contrario al ricorrente e complessivo obiettivo del contenimento della spesa pubblica ([497]).

Per tali fini la legge opera sotto cinque distinti versanti. In primo luogo, interviene sul *quantum* della contrattazione integrativa, riducendo le risorse disponibili (anche se, in seguito, sono stati previsti – a seguito dei citati accordi con le parti sociali – strumenti normativi per neutralizzare i "tagli" ed assicurare, almeno parzialmente, il reintegro delle risorse disponibili). In secondo luogo,

---

[496] Lo "*slittamento*" retributivo misura il divario sussistente fra retribuzioni contrattuali e retribuzioni "di fatto" (complessivamente) percepite. Mentre le retribuzioni "*contrattuali*" comprendono per definizione solo le competenze determinate dai contratti nazionali di lavoro, in quelle "*di fatto*" confluisce ogni voce retributiva corrisposta a diverso titolo (accessoria od occasionale, in denaro o natura, inclusi gli arretrati) come produttività o progressioni economiche, quale effetto della contrattazione integrativa. In modo volutamente semplificato, quindi, le retribuzioni di fatto derivano dal rapporto fra spesa per retribuzioni della pubblica amministrazione ed unità di personale.

[497] Occorre peraltro considerare che la contrattazione integrativa ha costituito "fin da subito" oggetto "asistematico" dei periodici ma ripetuti interventi delle leggi e manovre finanziarie, a partire dall'anno 2000, tutti tesi ad imporre controlli, vincoli e limiti, ma esclusivamente nell'ottica del contenimento della spesa pubblica. Per tale vicenda (ed in generale per un approfondimento delle tematiche affrontate nella prima parte di questo scritto) mi sia consentito il rinvio a TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione nazionale ed integrativa,* in *LPA*, 3-4, soprattutto, 535 e ss.

interviene anche sul *quomodo* della contrattazione integrativa. In tale prospettiva, sono stati introdotti più cogenti limiti normativi attraverso clausole finalistiche fino alla predeterminazione legale dell'oggetto della contrattazione, nell'ottica del perseguimento di finalità autenticamente produttivistiche ([498]). Più precisamente, le nuove disposizioni finalizzano teleologicamente l'erogazione delle risorse dei fondi di amministrazione ad efficienza organizzativa, premialità e merito individuale e collettivo. In relazione alle finalità per ultimo enunciate, parallelamente alla ristrutturazione del sistema di valutazione (titoli II e III del d.lgs. n.150 del 2009), vengono potenziati i poteri dirigenziali nella materia della gestione delle risorse umane, dell'organizzazione del lavoro e delle relazioni sindacali (terzo versante). Una volta verificata la persistente debolezza datoriale, prevalentemente dovuta all'esistenza di una sorta di "asimmetria inversa" del sistema pubblico rispetto al gemello sistema privatistico, tale intervento è apparso per certi versi ineludibile. Solo nel settore pubblico il dirigente pare stretto, in modo inesorabile, fra politica e sindacato, senza riuscire ad esercitare appieno le proprie competenze gestionali ed è peraltro oberato da vincolanti limiti normativi della cui violazione risponde. In quarto luogo, nuove disposizioni impongono trasparenza ed oneri di comunicazione in tema di contrattazione integrativa per l'innanzi assenti, preposte a far risaltare, attraverso un procedimento di riscontro che sembra "risalire dal basso", l'interesse specifico del cittadino all'efficienza del servizio pubblico di cui è utente e finanziatore. Infine, viene riordinato ed ampliato il regime dei controlli, anche esterni, con il connesso regime sanzionatorio.

Solo le norme che hanno inciso sul sistema di finanziamento dei fondi per la contrattazione integrativa non sono state riassorbite nell'ambito del d.lgs. n. 165 del 2001 (come novellato dal d.lgs. n. 150 del 2009), in cui trovano invece ricomposizione e sistematizzazione organica le altre disposizioni sparse nei diversi provvedimenti che hanno anticipato la legge delega ed il successivo decreto delegato. Per cui, nella prima parte del presente scritto, dopo aver esaminato i principali effetti di carattere retributivo determinati dalla pregressa contrattazione integrativa - da cui si evincono le persistenti asimmetrie sussistenti con il settore privato che costituiscono, in un certo senso, la giustificazione macroeconomica della riforma - si analizzeranno le disposizioni che in modo apparentemente contraddittorio hanno disposto prima la riduzione e poi la reintegrazione dei fondi di amministrazione. Di seguito, si descriveranno gli altri capitoli della riforma per lo specifico tema in esame, ricondotti a regime nel corpo del d.lgs. n. 165 del 2001, su cui si sofferma anche la circolare del Ministro per la funzione pubblica n. 7 del 13 maggio 2010 ([499]). Infine, nella parte conclusiva, si valuterà l'impatto sulla riforma della manovra finanziaria contenuta nel decreto-legge n. 78 del 2010 ([500]), avvertendo, tuttavia, del carattere ancora provvisorio dell'interpretazione di tali disposizioni, che attendono l'opportuno chiarimento da parte dei competenti dicasteri.

2. La contrattazione di secondo livello nel lavoro pubblico. Il quadro economico-finanziario.

Una delle più ricorrenti accuse formulate nei confronti della contrattazione integrativa nel lavoro pubblico è quella di aver smarrito le finalità declinate dalla legge istitutiva della privatizzazione e,

---

[498] FERRARO, *Prove generali di riforma*, in *DLRI*, 2009, 243, ss.

[499] Pubblicata sulla G.U., s.g., n. 163 del 15 luglio 2010 e recante: "*Contrattazione integrativa. Indirizzi applicativi del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*".

[500] Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e recante: "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*".

contestualmente, di aver mancato gli obiettivi stessi dell'Accordo sulla politica dei redditi del 23 luglio del 1993.

La legge n.421 del 1992 perseguiva obiettivi di pareggiamento normativo pubblico-privato, con estensione delle flessibilità civilistiche ad un pubblico impiego ancora pienamente collocato nel suo "secolo breve" ([501]), retaggio di un ordinamento separato e della supremazia speciale di diritto pubblico, che radicava a sua volta discrezionalità amministrativa e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nel "contenitore" della privatizzazione si celava, peraltro, un obiettivo macroeconomico di moderazione salariale, lo stesso che aveva co-ispirato il Governo nelle vesti di "concertatore" nell'ambito dell'Accordo del 23 luglio 1993.

Tali finalità ed obiettivi sono tuttora rintracciabili dalla lettura del comma iniziale dell'art. 1 del d.lgs. 165 del 2001. In esso si ribadiscono i principali obiettivi della riforma, preposta all' "*accrescimento dell'efficienza dei servizi pubblici*", alla "*razionalizzazione del costo del lavoro pubblico*" (anche contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica); alla realizzazione della "*migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*". Tali obiettivi richiedevano ovviamente una sinergia di strumenti regolativi fra i quali, comunque, la contrattazione integrativa doveva giocare un ruolo decisivo, collegando in modo flessibile, sul luogo di ambientazione della prestazione lavorativa, erogazioni retributive a produttività nell'interesse del servizio pubblico finale. In ogni caso, le finalità della "privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico erano perseguite in un contesto normativo in cui la contrattazione doveva costituire manifestazione di quella stessa autonomia privata collettiva preposta a *defunzionalizzare* il contratto collettivo ([502]).

A sua volta, l'Accordo del 23 luglio 1993 costituiva la contrattazione integrativo/aziendale quale livello specializzato e finalizzato, anche se non normativamente predeterminato.

Mentre il contratto nazionale veniva sostanzialmente indirizzato alla salvaguardia del potere di acquisito dei salari e, in definitiva, a garantire trattamenti normo-retribuitivi uniformi sul territorio nazionale, la contrattazione di secondo livello veniva orientata alla redistribuzione di risorse derivanti dalla produttività misurata a livello aziendale. Essa, quindi, era tenuta ad impiegare risorse che si sarebbero dovute formare localmente. Si trattava di un'alleanza virtuosa, neutra agli effetti inflattivi ma incentivante i livelli di redditività, fra imprese e lavoratori. Questi accettavano che una quota del salario fosse regolata localmente sulla base dei risultati aziendali, finendo in una certa maniera con il condividere l'interesse gestorio titolato in capo all'imprenditore e la stessa responsabilità di impresa. Conseguentemente, eventuali incrementi retributivi, ulteriori rispetto a quanto già concesso dal CCNL ed ancorato ai livelli programmati di inflazione, sarebbero potuti essere riconosciuti solo sulla parte variabile o accessoria della retribuzione, ma solo in quanto si fosse verificato un effettivo incremento nella produttività del lavoro.

---

[501] Secondo l'immagine evocata da D'ANTONA, in *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *LPA*, 1998, 35.

[502] Nel senso che il contratto collettivo del lavoro pubblico doveva divenire "*espressione di facoltà e poteri niente affatto vincolati al perseguimento di determinate finalità*" (Tar Lazio, sez. III, ord. 5 giugno 1996, n. 1171). Si veda, tuttavia, RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in AIDLASS, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico*, 69-90 (anche in *DLRI* 1996, 245): per questa importante opinione, la contrattazione collettiva nel lavoro pubblico è in ogni caso tenuta a farsi carico di obiettivi e finalità "ontologicamente" diverse da quelli delle parti contrapposte, che sono estranee all'autonomia collettiva del settore privato.

Si tratta(*va*) di un modello evidentemente inapplicabile al lavoro pubblico. Innanzitutto perché nel settore pubblico le risorse non sono reperite sul livello locale, ma sono per lo più trasferite dal "centro" attraverso i contratti nazionali, sulla base delle prescrizioni dettate dalle leggi finanziarie. La contrattazione integrativa attinge, quindi, a risorse reperite attraverso procedimenti decisionali politici in senso lato, in quanto non dispone, tranne residuali e quantitativamente poco rilevanti eccezioni, di entrate comparabili a quelle derivanti dalla produzione e vendita di beni sul mercato. Per di più queste risorse sono spesso integrate - oltre quanto previsto a livello centrale - con oneri a carico dei rispettivi bilanci, sulla base di disposizioni dei CCNL, soprattutto per venire incontro alle diffuse istanze al reinquadramento, *sub specie* di progressione professionale dei dipendenti pubblici. L'assenza di un vero mercato del "servizio pubblico", quindi, non agisce solo sul piano del reperimento delle risorse da redistribuire, ma anche sul piano del "controllo" della resa gestionale: è assente cioè anche un mercato quale termine finale e "termometro" del buon andamento dell'amministrazione.

Se la produttività non è "fisiologicamente" misurata dal meccanismo dei prezzi e delle vendite, un controllo dovrebbe essere appositamente costruito.

Un *escamotage* a questo fine dovrebbe essere costituito dal giudizio degli utenti sull'efficacia dei servizi resi, attraverso una rilevazione costante della *customer satisfaction*. I miglioramenti produttivi, cioè, dovrebbero scaturire da un effettivo miglioramento produttivo definito non dalla vendita di beni ma dal giudizio dell'utente finale del servizio ([503]). Inoltre, dovrebbe essere attrezzato un sistema, altrettanto continuo, di misurazione e valutazione di *performances* cui collegare l'erogazione premiale degli incentivi di produttività. In questa prospettiva, la trasparenza di tutti gli atti significativi delle amministrazioni pubbliche dovrebbe essere sia propedeutica ad una forma di controllo "sociale" delle pubbliche attività che sintonica con il rilievo che deve assumere l'attività di valutazione cui è connessa l'attribuzione di specifiche risorse pubbliche.

Fino ad oggi, tuttavia, un tale controllo "sociale" non è stato previsto, mentre il sistema di controlli interni e gestionali (ipotizzati dalle norme e dai sistemi organizzativi delle singole amministrazioni) è rimasto quiescente o ha assunto caratteristiche meramente formali, essenzialmente per la mancanza di metodologie condivise ed obiettive per valutare i recuperi di efficienza. Le risorse rese disponibili per la contrattazione integrativa, per tale congenito ritardo nella gestione degli istituti della produttività nel lavoro pubblico, vengono quindi distribuite in modo spesso indifferenziato. Nemmeno sufficiente, inoltre, pare la trasparenza delle prassi negoziali. Ne discende che, come periodicamente ricorda la Corte dei conti ([504]), è praticamente impossibile ricostruire le logiche che presiedono all'erogazione delle risorse decentrate con riferimento specifico alla selettività delle corresponsioni retributive e finanche la consistenza e l'evoluzione dei fondi di amministrazione.

Riassuntivamente, mentre nel settore privato e dei servizi le risorse per la contrattazione aziendale devono essere oggettivamente riscontrate all'esito di una produttività da verificarsi caso per

---

[503] Cfr. per queste considerazioni anche TRONTI, *Risultati economici dell'azione pubblica e contrattazione collettiva. Un nesso necessario e possibile*, in Adapt, *Working paper, n. 73/2009*.

504 Per esempio, nella delibera n. 43/CONTR/08, delle Sezioni Riunite in sede di controllo.

caso e derivano da guadagni aggiuntivi per l'impresa, le stesse risorse nel settore pubblico sono effetto di scelte di politica economica e rischiano di essere "spartite" in quanto si risolvono nell'erogazione indifferenziata di una quota fissa ed integrativa del salario mensile che non tiene conto dei contenuti quali-quantitativi della prestazione ([505]).

Ma vi è di più. Nel settore pubblico la contrattazione integrativa risulta pressoché obbligatoria per espressa prescrizione normativa ed ha, di conseguenza, un'applicazione sostanzialmente generalizzata ([506]). Diversamente nel settore privato in cui, per le descritte caratteristiche "genetiche", affinché si abbia contrattazione aziendale occorre comunque riscontrare una produttività da redistribuire. Al riguardo, le condizioni economiche del decennio, caratterizzate prima da stagnazione poi da recessione, hanno avuto come effetto collaterale l'assenza di risorse per il livello locale. Uno degli effetti della recessione è, quindi, per il settore privato anche la cospicua rarefazione della contrattazione aziendale, che appare diretta conseguenza della flessione legata alla caduta della produttività e, contestualmente, dell'incapacità da parte delle imprese di fare fronte a costi aggiuntivi.

Non risulta quindi casuale che, come nuovamente avverte la Corte dei conti, si sia verificato nel lavoro pubblico il notevole slittamento retributivo, per cui le retribuzioni di fatto evidenziano una dinamica non solo superiore all'andamento del settore privato, ma finanche all'inflazione reale registrata a consuntivo ([507]).

Lo slittamento retributivo pare quindi effetto di diverse concause.

Sicuramente ha inciso l'acritica esportazione di regole e sistemi costruiti a misura del settore privato, in cui una produttività è fisiologicamente valutata e misurata. Nel lavoro pubblico, invece, come si è avvertito, la contrattazione di secondo livello attinge a meccanismi di reperimento di risorse essenzialmente politici. La parte pubblica dichiara anticipatamente le risorse che è disposta a mettere sul tavolo: risorse che vengono poi cedute senza sostanziali contropartite. Per cui è prima della contrattazione che viene determinato, preconosciuto e reso disponibile il volume complessivo di risorse che andranno a premiare una produttività ancora da realizzare, dunque in modo contrario a ciò che avviene nel settore privato, in cui le risorse da redistribuire a livello aziendale derivano in modo più o meno diretto dagli andamenti di mercato ([508]). Né, tantomeno, nel settore pubblico hanno funzionato quegli "equivalenti funzionali" di mercato (*customer sati-*

---

505 L'uso non selettivo e a pioggia delle risorse con la connessa "mensilizzazione dell'istituto", quale componente fissa e generalizzata dello stipendio, costituisce constatazione e rilievo pressoché comune a tutti gli Autori ed alle indagini di settore. Per tutti si rinvia a BORDOGNA (a cura di), *Contrattazione integrativa gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni,* Franco Angeli, Milano, 2002, a CARRIERI e RICCIARDI (a cura di), *L'innovazione imperfetta,* Il Mulino, Bologna, 2006, e a BONARETTI e CODARA (a cura di), *Ripensare il lavoro pubblico,* Rubettino, Soveria Mannelli, 2001. Si tratta tuttavia di un rilievo che riecheggia con disarmante periodicità: cfr. già S. CASSESE, *I problemi del personale pubblico posti a raffronto con le soluzioni*, in *CS*, 1991, II, 653.

506 Si stima che la contrattazione aziendale copra non più del 30 per cento dei lavoratori, nelle imprese con più di 30 dipendenti, mentre sia completamente assente in quella con dimensione inferiore, nel pubblico impiego, invece, la contrattazione integrativa interessa circa il 97 % dei dipendenti (cfr. BORDOGNA, *op cit*.).

507 Cfr. CORTE DEI CONTI, *Relazione sul costo del lavoro pubblico*, 2009, 9. Tale divaricazione pubblico-privato è, d'altra parte, dimostrabile anche impiegando il campione ARAN di amministrazioni non statali: nell'ultimo decennio è stato misurato uno scarto delle retribuzioni di fatto di circa 11 punti percentuali (39% delle amministrazioni statali contro il 22% di quelle private). ARAN, *Rapporto semestrale sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti*, Giugno 2010, 7, ss.

508 DELL'ARINGA, *La politica dei "due passi*", in CARRIERI e NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2009, 193.

sfaction, valutazione delle *performances*, trasparenza degli atti relativi), costruiti, anche normativamente, in modo insufficiente.

Ha certamente un rilievo specifico, in questo contesto, anche la ricordata e quasi "istituzionale" debolezza della parte pubblica nelle sue vesti di parte datoriale, titolare delle relazioni sindacali in sede decentrata, che appare non di rado sovrastata per motivi politici ed istituzionali ma anche normativi in senso lato, dalla controparte sindacale. È, infatti, a livello decentrato che il modello tiene meno, con gli effetti di slittamento retributivo, lo sviamento del sistema di partecipazione sindacale, l'eccessivo ed ingiustificato numero di progressioni orizzontali, la contrattazione di ambiti preclusi perché riservati alla sfera datoriale o organizzativa. La dirigenza è stretta come non mai fra gli effetti indotti dalla precarizzazione, che la rendono esposta al potere periodico di conferma o rimozione alla scadenza senza obbligo di motivazione da parte dell'organo politico, e la pressione sindacale, che agisce come elemento integrativo e suppletivo del consenso politico. L'organo politico, a sua volta, ha spesso l'interesse ad accordarsi "ad ogni costo" con il sindacato, in un sistema in cui viene a smarrirsi un genuino conflitto di interessi, senza il quale ogni fenomeno di contrattazione collettiva si risolve, presto o tardi, in una mistificazione a danno dei cittadini-utenti ([509]). La "pressione" politico-sindacale è alla base del modello di consociazione e deresponsabilizzazione di una dirigenza pubblica ancora spogliata di un'effettiva identità, che finisce con il non esercitare i poteri permessi o obbligati dalle norme, anche a costo di incorrere in comportamenti censurati dall'ordinamento e sovente sanzionati da un'importante giurisprudenza evolutiva della Corte dei conti in tema di danno erariale (su cui *infra 4.1., nota 32).*

2.1. Altri fattori: la crisi dell'Accordo di luglio.

Nell'accennato contesto vanno d'altra parte evidenziate le conseguenze connesse alla complessiva crisi dell'Accordo del 23 luglio 1993, dovute alla sua fisiologica obsolescenza, che nel pubblico impiego si sono manifestate in modo più problematico per le accennate ragioni di carattere politico e normativo.

La mancata accettazione da parte sindacale di un referente inflattivo – il tasso di inflazione programmato - determinato unilateralmente dal Governo ed utilizzato perlopiù come "calmiere dei prezzi" (e conseguentemente non ritenuto credibile dalla controparte), ha causato ritardi nei rinnovi contrattuali divenuti ben presto sistematici. Tali ritardi hanno contribuito a "piegare" la contrattazione di secondo livello ad obiettivi di tutela salariale, con una sorta di effetto "sostitutivo" del contratto nazionale ritenuto insufficiente (e tardivo) per tale scopo. Con la conseguenza ultronea che le componenti accessorie della retribuzione, nate variabili, hanno progressivamente subito un processo di "mutazione genetica": sono divenute fisse ed egualitarie e per buona parte trasformate in componenti stipendiali a carattere continuativo.

Ha contribuito allo slittamento retributivo anche il gran numero di progressioni di carriera, orizzontali o verticali, autorizzate dalla contrattazione collettiva, che hanno interessato praticamente tutto il personale dei comparti e con cui si è inteso reagire al pluriennale blocco delle carriere

---

[509] CLEGG, *The Changing System of Industrial Relations in Great Britain*, Oxford, Basil Blackwell, 1980, 165 ss.

determinatosi nei decenni antecedenti la privatizzazione. Ciononostante, gli effetti delle progressioni sono, agli effetti retributivi, stabili e continuative (e quindi scollegate dalla produttività), ed in alcuni comparti hanno raggiunto percentuali abnormi ed ingiustificate ([510]).

Non da ultimo, va valutato il ciclo di crescita delle retribuzioni pubbliche in relazione ai tassi medi annui di variazione dei periodi fino all'anno 2000. L'accelerazione retributiva dei dipendenti pubblici dell'ultimo decennio sembra avere nei fatti compensato un *trend* retributivo di svantaggio, accumulato soprattutto nel quinquennio 1991-1996 (caratterizzato dall'incidenza di una moratoria quadriennale della contrattazione nazionale pubblica nonché dall'abolizione di ogni automatismo retributivo, a partire dal blocco della scala mobile secondo quanto previsto dall'Accordo di luglio, che indicizzava prezzi e salari causando, tuttavia, quasi automatica inflazione). Se si verifica la misura degli effetti cumulati delle dinamiche del periodo 1990-2000 ([511]), si rileva infatti che, nonostante l'accelerazione, il pubblico impiego risulta dal 2000 al 2006 ancora ridimensionato rispetto agli occupati privati per circa un'annualità di retribuzione ([512]).

3. Le riduzioni di risorse disponibili per la contrattazione integrativa: dall'art. 67 del decreto legge 112 del 2009 ai decreti per il recupero dei "tagli".

È in ogni caso palese come ogni forma di "sconnessione" fra erogazioni retributive e produttività, al di là dei fenomeni che l'hanno determinata, sia maggiormente ingiusta in un sistema reddituale interessato da una complessiva crisi (che, peraltro, attualmente ha carattere globale). Ed è, di conseguenza, maggiormente evidente anche la necessità di provocare, proprio con la contrattazione integrativa, quei recuperi di efficienza cui la stessa è elettivamente finalizzata.

Al principio della XVI legislatura, nella prospettiva del contenimento (e della razionalizzazione) della dinamica della spesa per la contrattazione integrativa, è intervenuto il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112. Esso adotta una duplice strategia: la riduzione delle fonti di alimentazione dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa e la fissazione di limiti agli importi complessivi dei medesimi (*quantum)*. Tutto questo nelle *more* di un'effettiva promozione di meccanismi di meritocratici e selettivi nell'erogazione delle medesime risorse (*quomodo*).

Ai predetti fini, l'art. 67, comma 5, del decreto legge n. 112 del 2008, ha, innanzitutto, cristallizzato gli importi destinati al finanziamento della contrattazione integrativa all'ammontare dell'anno 2004, "defalcato" di un *ulteriore* 10 per cento ([513]). Il meccanismo di congelamento dei

---

[510] Per tutti, si veda CORTE DEI CONTI, *Relazione 2010 sul costo del lavoro pubblico*, 107, ss. che evidenzia come "Le selezioni interne sono state improntate al prevalente criterio dell'anzianità di servizio; la formazione finalizzata allo sviluppo professionale si è spesso dimostrata insufficiente; le progressioni sono state decise essenzialmente sulla base delle disponibilità di bilancio e non in funzione delle reali necessità organizzative della pubblica amministrazione e hanno coinvolto praticamente tutto il personale, in contrasto con il criterio generale della selettività delle promozioni".

[511] Vale a dire dei valori cumulati delle retribuzioni lorde annue per unità di lavoro percepite dai dipendenti dei settori pubblico, dell'industria e dei servizi.

[512] GOLINO, MINICUCCI, TRONTI, *Le retribuzioni dei dipendenti pubblici. Tendenze e confronti con il settore privato*, in *EL*, 2, XLIII, 2008, 183.

[513] Infatti, già l'art. 1, comma 189, della legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria 2006), aveva congelato per l'anno 2006 l'ammontare dei "fondi unici" di amministrazione all'ammontare certificato al termine dell'anno 2004. Per cui, dal 2006 in poi, i fondi hanno potuto integrarsi esclusivamente con le risorse fisse previste dai CCNL ovvero con talune voci retributive specificamente ammesse dalla legge

fondi ha carattere lineare e coinvolge le amministrazioni dello Stato, ivi incluse le Agenzie fiscali, gli enti pubblici non economici, inclusi gli enti di ricerca e le università nonché gli enti e le amministrazioni ricomprese nel campo di applicazione dell'articolo 70, comma 4, ma vale come criterio "orientativo" (anche se non vincolante) anche per il settore degli enti locali ([514]).

Un ulteriore meccanismo riduttivo viene imposto dall'art. 67, commi da 2 a 4, che per l'anno 2009 disapplica tutte le disposizioni speciali che prevedono comunque risorse aggiuntive a favore dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa. A tale fine viene effettuata una ricognizione delle "leggi speciali" che a diverso titolo prevedono incentivi a vantaggio del personale, quantificandone il corrispondente gettito (cfr. l'allegato B del decreto legge). Tali risorse sono comunque "restituite" a decorrere dall'anno 2010, salvo un ammontare del 20% che viene introitato definitivamente al bilancio dello Stato ([515]).

3.1. I meccanismi di recupero delle risorse per la contrattazione integrativa.

Successivamente al varo delle descritte misure contenitive in materia di contrattazione integrativa, il 30 ottobre 2008 è stato sottoscritto un protocollo di intesa fra Governo ed Organizzazioni sindacali del pubblico impiego ([516]) che ha, fra l'altro, ipotizzato alcuni meccanismi di recupero delle risorse soggette a riduzione.

Sulla base di tale impegno, la legge finanziaria per l'anno 2009 ([517]), dopo aver ribadito la finalizzazione della contrattazione integrativa a merito e premialità (che costituiscono da ora in poi un oggetto necessario, predeterminato per legge), ha anche costituito una strumentazione normativa per neutralizzare i tagli previsti dal decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112.

In particolare, già una disposizione dello stesso decreto-legge n. 112, l'art. 61, comma 17, aveva ammesso l'integrazione dei fondi da destinare alla contrattazione integrativa con l'utilizzo di una quota-parte dei risparmi di spesa derivanti da una serie di misure a loro volta previste dal decreto-legge (cd. *dividendo dell'efficienza*). A tale scopo veniva appositamente costituito un fondo, prefinanziato per l'ammontare annuo di 200 milioni, destinato altresì alle necessità della tutela della sicurezza e del soccorso pubblico, inclusa l'assunzione di personale in deroga ([518]).

Fermo restando tale canale di finanziamento, la legge finanziaria ha individuato altre due "metodologie" per restituire alla contrattazione integrativa le somme ridotte in attuazione di quanto previsto dal decreto-legge. Si tratta del trasferimento percentuale di risorse derivanti da *processi*

---

o sulla base della legge (*infra* 3.2.). La norma del decreto-legge fa retroagire l'ammontare dei fondi alle quantificazioni certificate dell'anno 2004, fatta salva l'integrazione con le medesime voci fisse.

[514] Cfr., principalmente, l'art. 76, comma 5, del decreto-legge n. 112 del 2008.

[515] La disapplicazione viene giustificata dalla necessità di un generale riordino della materia concernente la disciplina del trattamento economico accessorio, rivolta a definire una più stretta correlazione di tali trattamenti alle maggiori prestazioni lavorative e allo svolgimento di attività di rilevanza istituzionale che richiedono particolare impegno e responsabilità.

[516] Per parte sindacale, da CISL-UIL-CISAL-CONFSAL-UGL ed USAE ma non dalla CGIL.

[517] Cfr. l'art. 2, commi 32-35, della legge 6 agosto 2008, n. 203.

[518] L'alimentazione del fondo, oltre la dotazione iniziale di 200 milioni di euro, doveva derivare dalle riduzioni di spesa imposte dallo stesso art. 61 del d.l. 112 del 2008 alle amministrazioni statali (per minori consulenze esterne, riduzione delle spese di rappresentanza, mostre, *convegni e pubblicità,* riduzione dei compensi ad amministratori di enti e società pubbliche ecc.). La stessa norma ha previsto che al r*iparto delle risorse fra le varie finalità si provvedesse "*con decreto del Ministro per la Pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri dell'interno e dell'economia*".*

di razionalizzazione della spesa del personale, ulteriori rispetto a quanto previsto ai fini dei saldi di finanza pubblica nonché della riassegnazione di una quota dei risparmi "organizzativi", scaturenti da economie connesse ai *costi di funzionamento delle amministrazioni*, anch'essi al netto rispetto a quanto già considerato ai fini della determinazione dei saldi di bilancio relativi all'esercizio.

Anche a causa dell'eccessiva laboriosità delle procedure preposte al recupero delle risorse preordinate al reintegro delle riduzioni dei fondi nonché per la relativa esiguità dei risparmi di spesa destinate ad alimentarle, si è reso necessario uno specifico intervento normativo ([519]).

Come si è appena evidenziato, l'articolo 67, comma 2, del decreto-legge n. 112 del 2008, aveva stabilito la disapplicazione, per l'anno 2009, di tutte le disposizioni speciali che prevedono risorse aggiuntive a favore dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa. Ferma restando la disapplicazione, il comma 15, dell'articolo 7-*ter*, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, ha previsto l'emanazione di un apposito DPCM, preposto ad individuare per l'anno 2009 i criteri, i tempi e le modalità per l'utilizzazione da parte della contrattazione integrativa, in correlazione con l'impegno e le maggiori prestazioni lavorative: (*a*) delle risorse derivanti dal processo attuativo delle leggi elencate nell'allegato B al decreto (disapplicate per l'anno 2009), eccedenti rispetto a quelle finalizzate al miglioramento dei saldi di finanza pubblica; (*b*) le maggiori entrate di ciascuna amministrazione rispetto a quelle del triennio 2005-2007, conseguite per effetto dello svolgimento di attività aggiuntive rispetto a quelle istituzionali; (*c*) le ulteriori risorse disponibili il cui utilizzo si fosse dimostrato neutrale ai fini dei saldi di finanza pubblica.

Il 2 luglio 2009 è stato, quindi, adottato il previsto DPCM, al fine di accertare l'esistenza delle risorse citate ed individuare le modalità di utilizzo delle stesse ([520]).

A seguito della verifica effettuata dalla Ragioneria generale dello Stato dell'effettiva neutralità finanziaria ai fini dei saldi di finanza pubblica delle risorse così individuate, sono stati emanati i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze del 3 settembre 2009 e del 24 dicembre 2009, con cui è stato comunicato a ciascuna amministrazione ed ente interessato l'entità delle risorse attribuibili ai fini dell'utilizzazione per la contrattazione integrativa, in correlazione con l'impegno e con le maggiori prestazioni lavorative ed in ragione dei criteri di valutazione di apporto individuale e collettivo definiti in sede di contrattazione nazionale. Sono stati così riassegnati, con i due decreti citati, rispettivamente gli importi di 247,7 e di 18,5 milioni di euro. Inoltre, con il Decreto

---

[519] Viene, infatti, imposto un complesso processo di accertamento dell'effettiva disponibilità di tali risorse. In particolare, le norme ipotizzano una verifica semestrale dei risparmi aggiuntivi rispetto a quanto già considerato ai fini del miglioramento dei saldi di finanza pubblica e, successivamente, l'emanazione di un decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Con tale decreto interministeriale si definiscono, secondo la legge, percentuali e modalità di destinazione di tali risorse alla contrattazione integrativa.

[520] Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 luglio 2009, adottato sui proposta del Ministro per la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e recante: "*Disposizioni in materia di risorse aggiuntive a favore dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa delle Amministrazioni dello Stato*". In adesione ai criteri di legge, il DPCM ha stabilito che l'accertamento delle risorse eccedenti rispetto a quelle finalizzate al miglioramento dei saldi di finanza pubblica dovesse essere effettuato da ciascuna amministrazione e verificato dalla Ragioneria Generale dello Stato. Attraverso la predisposizione di una relazione tecnica certificata dal collegio sindacale o dall'Ufficio centrale del bilancio, le amministrazioni interessate sono state tenute ad attestare la neutralità finanziaria delle risorse individuate con riferimento: (*1*) alle risultanze finanziarie conseguenti ad una simulazione applicativa delle disposizioni previste nell'allegato B di cui all' art. 67, comma 2, del decreto-legge n. 112 del 2008; (2) alle eventuali maggiori entrate proprie rispetto a quelle verificatesi nel triennio 2005-2007, conseguite a seguito di attività aggiuntive a quelle previste istituzionalmente; (3) alle eventuali altre risorse disponibili il cui utilizzo si fosse dimostrato neutrale ai fini dei saldi di finanza pubblica.

del Ministro per la Pubblica amministrazione e l'innovazione del 23 dicembre 2009 sono state distribuite parte delle risorse del fondo previsto dal comma 17 dell'articolo 61 del decreto-legge 112 del 2008, per un ammontare complessivo di euro 48,9 milioni.

Complessivamente, il recupero delle risorse derivanti dalle leggi speciali, "sterilizzate" ai sensi dell'art. 67, commi 2-4 del d.l. 112, può essere cifrato intorno al 75% del complessivo introito stimato nella relazione tecnica al decreto-legge.

3.2. Quantificazione dei fondi di amministrazione.

Proprio dalle norme commentate traspare la differenza sussistente fra la fase della *quantificazione* dei fondi di amministrazione, che avviene sulla base della legge e dei contratti nazionali ed è oggetto di esclusiva competenza della parte pubblica (non è negoziabile), e quella di *utilizzo* delle stesse risorse. Quest'ultima è "naturalmente" contrattata, ma le norme contenute, prima, nello stesso decreto-legge n. 112 del 2008 e confluite, poi, nel d.lgs. n. 150 del 2009, hanno introdotto nel complesso legale alcune clausole finalistiche che rendono più vincolata anche la fase contrattuale. Le nuove norme individuano un inderogabile sistema meritocratico e premiale, basato su meccanismi di valutazione e misurazione presidiati da un'autorità indipendente esterna ([521]), con un'evidente erosione delle opzioni esperibili dalla contrattazione collettiva sugli istituti tradizionalmente oggetto di negoziazione a questo livello, i quali – come evidenziato - vengono vincolati all'incentivazione della produttività da perseguire secondo precisi strumenti operativi *(infra 4.1.).*

Rimanendo, invece, alla fase della *costituzione* del fondo per i trattamenti accessori, sulla base del combinato disposto delle previsioni di legge vigenti, occorre per l'anno 2010 fare riferimento all'importo dei fondi certificato al 2004, ridotto del 10 per cento. Tale tetto-limite deve essere a sua volta finanziato nei limiti previsti dai CCNL (e delle leggi speciali, il cui gettito dall'anno 2010 rimane congelato all'ammontare dell'80%), che individuano, secondo un dettato cogente, le varie poste in entrata.

Si ribadisce il carattere inderogabile di tali disposizioni. Esclusa la contrattabilità dell'ammontare del fondo, lo stesso è oggetto di contrattazione integrativa soltanto in ordine agli "utilizzi", da definire nell'ambito delle disposizioni contrattuali ed ora anche legali.

Successive circolari del Ministero dell'Economia hanno previsto i residui limiti di integrazione delle risorse del fondo, oltre le percentuali dettate dall'art. 67 del decreto-legge 112 del 2008, stabilendo segnatamente che "l'ammontare del Fondo (...) potrà essere superato esclusivamente dagli importi fissi previsti dai contratti collettivi nazionali che non risultano già confluiti nel Fondo dell'anno 2004, ai sensi dell'art. 1, comma 191 della citata legge n. 266 del 2005, nonché dall'importo della retribuzione individuale di anzianità (RIA) dei cessati. La quantificazione di tali incrementi andrà dimostrata nell'apposita relazione tecnica da sottoporre agli organi di controllo" ([522]). Inoltre il fondo potrà fruire, in via generale, delle somme derivanti dal differenziale tra le posizioni economiche rivestite e il valore iniziale della categoria di coloro che cessano definitivamente dal servizio o nel caso di passaggio di categoria, come previsto dai contratti collettivi nazionali. In tale

---

[521] La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), di cui all'art. 13 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

[522] Circolare del Ministero dell'Economia e delle finanze 14 novembre 2008, n. 31.

ipotesi, d'altra parte, pur potendosi in ipotesi concorrere al legittimo superamento dell'ammontare del fondo negli importi relativi all'anno 2004, ridotti del 10 per cento, si deve concretare una riassegnazione al fondo di risorse che erano precedentemente a carico del medesimo.

Va tuttavia anticipato che, per quanto previsto al comma 2-*bis* dell'art. 9 del decreto-legge n. 78 del 2010 (convertito con la legge n. 122 del 2010), l'ammontare complessivo del fondo per trattamenti accessori, a partire dall'anno 2011 e per i successivi due anni (fino al 31/12/2013), rimane cristallizzato all'ammontare definito nell'anno 2010 e non è integrabile in alcun modo. È, anzi, soggetto a riduzione proporzionale in relazione alle cessazioni di personale in servizio (non compensate da nuove assunzioni) (comma 2-*bis*) ovvero nei comparti che nel biennio contrattuale 2008-09 hanno fruito di incrementi retributivi complessivamente superiori al 3,2%. (comma 4) (*infra 9*).

4. Oggetto e limiti della contrattazione integrativa.

Le altre disposizioni sulla contrattazione integrativa, diverse da quelle concernenti il finanziamento dei fondi di amministrazione - in parte "anticipate" dal decreto-legge n. 112 del 2008 - sono state ricomposte in modo organico dal d.lgs. n. 150 del 2009 nell'ambito del d.lgs. n. 165 del 2001, il cd. "testo unico" del lavoro pubblico. Esse, come avvertito, finalizzano diversamente la contrattazione di secondo livello agli obiettivi stabiliti dalla legge, vincolando indirettamente anche la contrattazione nazionale.

In via generale, la contrattazione collettiva viene radicalmente esclusa dalla sfera organizzativa, cui vengono assimilate le materie afferenti alle prerogative dirigenziali ovvero oggetto di procedure di partecipazione sindacale.

In ogni caso, anche le nuove norme ribadiscono il tradizionale ruolo della contrattazione nazionale di "regia" dell'intero sistema negoziale e, quindi, il vincolo di sudditanza gerarchica della contrattazione integrativa. I contratti di primo livello sono pertanto tenuti ad individuare per quest'ultima limiti, vincoli, materie, soggetti, procedimento e risorse: ciò fermo restando il limite di spesa "relativo", per cui i contratti integrativi devono comunque rispettare i "*vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione*". Ne risulta confermato anche il carattere *derivato*, per competenza e valore, della contrattazione integrativa dal livello nazionale.

Il carattere inderogabile – a pena di nullità – del collegamento fra contratto nazionale ed integrativo è ribadito al comma 3-*quinquies* del "nuovo" art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001 ([523]), che a garanzia dello stesso stabilisce nuove sanzioni. La disposizione in commento conferma il divieto preesistente quando impedisce la sottoscrizione di contratti integrativi contrastanti "*con i vincoli ed i limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali … ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione*", ma aggiunge alle ipotesi *apertis verbis* vietate quella della *disciplina di materie non espressamente delegate a*

[523] Nel testo ricomposto a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009.

tale livello negoziale ([524]).

Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite di diritto ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile (con l'applicazione della clausola indebitamente derogata e la conservazione del contratto in caso di nullità parziale). Il particolare meccanismo di etero-integrazione contrattuale (art. 2, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001) trova quindi applicazione anche nei casi in cui i contratti integrativi deroghino a *disposizioni di legge imperative*, a *disposizioni del d.lgs. n. 165 del 2001* (sempre inderogabili per ammissione di legge: art. 2, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001), *a disposizioni del contratto nazionale* ovvero nei *casi i cui i contratti integrativi disciplinino materie non espressamente devolute a tale livello negoziale*. Nei casi in cui la regolamentazione convenzionale investa un oggetto riservato alla discrezionalità datoriale, peraltro, più che la sostituzione della clausola difforme si verificherà la riespansione dell'originario potere dirigenziale, che potrà essere nuovamente esercitato senza vincoli contrattuali (come potrebbe avvenire nel caso di clausole negoziali che violano il limite della non negoziabilità delle decisioni in materia di organizzazione degli uffici e del lavoro) ([525]).

In caso di superamento dei vincoli finanziari, accertato dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, dal Dipartimento della Funzione pubblica o dal Ministero dell'Economia e delle finanze, è fatto "obbligo di recupero" nella sessione negoziale successiva (con una "sorta" di stasi della successiva contrattazione integrativa, fino a compensazione della maggiore spesa illegittimamente sostenuta) ([526]).

4.1. Finalizzazione della contrattazione integrativa a risultati ed obiettivi.

Confermando il preesistente modello, viene ribadito il carattere di *doverosità* della contrattazione integrativa, ma anche la sua "fisiologica" finalizzazione all'obiettivo del conseguimento di "adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici" (art. 40, comma 3-*bis*).

Si tratta, nondimeno, di un obbligo già ricavabile dalla normativa pregressa ed in primo luogo dallo stesso d.lgs. n. 165 del 2001 che, all'art. 7, comma 5, vieta alle amministrazioni pubbliche di erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese. In seguito, l'art. 67, comma 9, del decreto-legge n. 112 del 2008, aveva indirettamente (attraverso la predisposizione di un apparato di controllo-informazione sulla contrattazione integrativa), affermato la necessità che ogni incremento attribuito attraverso la contrattazione collettiva integrativa assumesse carattere selettivo e meritocratico, secondo un principio di "*premialità,*

---

[524] Si tratta di un indirizzo pacifico anche in giurisprudenza, dove si ribadisce la natura dei contratti integrativi meramente applicativa o integrativa degli accordi nazionali, per cui resta preclusa ogni possibilità di surrettizia innovazione degli accordi stessi, con conseguente nullità assoluta dell'eventuale difforme contrattazione decentrata (cfr. Cons. di Stato, n. 667/1999). Il CCNL costituisce, dunque, fonte di legittimazione e la stessa "*condizione giuridicamente legittimante*" della contrattazione integrativa (Cass, 1009/2007).

[525] Cfr. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 101/2010, 22.

[526] A tali soggetti, legittimati dalla legge per l'accertamento del superamento dei vincoli di bilancio, che determina l'obbligo di recupero nella sessione successiva degli oneri eccedenti, la circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 7/2010, aggiunge anche gli organi di controllo interno, le cui competenze e responsabilità vengono fortemente potenziate dalla nuova legislazione. A tali organi, in prima battuta, è peraltro devoluto il compito di effettuare il controllo di compatibilità economico-finanziaria ma anche di legittimità normativa del contratto integrativo (art. 40-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001).

riconoscimento del merito e valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale" (*infra* 7). Da ultimo, l'art. 2, comma 32, della legge finanziaria per l'anno 2009 (legge n. 203 del 2008), ha espressamente vincolato la corresponsione della retribuzione accessoria "*alla qualità, produttività e capacità innovativa*" della prestazione.

Più in dettaglio, con riferimento alla finalizzazione a risultati ed obiettivi, nonché alla selettività delle erogazioni stabilite in sede di contrattazione integrativa, le nuove norme del d.lgs. n. 150 del 2009, ribadiscono: (*a*) la necessaria effettività del principio di corrispettività, di cui all'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001; (*b*) il compito della contrattazione collettiva integrativa "tenuta ad assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance". Per cui la corresponsione di ogni trattamento economico accessorio dovrà derivare dalla remunerazione della produttività individuale; della produttività collettiva (con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione); ovvero compensare l'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute (cfr. l'art. 45, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001); (*c*) che a tali fini la contrattazione collettiva deve destinare al trattamento economico accessorio collegato alla produttività individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato. Si tratta di altrettanti vincoli insuperabili, a pena di nullità del contratto integrativo, con connessa responsabilità per danno erariale di coloro che li sottoscrivono o li applicano. Al riguardo occorre fortemente richiamare la giurisprudenza evolutiva della Corte dei conti, che da tempo ha tipizzato una figura di illecito amministrativo per il "*danno da contrattazione integrativa*", a carattere plurisoggettivo, che si concreta nei casi di mancata adesione o aperta violazione del contratto integrativo alle regole di rango sovrastante (principalmente del contratto nazionale) ([527]).

---

[527] Esso postula condotte causali attive (chi *stipula* o *applica* il contratto illegittimo) ovvero meramente omissive (chi *controlla*) ed importa una generale scriminante solo nelle ipotesi di dissenso espresso (per chi contratta) ovvero (per chi applica) di legittimo affidamento sulla conformità e legittimità del contratto integrativo, per l' "impercettibile" antigiuridicità dello stesso, ovvero nell'ipotesi in cui sussiste un obbligo di provvedere all'applicazione delle clausole contrattuali in assenza di ogni forma di discrezionalità propria (Avvocatura generale dello Stato, parere 5 febbraio 2003). In dottrina, per tutti, v. VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità diffusa*, in *LPA*, 2007, 87 e SCHÜLMERS, *Un caso emblematico di danno da contrattazione collettiva: la sentenza n. 372/2006 della Sezione Giurisdizionale per la Lombardia*, in www.amcorteconti.it/articoli/schulmers_contrattazione.htm. Per la (ormai cospicua) giurisprudenza della Corte dei conti, senza alcuna pretesa di esaustività si vedano: con *riferimento alle erogazioni a carico del fondo al di fuori delle previsioni del CCNL*, considerato che il fondo è per sua natura a destinazione vincolata, CORTE CONTI, sez. Lombardia, 14 giugno 2006, n. 372 (relativa, in specie, al danno subito da un Comune in seguito alla ingiustificata riduzione dell'orario di lavoro settimanale – da 36 a 35 ore – accordata alla generalità dei propri dipendenti, con contestuale mantenimento del precedente trattamento retributivo, in attuazione di una clausola di un contratto decentrato palesemente nulla per contrarietà con le superiori disposizioni del CCNL che limitavano tale beneficio ad una sola particolare categoria di dipendenti e non alla generalità degli stessi), CORTE CONTI, sez. Liguria, 21 maggio 2007, n. 447 (per avere erogato in sede di contrattazione integrativa una mensilità annua aggiuntiva al Vice Segretario Generale non prevista dal CCNL o leggi) e CORTE CONTI, sez. Campania, 25 gennaio 2001, n. 79 (nella specie era stato concesso un indennizzo per rientro pomeridiano secondo una fattispecie non regolata dal CCNL). Con riferimento ad un'ipotesi di *illegittimo ampliamento del fondo*, le cui poste in entrata sono tassativamente definite dalla legge e dal contratto cfr. CORTE CONTI, sez. Trentino Alto Adige, 12 febbraio 2007, n. 6 (nella specie erano state rideterminate le risorse decentrate con un notevole aumento, calcolando anche le quote dei posti vacanti in organico) o CORTE CONTI, sez. Liguria, 21 febbraio 2007, n. 172 (per aver destinato al fondo dei dirigenti una quota percentuale di risparmi derivanti dalla soppressione di posti in organico). Circa la necessità di *erogare i trattamenti accessori solo all'esito del procedimento di verifica dei risultati, previa definizione di specifici obiettivi programmati*, fra le tante: CORTE CONTI, sez. Lombardia, 4 marzo 2010, n. 287; CORTE CONTI, sez. Abruzzo, 26 aprile 2006, n., 239; CORTE CONTI, sezione centrale, 1° settembre 2004; CORTE CONTI, sez. II centrale, 1 settembre 2004, n. 280; e CORTE CONTI, sez. Sardegna, 14 marzo 2007, n. 274 (quest'ultima sentenza eccepisce l'inesistenza della necessaria programmazione, di piani e progetti quali-quantitativi, in grado di concretare un apprezzabile risultato aggiuntivo rispetto al risultato atteso dalla normale prestazione

L'insieme delle descritte clausole finalistiche, predeterminando legalmente almeno parte dell'oggetto della contrattazione integrativa (trattamenti accessori), finiscono con il vincolarla allo scopo dichiarato di perseguire obiettivi di efficienza del servizio pubblico. Lo stesso titolo III del d.lgs. n. 150 del 2009, che fissa un numero chiuso di strumenti retributivi finalizzati a premiare il merito ed un sistema di distribuzione del personale di ciascuna amministrazione in tre fasce discendenti di merito (art. 19), cui corrisponde l'attribuzione differenziata del trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale ([528]), nonché la definizione unilaterale del sistema di valutazione secondo le regole del titolo II del medesimo decreto, determinano un preciso orientamento delle scelte contrattuali ([529]).

4.2 Criteri di finanziamento meritocratico.

Nell'ottica dell' "ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni", viene inoltre chiarito un delicatissimo ed ulteriore ruolo della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), prevista dall'art. 13 del d.lgs. n. 150 del 2009. La CIVIT dovrà fornire all'ARAN, entro il 31 maggio di ogni anno, una graduatoria di *performances* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali. Queste/i verranno raggruppate/i in tre livelli di merito, ai fini della ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata (art. 40, comma 3-*quater,* del d.lgs. n. 165 del 2001).

A partire dalle prossime tornate contrattuali (sulle quali pesa al momento il "blocco" triennale imposto dal d.l. n. 78 del 2010. *Infra* 9), quindi, le risorse per la contrattazione di secondo livello saranno distribuite in modo diseguale dalla contrattazione collettiva nazionale, in relazione ai risultati di performance ottenuti dalle stesse.

Se questo sistema, ancora sperimentale, avesse applicazione generale ed estesa, si rimuoverebbe una delle condizioni di asimmetria della contrattazione integrativa del lavoro pubblico rispetto al settore privato. Nel sistema pubblico le risorse da attribuire sono preconosciute e derivano da decisioni di governo e prescindono da una produttività che deve essere ancora verificata. Come

---

lavorativa). Sulla base di tali argomentazioni, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 621/2009, ha richiesto la *ripetizione delle somme erogate* "a pioggia", in quanto indebitamente erogate. Per la medesima fattispecie (*illiceità di forme di erogazione "a pioggia*" delle componenti accessorie del salario a carico dei fondi di amministrazione), si vedano ancora CORTE CONTI, sez. Campania, 25 gennaio 2001, n. 79 e CORTE CONTI, sez. Lombardia, 8 luglio 2008, n, 457 (che rileva anche l' "intrinseca essenzialità della individuazione degli obiettivi per i titolari di posizione organizzativa" e la necessità di una valutazione individualizzata e selettiva, sulla base del merito e dell'impegno, per incentivare la produttività e il miglioramento dei servizi, perché "la retribuzione di risultato ha come finalità quella non di dare un generico premio ai dipendenti o una forma atipica di aumento retributivo, ma di compensare il raggiungimento di finalità migliorative nello svolgimento dei compiti"). Sempre illegittimo è, inoltre, il caso di *corresponsione retroattiva di incentivi di produttività*: CORTE DEI CONTI, sez. centrale, 12 febbraio 2003, n. 44 (nella specie viene contestata anche l'assenza di piani e progetti di produttività nonché la parametrazione del premio sulla sola presenza in servizio). Analogamente, è stato considerato foriero di danno erariale il *finanziamento delle posizioni organizzative a carico del bilancio dell'ente*, in difformità da quanto previsto dal CCNL, che prevede, all'uopo, un apposito fondo: CORTE CONTI, sez. Lombardia 10-3-2006, n.172. Con riferimento alla *necessaria selettività e carattere meritocratico delle progressioni orizzontali*: CORTE CONTI, sez. Basilicata, 13 maggio 2010, n. 123 (per cui è illecita la ponderazione di requisiti meramente automatici come l'anzianità di servizio, sia pure temperata dall'assenza di sanzioni disciplinari). Con riferimento alla necessità che le *progressioni economiche (orizzontali) non abbiano una decorrenza retroattiva* rispetto al momento dell'attivazione, si veda infine, CORTE CONTI, sez. Lombardia, 7 maggio 2010, 589.

[528] Salvo le facoltà di deroga entro certi margini consentite *ex lege* alla stessa contrattazione integrativa (*infra* 8.2, in nota n. 56).

[529] Che "se non altro, devono necessariamente rispondere a criteri di premiazione del merito e di incentivazione delle performance", ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria*" 2010, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 107/2010, 23.

si è evidenziato nella prima parte di questo scritto (*infra* 2), fino ad oggi le risorse per la contrattazione collettiva integrativa sono state dichiarate *ex ante* e non di rado cedute senza effettive contropartite, anche per i congeniti ritardi nella stipulazione dei contratti nazionali (appare in effetti ben difficile incidere sulla leva incentivante con effetti retroattivi!) nonché per l'assenza di credibili sistemi di misurazione e valutazione. Adesso, sebbene ancora in via sperimentale, per Stato ed Enti parastatali viene ipotizzato un modello di distribuzione delle risorse *ex post,* per il quale guadagni aggiuntivi discenderanno solo all'esito di un'acclarata produttività collettiva.

Criteri specifici per il finanziamento della contrattazione integrativa interessano anche regioni, sanità ed enti locali, che hanno "a regime" facoltà di destinare risorse aggiuntive rispettando vari limiti/condizioni. Il *primo,* riguarda la finalizzazione delle risorse, comunque da erogare secondo con modalità meritocratiche nonché nel rispetto dei criteri di misurazione, valutazione e trasparenza delle performance e relativi a merito e premi, applicabili alle regioni nei tempi e termini descritti dagli articoli 16 e 31 del d.lgs. n. 150 del 2009 (che presuppongono, in ogni caso, l'adeguamento ad una serie di principi relativi ai Titoli II e III dello stesso decreto legislativo). Il *secondo*, attiene ai limiti derivanti dai parametri di virtuosità fissati per la spesa di personale dalle vigenti disposizioni (ad esempio delle leggi finanziarie); il *terzo*, in generale, riguarda i complessivi limiti derivanti dal rispetto dei vincoli di bilancio; il *quarto* limite deriva dai vincoli discendenti dagli strumenti di "codecisione", come il patto di stabilità o/e analoghi strumenti per il contenimento della spesa (per esempio il "patto per la salute" per il SSN); l'*ultimo,* riguarda le prescrizioni della contrattazione nazionale, che deve comunque autorizzare l'integrazione delle risorse, stabilendo criteri e condizioni.

Occorre in ogni caso avvertire che queste facoltà sono attualmente inibite dall'art. 9, comma 2-*bis*, del decreto-legge n. 78 del 2010, che ha sterilizzato gli importi dei fondi di amministrazione all'ammontare storicizzato dell'anno 2010 (*infra* 9).

Va infine richiamata l'autorizzazione "a regime" per il finanziamento della contrattazione integrativa dettata dall'art. 27, comma 1, del d. lgs. n. 150 del 2009. Tale norma conferma quanto previsto dall'art. 61, comma 17, del decreto-legge n. 112 del 2008 e dall'art. 2, commi 33 e 34, della legge n. 203 del 2008, ma prevede una modalità di integrazione dei fondi (che in parte sembra sovrapporsi a quelle previste dalla citate norme) che sembra sfuggire al divieto previsto dal citato art. 9, comma 2-*bis*, del decreto-legge n. 78 del 2010 (*infra* 9). La disposizione in commento predetermina le modalità di distribuzione delle economie di spesa, prevedendo che una quota fino al 30% dei risparmi "*sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni*" sia destinata "*in misura fino a due terzi, a premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione integrativa, il personale coinvolto in tali processi*" e "*per la parte residua, ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa*". Si richiede che l'esistenza di tali risparmi sia documentata nella relazione di *performance* e che gli stessi risparmi siano validati dalla CIVIT e verificati dalla Ragioneria Generale dello Stato. Sembra, peraltro, potersi evincere che i controlli e le validazioni per ultimo citate sostituiscono i complessi procedimenti di verifica ed allocazione contenuti nelle disposizioni del decreto-legge n. 112 del 2008 e della legge n. 203 del 2008, in quanto vi sia coincidenza con i risparmi previsti dalle precitate disposizioni, la cui applicazione è stata, nonostante le buone intenzioni, "un poco sfortunata".

5. Poteri unilaterali delle amministrazioni pubbliche.

Il legislatore ha operato anche nel senso del rafforzamento delle prerogative datoriali in sede di relazioni collettive.

L'assunto di partenza è quello dell'esistenza di un'asimmetria di fatto dei poteri delle parti che ha reso, ad oggi, del tutto teorica l'applicazione dei modelli del *New Public Management* al pubblico impiego, per la persistenza di forme di cogestione politica o sindacale nell'ambito gestionale riservato alla dirigenza. In ogni indagine di settore, anzi, si evidenzia il bassissimo grado di appropriazione del tavolo decentrato da parte del dirigente e in definitiva, la sua "cattura" da parte della controparte. Proprio per evitare il pericolo di regimi cogestionali nella sfera organizzativa, che fra l'altro deresponsabilizzano il dirigente, viene riaffermata in modo molto incisivo, nelle materie della gestione dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali, l'autonomia e la titolarità decisionale esclusiva del dirigente.

I nuovi assetti chiariscono che la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro e le materie relative alle relazioni sindacali, con radicale esclusione di tutto ciò che afferisce alla sfera organizzativa (art. 40, comma 1), nonché che "*le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunti in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati ove prevista nei contratti collettivi nazionali*" (art. 5, comma 2).

Dal combinato disposto di queste norme discende che la contrattazione nazionale (ed a maggior ragione quella integrativa) non potranno investire ad alcun titolo materie pertinenti alla sfera della organizzazione e della micro-organizzazione, né vertere su quelle oggetto di partecipazione sindacale o afferenti alle prerogative dirigenziali (articolo 40, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001). Ciò anche *con riferimento* alle materie dell'organizzazione del lavoro e della gestione delle risorse umane, che costituiscono l'ambito elettivo tipico delle prerogative dirigenziali. In tali materie – esclusa la contrattazione - la partecipazione sindacale potrà, a sua volta, svilupparsi esclusivamente nelle forme dell'informazione, qualora la stessa sia prevista nei contratti collettivi nazionali (*infra* 8.1.).

Nella stessa prospettiva del rafforzamento delle prerogative datoriali, viene previsto che i contratti nazionali siano tenuti a prevedere un termine per la conclusione delle sessioni negoziali, alla scadenza del quale le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione (art. 40, comma 3-*bis*). Inoltre, nelle materie che implicano la necessità di decisioni strettamente funzionali al soddisfacimento del servizio pubblico, l'amministrazione ha, in ogni caso, facoltà di provvedere unilateralmente "in via provvisoria" sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione (art. 40, comma 3-*ter*).

Si tratta di disposizioni (in parte analoghe a quelle previste per la contrattazione nazionale dall'art. 47-*bis,* del d.lgs. n. 165 del 2001) preposte ad evitare paralisi nelle materie ordinariamente oggetto di attività contrattuale, nell'interesse della continuità dell'azione amministrativa e del suo ottimale svolgimento.

Sussiste tuttavia una differenza di non poco conto fra le due fattispecie legali previste rispettivamente nei commi 3-*bis* e 3-*ter*. Sono infatti diversi, sia i presupposti abilitativi del potere della

parte pubblica, che gli effetti delle scelte effettuate unilateralmente (a carattere definitivo o provvisorio).

Nella prima ipotesi, la parte pubblica è vincolata alla contrattazione fino al termine previsto dal contratto nazionale. Si tratta di una fattispecie non sconosciuta alle prassi negoziali vigenti e che configura altrettante ipotesi di contrattazione "a termine". Siamo ancora, in questa fattispecie, nell'ambito di una decisione delle parti, pienamente sussumibile in una scelta di autonomia collettiva.

Nel secondo caso (comma 3-*ter*), i presupposti abilitanti del potere unilaterale non sono costituiti dal decorso di un termine stabilito dal contratto nazionale, ma dall'esistenza di un particolare interesse pubblico, che determina la necessità di pervenire in ogni caso ad una decisione su istituti sui quali, mancando l'accordo fra le parti, le scelte non potranno che essere unilaterali.

D'altra parte, mentre nel caso del comma 3-*bis*, alla scadenza del termine ultimo previsto in via convenzionale l'attività contrattuale si dà per cessata, non avviene altrimenti in questa seconda ipotesi, in cui la contrattazione collettiva non è esclusa in via definitiva (decisione che apparirebbe sicuramente anticostituzionale per contrasto con il primo comma dell'art. 39). Nella predetta ipotesi, infatti, pur ricorrendone i presupposti, la parte pubblica è autorizzata ad operare solo provvisoriamente in via unilaterale "*fino alla successiva sottoscrizione*" del contratto integrativo.

Non pare, d'altra parte, possa eccepirsi l'antigiuridicità di una tale decisione unilaterale, qualora ricorrano i presupposti di legge e sia assente ogni intenzione discriminatoria e antisindacale, le quali andranno semmai dimostrate caso per caso in presenza di concreti comportamenti della parte pubblica. Un'*intentio* discriminatoria, nondimeno, non appare certamente desumibile dal mero fatto della scelta di decidere unilateralmente ([530]).

Resta, in definitiva, affidata al prudente apprezzamento del dirigente preposto la scelta del ricorso a tale decisione unilaterale e provvisoria, comunque nella scrupolosa osservanza dei doveri di correttezza e buona fede, che obbligano nella fattispecie a fornire congrua e non generica motivazione della necessità di provvedere unilateralmente, fra cui l'impossibilità di pervenire ad un accordo e la connessa necessità di superare le situazioni di "stallo" che possono recare nocumento al buon funzionamento del servizio pubblico.

---

[530] Per la legittimità della soluzione normativa (ed a prescindere da ogni valutazione di merito ed opportunità della stessa) si rinvia, per tutte, a Cass., sez. lav., 11 marzo 2005, n. 5343 (Presidente V. Mileo, Relatore V. Di Cerbo), in *MGL*, 2005, 234. Secondo il giudice di legittimità non configura di per sè condotta antisindacale, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, la concessione unilaterale del datore di lavoro, ad una percentuale elevata di dipendenti, di aumenti retributivi riassorbibili con quelli futuri derivanti dalla contrattazione collettiva. L'alto numero dei lavoratori coinvolti ed il meccanismo del riassorbimento non appaiono, infatti, di per sé idonei a determinare alcuna limitazione del ruolo del sindacato nella contrattazione dei minimi retributivi inderogabili, sempre che siano assenti finalità discriminatorie nella scelta dei destinatari del beneficio. Più in generale, nei limiti della ragionevolezza e nell'attuale quadro di inattuazione dell'art. 39 Cost., che costituisce dato di diritto positivo e della stessa Costituzione materiale, non può dirsi sussistente un presupposto di *esclusiva* regolazione tramite contratto collettivo del rapporto di lavoro pubblico (Corte costituzionale 14-16 ottobre 1997, n. 390. Anzi la contrattazione collettiva del settore pubblico può essere limitata per taluni aspetti e istituti, nella prospettiva dell'interesse finale tutelato, che impone la "*funzionalizzazione del rapporto di lavoro pubblico al raggiungimento delle finalità istituzionali della pubblica amministrazione*". Cfr. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in GDA, 2009, 5, 473, ss.

6. Oneri di pubblicazione.

I particolari oneri di pubblicazione e comunicazione in materia di contrattazione integrativa corrispondono ad una precisa scelta sistemica, adottata nella prospettiva del rafforzamento dell'accessibilità alle informazioni relative all'attività delle pubbliche amministrazioni.

Si tratta non solo di una opzione di civiltà giuridica, per cui l'accesso a tutti i dati rilevanti dell'attività pubblica viene a configurarsi come vero e proprio diritto di cittadinanza amministrativa, finalizzato alla costruzione di amministrazioni pubbliche come "*case di vetro*", illuminate e visibili in tutti gli angoli reconditi, secondo la celebre immagine evocata da Filippo Turati ([531]); ma anche e soprattutto di costituire quegli "equivalenti funzionali" di un mercato che per i pubblici servizi opera in modo affatto differente rispetto al settore privato e richiede, di conseguenza, strumenti alternativi per permettere al cittadino-utente di esercitare un controllo sociale e diffuso sul funzionamento dei servizi pubblici e sull'utilizzo delle risorse destinate a finanziarli.

In questa prospettiva si richiede innanzitutto che i contratti integrativi siano corredati da una relazione tecnico-finanziaria e da una relazione illustrativa (quest'ultima costituisce un'assoluta novità), certificate dagli organi di controllo presenti nelle singole amministrazioni (art. 40, comma 3-*sexies*). Le relazioni dovranno essere redatte sulla base degli schemi-tipo, appositamente predisposti dal Ministero dell'economia di intesa con il Dipartimento della funzione pubblica. Nelle more di tale adempimento, tuttavia, le amministrazioni non sono esentate dagli obblighi di redazione. La circolare n. 7/2010, del Dipartimento della funzione pubblica, per la redazione della relazione tecnica richiama le amministrazioni all'utilizzo degli schemi già in uso; per la relazione illustrativa elenca, invece, una serie di contenuti obbligatori che costituiscono anticipazione di ciò che (evidentemente) confluirà negli "schemi-tipo" in corso di elaborazione ([532]).

L'art. 40-*bis*, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, prevede, inoltre, per le amministrazioni pubbliche l'obbligo di pubblicazione, *in modo permanente*, sul proprio sito istituzionale, con modalità che garantiscono la piena visibilità ed accessibilità delle informazioni ai cittadini: (*a*) dei contratti integrativi stipulati, con la relazione tecnico-finanziaria e quella illustrativa; (*b*) della certificazione degli organi di controllo su tale documentazione; (*c*) delle informazioni trasmesse annualmente al Ministero dell'economia, sulla base degli schemi già approntati, ai fini dell'inoltro alla Corte dei conti (adempimento già previsto dall'art. 67 del decreto-legge n. 112 del 2008: *infra* 7); (*d*) degli esiti della valutazione, da parte dei cittadini-utenti, sugli effetti attesi sul funzionamento dei servizi pubblici in esito alla contrattazione integrativa ([533]).

---

[531] TURATI, in *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962.

[532] La relazione illustrativa deve evidenziare il significato, la *ratio* e gli effetti attesi da ogni norma anche e soprattutto con riferimento alla natura premiale e selettiva cui è connessa l'erogazione delle risorse, la ricaduta sui livelli di produttività individuale e collettiva, la garanzia del servizio pubblico e l'interesse specifico della collettività interessata alla stipulazione del predetto contratto integrativo. La relazione illustrativa, infatti, secondo la legge, dovrà fra l'altro chiarire gli effetti attesi dalla sottoscrizione del contratto integrativo in materia di produttività ed efficienza dei servizi erogati, anche in relazione alle richieste dei cittadini. Spetta inoltre a tale documento evidenziare il rispetto dei principi di legge e di contratto, anche con riferimento alle materie oggetto di contrattazione integrativa in quanto espressamente delegate dal livello nazionale.

[533] Per tale ultimo adempimento, il Dipartimento della funzione pubblica, di intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze ed in sede di Conferenza unificata, predisporrà un modello per la valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento dei servizi pubblici, evidenziando le richieste e le previsioni di interesse per la collettività. Tale modello e gli esiti della valutazione dovranno essere analogamente pubblicati sul sito istituzionale delle amministrazioni pubbliche interessate dalla contrattazione integrativa. Ovviamente, nelle more di tale predisposizione, le amministrazioni saranno esentate dalla pubblicazione sul sito istituzionale degli esiti della valutazione.

Nei casi di mancata pubblicazione, le amministrazioni sono soggette a sanzioni particolarmente incisive che influiscono sul finanziamento della contrattazione integrativa, disponendosi il divieto di qualsiasi adeguamento delle risorse ad essa destinate.

7. Controlli sulla contrattazione integrativa ed oneri di comunicazione.

I controlli in materia di contrattazione integrativa sono ora disciplinati dall'art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, che riconduce a sistema anche forme di verifica già esistenti e contenute in testi normativi "esterni" al *corpus* normativo coordinato e consolidato nel cosiddetto Testo Unico del pubblico impiego.

Vengono innanzitutto previsti e disciplinati sia gli organi titolari del controllo, che l'*iter* di certificazione dei contratti integrativi, Tali disposizioni proseguono sulla scia di quanto dettato dall'art. 67, commi da 7 a 12, del decreto-legge n. 112 del 2008 ([534]), volto, in particolare, ad incrementare il flusso documentale sulla contrattazione collettiva ai fini di una maggiore conoscibilità e quindi giustiziabilità della stessa e, in questa prospettiva, ad implementare il sistema dei controlli, con il coinvolgimento anche della Corte dei conti.

In merito ai soggetti preposti al controllo, gli organi a tale fine individuati non mutano rispetto al passato ma vengono esplicitamente elencati: si tratta del collegio dei revisori dei conti, del collegio sindacale, degli uffici centrali di bilancio nonché degli "analoghi organi previsti dai rispettivi ordinamenti". A tali organi spetta tra l'altro il compito di effettuare la verifica di compatibilità dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio. Tuttavia i predetti organi svolgeranno anche una funzione per l'innanzi non richiesta e relativa alla *verifica di legittimità relativamente al rispetto delle competenze del contratto integrativo* (materie espressamente devolute dal livello nazionale, ambiti riservati alla legge) e *quasi estesa al merito* (con riferimento al rispetto dei criteri di meritocrazia e finalizzazione alla produttività) ([535]).

Ferme restando le altre ipotesi di responsabilità e conseguenze sanzionatorie, ad esempio a titolo di responsabilità amministrativo-contabile, qualora dai contratti integrativi derivino costi non compatibili con i rispettivi vincoli di bilancio si applicano le disposizioni già descritte all'articolo 40, comma 3-*quinquies,* sesto periodo (nullità delle clausole e obbligo di recupero della maggior spesa nella sessione successiva, sulla base dell'accertamento delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica, del Ministero dell'economia e delle finanze o degli organi di controllo interno operanti nell'amministrazione).

Viene, inoltre, ricondotta nel corpo del d.lgs. n. 165 del 2001 (al comma 2 dell'art. 40), la particolare forma di controllo introdotta dall'art. 39, comma 3-*ter*, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni ed integrazioni, che interessa amministrazioni statali, istituzioni di ri-

---

[534] Commi abrogati proprio in relazione alle riproduzione delle relative disposizioni nell'art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001.

[535] Più precisamente, il controllo avrà ad oggetto la verifica del rispetto da parte del contratto integrativo: (*a*) dei vincoli derivanti dal contratto nazionale (anche con riferimento alle materie contrattabili); (*b*) dei vincoli derivanti da norme di legge e dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001; (*c*) delle disposizioni "finalistiche" sul trattamento accessorio finalizzato a merito e produttività; (*d*) della compatibilità economico-finanziaria e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione, compito quest'ultimo più decisamente collocato nella tradizione di questi organismi.

cerca ed enti pubblici non economici con organico superiore a duecento unità, nonché le amministrazioni ed enti ex art. 70, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta di una forma di controllo esterno, obbligatorio, preventivo e vincolante, esercitato congiuntamente dal Dipartimento della funzione pubblica e dal Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, che si svolge entro trenta giorni dall'invio del contratto con formazione, alla scadenza, del silenzio-assenso ([536]).

Agli oneri di pubblicazione del contratto integrativo fanno riscontro gli ulteriori oneri di comunicazione alla Corte dei conti, in funzione di controllo oltre che di monitoraggio (cfr. il comma 3 dell'art. 40-*bis)*.

Viene così replicato, adattato e solo in parte modificato, il procedimento previsto dall'art. 67, commi 8-10, del decreto-legge n. 112 del 2008.

Si prevede che le amministrazioni trasmettano alla Corte dei conti, tramite il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, entro il 31 maggio di ogni anno, specifiche informazioni sulla contrattazione integrativa, certificate dagli organi di controllo interno. A tale fine, il Ministero dell'economia e finanze, d'intesa con la Corte dei Conti e con il Dipartimento della funzione pubblica, aggiorna annualmente una specifica scheda di rilevazione, unitamente a tabelle volte a rilevare le modalità di costituzione ed utilizzo dei fondi per la contrattazione integrativa. Tali schede e tabelle sono state già predisposte ai fini dell'integrazione delle informazioni annualmente richieste con il modello di cui all'articolo 40-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo previgente il d.lgs. n. 150 del 2009), in attuazione del comma 9 dell'art. 67 del pluricitato decreto-legge n. 112 del 2008 ([537]).

Le informazioni richieste nella scheda sono di diverso tipo. Esse sono innanzitutto dirette ad accertare il rispetto dei vincoli finanziari previsti dalla vigente normativa, in ordine alla consistenza delle risorse assegnate ai fondi per la contrattazione integrativa; all'evoluzione della consistenza degli stessi fondi, nonché della spesa derivante dai contratti integrativi applicati. Inoltre le informazioni sono dirette a verificare la concreta definizione ed applicazione dei criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa

---

[536] L'*iter* del controllo è analogo a quello previgente ma se ne è ampliato il contenuto. L'ipotesi di contratto integrativo sottoscritto viene trasmessa al Dipartimento della funzione pubblica ed al Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato che, congiuntamente, ne accertano la compatibilità economico-finanziaria ed effettuano le altre verifiche, che comprendono anche l'esame di congruità normativa (legittimità). Il termine per l'accertamento, fissato in trenta giorni - decorrenti dalla data di ricevimento dell'accordo corredato dalla relativa documentazione (relazioni tecnica ed illustrativa debitamente certificate dagli organi di controllo interno) - può essere sospeso in caso di richiesta di elementi istruttori. Solo in caso di valutazione positiva (o di formazione del silenzio-assenso allo scadere dei trenta giorni), la delegazione di parte pubblica può procedere alla stipulazione del contratto integrativo, mentre, nel caso in cui il riscontro abbia esito negativo, le parti riprendono le trattative. Non sono soggetti al controllo i contratti integrativi sottoscritti dalle singole istituzioni scolastiche ovvero dalle strutture periferiche o di sede di enti pubblici o amministrazioni centrali.

[537] Si tratta, rispettivamente, della *Scheda informativa 2* e della *Tabella 15*, che costituiscono due specifiche sezioni nell'ambito del Conto annuale del Ministero dell'economia e delle finanze. In particolare, la *Tabella 15*, rileva la costituzione dei fondi per la contrattazione integrativa e la corrispondente destinazione di tali risorse concordata in sede di contrattazione integrativa, con particolare riguardo alle poste destinate alle progressioni economiche ed alla premialità; la *scheda informativa 2*, è finalizzata a raccogliere specifiche informazioni, fra cui vanno segnalate quelle relative all'evoluzione dei fondi per la contrattazione integrativa ed una misura del grado di selettività degli istituti legati alla premialità e alle progressioni economiche (cfr. Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze – Ragioneria Generale dello Stato, 26 aprile 2010, n. 21).

nonché con riguardo all'applicazione di parametri di selettività (con particolare riferimento alle progressioni economiche) ([538]).

Questi dati sono utilizzati dalla Corte dei conti, unitamente a quelli trasmessi ai sensi del Titolo V del d.lgs. n. 165 del 2001, ai fini del referto sul costo del lavoro. Tuttavia è previsto, in capo alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, anche un potere sanzionatorio che dovrebbe divenire particolarmente incisivo (cfr. le delibere della Corte dei conti, sez. riun., 17 dicembre 2008, n. 43 e 17 dicembre 2009, n. 41) ([539]).

Pare evidente il vantaggio derivante da tale attività informativa, diretta fra l'altro a supportare le diverse amministrazioni con uno schema uniforme di costituzione dei fondi per la contrattazione integrativa aderente alle diverse indicazioni delle norme anche contrattuali vigenti e consentire più agevoli pratiche di *benchmark* con altre amministrazioni, anche in relazione agli impieghi concreti di tali risorse. Un'utilità specifica dovrebbe derivare altresì per i neo costituiti organismi indipendenti di valutazione, potendo consentire elaborazioni a fini valutativi e la misurazione, in modo oggettivo e confrontabile, del grado di differenziazione nell'attribuzione degli istituti incentivanti, anche per monitorarne, nel tempo, l'evoluzione ([540]).

---

[538] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 57 del 24 febbraio 2010, ha considerato legittimo questo sistema di controllo-informazione nei confronti delle regioni, da un lato in relazione agli utilizzi effettuati, per il carattere essenzialmente conoscitivo di questo flusso di dati che viene finalizzato dalla Corte dei conti alla redazione del referto sul costo del lavoro; dall'altro lato per l'assimilabilità dei predetti obblighi informativi al novero dei principi fondamentali riguardanti la materia del "*coordinamento della finanza pubblica*", materia di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, cost. (*ex plurimis* Corte cost., n. 417 del 2005; n. 35 del 2005 e n. 376 del 2003). Il ricorso era stato proposto dalla Regione Toscana che aveva impugnato le "quasi" omologhe norme dell'art. 67, commi 9 e 10, del d.l. 112 del 2009, per contrasto con gli articoli 117 e 119 cost.. La Consulta ha omesso, invece, di pronunciarsi circa la legittimità dell'ulteriore disposizione impugnata e che attualmente consente il "recupero" delle risorse erogate in sede integrativa in caso di "accertato superamento dei limiti finanziari". La previsione era anteriormente contenuta nel comma 10 dell'art. 67 del d.l. 112 del 2009 e non è stata ribadita negli esatti termini dal comma 3-*quinquies* dell'art. 40 d.lgs. n. 165 del 2001. Tale difformità, per la Consulta, "non consente di trasferire la questione di legittimità costituzionale alla diversa disposizione" (la nuova norma, ad esempio, non ha riproposto l'originario potere della Corte dei conti di "*proporre interventi correttivi*" in caso di violazione dei limiti imposti dai vincoli di finanza pubblica e/o dagli indirizzi generali assunti in sede di contrattazione collettiva nazionale).

[539] Con la prima delibera (Corte conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, n. 43 del 2008), in particolare, la Corte ha distinto fra le attività relative alla funzione referente di monitoraggio della contrattazione integrativa (consistenti in attività istruttorie e di verifica finale, propedeutiche alla redazione della Relazione annuale sul costo del lavoro pubblico), da quelle a carattere vincolistico e sanzionatorio, che implicano uno scrutinio sui singoli contratti integrativi, con effetto dichiarativo dell'inefficacia di singole clausole contrattuali. Solo le prime sono di competenza delle Sezioni riunite mentre l'attività di controllo vere e proprio saranno esercitate dalle Sezioni regionali di controllo. Con la seconda deliberazione (Corte conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, n. 41 del 2009), la Corte ha chiarito l'ambito e la profondità del predetto controllo, che deve investire: *"l'accertamento del contrasto con i vincoli posti alla contrattazione, al quale la legge ricollega la nullità delle clausole illegittime e la sostituzione automatica di quelle contrastanti con disposizioni imperative che pongono limiti alla contrattazione integrativa*", "*l'accertamento del superamento di vincoli finanziari, con obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva*", i "*criteri di utilizzazione dei fondi unici di amministrazione*", la "*valutazione del rispetto delle disposizioni sull'ammontare delle risorse che possono essere utilizzate*" e il rispetto delle "*previsioni che nei contratti stessi e nella legge contemplano i criteri di premialità, di efficienza, di trasparenza e di selettività nelle progressioni economiche*". A tale fine le Sezioni regionali di controllo debbono, di regola, procedere a programmazioni selettive, con possibilità, tuttavia di attivare indagini di controllo previa acquisizione, ove non disponibili, dei contratti integrativi in relazione ai quali emergano dubbi di irregolarità.

[540] Soprattutto della *performance* individuale che, a regime, sarà tesa a raccogliere quote rilevanti di risorse (rispettivamente per il personale non dirigente e dirigente) e a creare un'accentuata differenziazione (art. 19 d.lgs. n.150 del 2009) (cfr. Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze – Ragioneria Generale dello Stato, 26 aprile 2010, n. 21). La stessa CORTE DEI CONTI ha positivamente valutato le misure di potenziamento degli strumenti e delle metodologie di conoscenza e di monitoraggio degli andamenti di spesa del personale pubblico con specifico riferimento alla contrattazione integrativa. La stessa crescita complessiva delle retribuzioni, derivante dalla contrattazione nazionale, risulta in effetti fortemente condizionata proprio dagli incrementi legati all'andamento della

Sussistono, infine, specifici obblighi per le amministrazioni di trasmissione per via telematica all'ARAN ed al CNEL del contratto integrativo con la relativa documentazione.

Come evidenziato, è stata prevista una sanzione generale nel caso di mancato adempimento alla prescrizioni del nuovo articolo 40-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, in materia di pubblicazione o comunicazione, su cui sono tenuti a vigilare gli organi di controllo e consistente nel divieto di qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa ([541]).

8. Ingresso modulare del nuovo complesso normativo.

Non tutte le disposizioni sulla contrattazione integrativa entrano (*rectius* sono entrate) in vigore dopo la pubblicazione legale del d.lgs. n. 150 del 2009 (15 novembre 2009). Anzi, per espressa scelta normativa, è stato adottato un sistema di applicazione graduale, che prevede per alcune disposizioni un'applicazione diretta ed immediata, per altre un'applicazione differita in relazione alla piena operatività del sistema di valutazione, per altre ancora l'indispensabile mediazione dei nuovi contratti collettivi nazionali. Alcuni termini, poi, si intrecciano fra loro.

8.1. L'estinzione legale dei contratti integrativi vigenti e l'operatività delle disposizioni in materia di partecipazione sindacale ed attributive di poteri unilaterali nella contrattazione integrativa.

L'art. 65 del d.lgs. n. 150 del 2009 reca una disposizione di chiusura per l'adeguamento dei contratti collettivi vigenti, i quali sono tenuti ad adattare i propri contenuti al nuovo sistema di ripartizione delle fonti, con l'esclusione della contrattazione integrativa nelle materie riservate alla competenza degli atti unilaterali (siano questi di competenza dirigenziale o regolamentare/legislativa), nonché a quanto previsto nel Titolo III del decreto n. 150 del 2009 (in materia di valutazione e merito).

Il termine finale previsto per tale adattamento differisce nel caso si tratti di amministrazioni regionali/territoriali o meno.

In questa seconda ipotesi, la data finale per l'adeguamento è fissata al 31 dicembre 2010.

Decorsa inutilmente tale data, si verifica un effetto di estinzione legale dei contratti integrativi non adeguati (a prescindere dall'anno di riferimento finanziario del fondo di amministrazione regolato).

---

contrattazione integrativa, poiché a causa di essa vengono assunti quale base di calcolo dei futuri miglioramenti contrattuali retribuzioni più elevate di quelle risultanti dai contratti precedenti. Ciò comporta il sistematico superamento delle iniziali previsioni di crescita delle dinamiche salariali. Ma soprattutto, in questa maniera, la crescita della spesa per il personale, anziché essere regolata per tutti i settori pubblici nell'ambito di un razionale ed equilibrato disegno generale, è risultata in buona parte determinata dalle disponibilità di bilancio delle singole Amministrazioni. A tutto ciò, secondo la Corte dei conti, occorre, aggiungere una complessiva perdita di controllo delle dinamiche retributive connesse alla contrattazione integrativa. Poiché non esiste un organismo unitario o centrale a ciò preposto, si è verificata una complessiva perdita del controllo di questa variabile, che pure incide in modo così pesante sul quadro macroeconomico e che risulta spesso non in tendenza con le scelte programmatiche approvate dal Parlamento in tema di rispetto dei vincoli di stabilità economica e di controllo dell'inflazione (Corte dei conti, sez. riun., 17 dicembre 2008, n. 43).

[541] Tali sanzioni saranno applicate in tutti i casi di mancata trasmissione dei contratti con la relativa documentazione per la certificazione congiunta Dipartimento funzione pubblica-Ragioneria dello Stato; nei casi di mancato invio alla Ragioneria dello Stato dei dati richiesti sulla base dell'apposito modello (ai fini del conto annuale e delle attività della Corte dei conti); nei casi di mancato invio all'ARAN ed al CNEL; ovvero nelle ipotesi di mancata pubblicazione dei contratti e delle richieste allegazioni sui siti istituzionali.

Si è volutamente parlato di "estinzione legale" dei contratti integrativi, perché è la stessa norma (cfr. commi 1 e 2 dell'art. 65), che dispone inderogabilmente la *cessazione di efficacia* e l'*inapplicabilità* dei contratti integrativi inadeguati a partire dal 1° gennaio 2011.

Tali termini sono posticipati, rispettivamente, al 31 dicembre 2011 (termine per l'adeguamento) ed al 31 dicembre 2012 (cessazione di efficacia ed inapplicabilità), per regioni ed autonomie locali (art. 65, comma 4) nonché, come afferma la circolare n. 7 del 2010 del Dipartimento della funzione pubblica, per le amministrazioni del servizio sanitario nazionale ([542]).

Va nondimeno evidenziato che la sanzione normativa colpisce i contratti collettivi "vigenti" (cfr. il comma 1 dell'art. 65) e non anche quelli sottoscritti successivamente, per i quali l'obbligo di adeguamento nasce *ab initio*, nel senso che sarebbe illegittimo un contratto integrativo sottoscritto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 che non rispettasse, ad esempio, i nuovi criteri di competenza della contrattazione collettiva, agendo nelle materia escluse *ex lege*. In altre parole, la "salvaguardia" normativa, prevista in modo modulare e per gruppi di amministrazioni dall'art.65, costituisce una forma di intangibilità che opera solo nei confronti dei contratti integrativi sottoscritti anteriormente al d.lgs. n. 150 e che, quindi, alla data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo erano applicati dalle singole amministrazioni (contratti "*vigenti*"); ma non opera nei confronti di quelli successivi. Ed anche nei confronti dei contratti "vigenti" quest'immunità è a "termine", esaurendosi al momento fissato dalla legge.

Ancora, con riferimento a regioni ed autonomie locali (e servizio sanitario nazionale), questi termini vanno ad incrociarsi con quelli previsti *ex lege* dall'art. 16 e dall'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2009, che dispongono un termine finale a carattere perentorio per l'adeguamento alle disposizioni su premi e valutazione (titoli II e III del d.lgs. n. 150 del 2009), fissato al 31 dicembre 2010. Decorsa inutilmente tale data si determina *ex lege* l'applicazione diretta ed integrale (senza mediazioni) delle disposizioni del decreto legislativo in materia. Tale incrocio di scadenze comporta che, seppure indirettamente, anche il sistema regionale e delle autonomie locali subisce *de relato* l'incidenza del nuovo complesso normativo in materia di contrattazione integrativa, a prescindere dal contingentamento dei termini finali che opera per queste amministrazioni. Nel momento in cui occorrerà adeguare per tali amministrazioni il sistema della premialità e della valutazione ai principi della nuova legge (in ogni caso entro il 31 dicembre 2010), automaticamente discenderà la nullità della preesistente contrattazione integrativa per gli istituti incompatibili (in contrasto, ad esempio: con il nuovo sistema di valutazione, con la graduazione in fasce della retribuzione di performance, con i principi di premialità, con la selettività "pro-quota" delle progressioni orizzontali, ecc..). Anche per tali amministrazioni, quindi, la data del 31/12/2010 comporterà la necessità di operare un adeguamento delle disposizioni dei contratti integrativi contrastanti con le nuove regole in materia di premi e valutazione. E da tale adeguamento, non vertendosi più di contratti

---

[542] È la lettura combinata degli articoli 16, commi 1 e 2; 31, comma 4; 65, comma 4; e 74, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2009, che autorizza questa conclusione, di carattere sistematico più che letterale. Dal combinato disposto delle predette norme sembra evincersi, in ogni caso, la *voluntas legis* di garantire agli enti del servizio sanitario il medesimo trattamento normativo previsto per il sistema delle autonomie (adeguamento dei contratti integrativi entro i determinati termini finali ed adeguamento alle disposizioni dei Titoli II e III).

integrativi "vigenti", dovrà analogamente discendere la sintonizzazione con le nuove regole in materia di competenza della fonte contrattuale.

La circolare del Dipartimento della funzione pubblica, più volte richiamata, si premura di rammentare (*ad abundantiam*) che, in ogni caso, le norme che dispongono un termine finale per l'adeguamento non valgono a sanare le eventuali illegittimità contenute nei contratti integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009. A tale fine, anzi, individua, sulla base della prassi osservata, i più palesi esempi di tali illegittimità ([543]). In questi casi, evidentemente, non sussiste nessuna sanatoria dei contratti fuorilegge (cioè in contrasto con le pregresse normative legali o contrattuali), la cui nullità rimane pienamente rilevabile secondo le regole generali con le connesse responsabilità anche alla luce della giurisprudenza contabile in materia di "*danno da contrattazione integrativa*" ([544]).

Molto opportunamente, infine, la circolare citata detta alcuni criteri ricognitivi circa le operazioni da effettuare per un corretto adeguamento "*alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati*".

Per la contrattazione integrativa, infatti, oltre al vincolo *generale* di incontrattabilità della materia organizzativa, agisce il vincolo di *legittimazione specifica* (rinvio espresso alla regolamentazione di tale livello negoziale operato dal contratto nazionale). La lettura combinata del comma 3-*bis* e del comma 1 dell'articolo 40 del decreto legislativo n. 165 del 2001, chiariscono, peraltro, non solo il doppio vincolo di legittimazione cui è soggetta la contrattazione di secondo livello, ma anche l'ulteriore vincolo teleologico e finalistico ([545]) e, con il nuovo art. 5, comma 2, i limiti più ristretti cui è confinata l'autonomia collettiva in materia di partecipazione sindacale.

Da tale versante, viene unitamente ribadita l'esclusione dalla contrattazione collettiva delle materie oggetto di partecipazione sindacale ("nuovo" art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001) e l'unilateralità dirigenziale per "*le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro … fatta salva la sola informazione ai sindacati ove prevista*" nei contratti collettivi nazionali ("nuovo" comma 2 dell'articolo 5).

Sulla base della lettura del dato normativo, queste disposizioni, non essendo previsto dalla legge un diverso termine di adeguamento, operano dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009. Con la conseguenza che, nei confronti dei contratti collettivi che dispongono in modo diverso, sono applicati i meccanismi di etero-integrazione contrattuale previsti dagli articoli 1339 ed 1419, secondo comma, cod. civ. (ex art. 2, comma 3-*bis,* del d.lgs. n. 165 del 2001). In queste ipotesi, la norma contrattuale difforme verrà automaticamente sostituita da quella primaria contenuta nell'articolo 5, comma 2, che, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, ha carattere imperativo ed è quindi inderogabile, al pari di tutte le norme del d.lgs. n. 165 del 2001.

---

[543] Come l'erogazione della retribuzione di produttività in modo non selettivo o indifferenziato o sulla base di automatismi; la regolazione con il contratto integrativo di materie non espressamente devolute dal CCNL o, a maggior ragione, disciplinanti materie escluse dalla contrattazione collettiva o, ancora, la violazione del vincolo di bilancio e delle regole di finanziamento dei fondi di amministrazione.

[544] Vedi la nota n. 32.

[545] Cfr. il comma 3-*bis* dell'art. 40, per cui "La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance…". *Infra* 4.1.

Per cui, nelle predette materie, le forme di partecipazione sindacale, se già previste dai contratti nazionali, "regrediscono" all'informazione.

Non appare invece sostenibile la diversa opinione che radica i tempi di applicazione dei nuovi poteri dirigenziali in materia di partecipazione sindacale al momento della stipulazione dei nuovi contratti collettivi nazionali.

*Ubi lex voluit dixit (*e *ubi noluit tacuit)*: mentre sulla disposizione in oggetto la legge tace, stabilisce invece per una pluralità di altre fattispecie termini di adeguamento perentori e sanzionati ([546]). Più in dettaglio, con la norma in oggetto non si impone un dato comportamento alla contrattazione, ciò che la renderebbe necessaria, ma la si esclude *ex nunc* da una materia ritenuta dal legislatore estranea al campo del rapporto di lavoro (il solo contrattabile ex art. 40, comma 1) ed afferente, invece, alla sfera dei poteri dirigenziali. Questi ultimi, in tutte le materie gestionali ed organizzative, secondo il *dictum* normativo, da ora in poi (ovvero dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009), saranno esercitabili in via esclusiva salvo i doveri specifici di informazione (se previsti dai CCNL).

La materia su cui si controverte è quella dei poteri organizzativi. Essi vengono riservati nei loro aspetti *macro* a regolamenti e leggi e nei loro aspetti *micro* ai poteri dirigenziali: uno spostamento dell'operatività delle nuove regole a partire dai nuovi contratti non avrebbe senso proprio perché si tratta di una materia che la stessa legge esclude dalla contrattazione collettiva ([547]).

La norma che regge l'intero impianto dei poteri dirigenziali e il loro rapporto con le leggi e gli atti organizzativi è l'art. 5 del 165 del 2001 e, in particolare, il nuovo comma 2. Questa norma è a monte della contrattazione collettiva e ne costituisce il limite. Essa, ai sensi del nuovo articolo 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, è una disposizione a carattere imperativo e, per i principi di eterointegrazione contrattuale (art. 1339 e 1419, secondo comma, cod. civ.), anche immediatamente applicabile. Tale carattere primario e di ripartizione si evince anche dall'art. 32 del d.lgs. n. 150 (norma esterna al d.lgs. 165 del 2001, nel senso che non ne entra a far parte). Sulla base di tale previsione le disposizioni del "Capo" (fra cui il nuovo art. 5, comma 2) "*definiscono la ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane e quelle oggetto della contrattazione collettiva*". Non può, ovviamente e credibilmente, ritenersi che le norme sulle fonti siano demandate ai contratti collettivi, ossia ad atti che presuppongono tali norme e non il contrario perché, a tacer d'altro, non può delegarsi a soggetti privi di un potere (perché escluso dalla legge) la possibilità di porre limiti ad una esclusione prevista da norma primaria o anche solo rinviare, attraverso una indefinita trattativa, l'applicazione di una normativa di rango legale ([548]). Ciò appare in netto contrasto con le norme costituzionali sulle fonti normative e con il principio

---

[546] Pare quindi inconferente a chi scrive il riferimento effettuato al comma 5 dell'art. 65 del d.lgs. 150 del 2009, a cui fa riferimento il TRIBUNALE DI TORINO, sez. lav., con il decreto del 2 aprile 2010 (fra l'altro in *LPA*, 2010, 1, 91), per motivare la persistenza delle regole degli attuali CCNL in materia di partecipazione sindacale. Le disposizioni "*relative alla contrattazione collettiva nazionale*", che si applicheranno a partire dalla tornata successiva a quella in corso, sono infatti quelle a carattere procedimentale (a meno di non voler sostenere la paralisi dell'intero d.lgs. n. 150, per materie ed istituti che incidono sulla contrattazione collettiva, come l'intero sistema disciplinare, in cui alcune fattispecie vengono dalla nuova norma assimilate a reato penale).

[547] Cfr. diffusamente MATTEINI, *Relazioni sindacali e decreto "Brunetta": prime questioni applicative*, in *LPA*, 2010, 1, 99, ss. Per una diversa opinione, sullo stesso numero di *LPA*, cfr. CORBO, *L'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 ed il suo impatto sul sistema di relazioni sindacali previgente,* 105, ss.

[548] Nuovamente MATTEINI, *cit.*, 102.

di buon andamento di cui all'art. 97 cost.: ovviamente la delega alla contrattazione, da parte della legge, fuori dalla previsione generale dell'art. 40, comma 1, deve essere espressa, altrimenti la materia è *de iure* indisponibile. Per cui, la "nuova" contrattazione collettiva se disponesse in materia sarebbe in ogni caso contraria a norme inderogabili di legge.

Discorso analogo può essere fatto con riferimento ai poteri unilaterali esercitabili dall'amministrazione in presenza di particolari esigenze pubbliche nel caso di stasi dei negoziati (*infra 5*).

La norma attributiva del potere (art. 40, comma 3-*ter*) non determina alcun condizionamento temporale, né un limite può essere ravvisato nell'art. 65 del d.lgs. n. 150 del 2009, che riguarda esclusivamente i contratti integrativi "vigenti". Detto diversamente, la "salvaguardia" dell'art. 65, comma 1, vale solo nei confronti dei contratti integrativi stipulati e non di quelli ancora da stipulare, per i quali viene prevista, a determinate condizioni, la possibilità di emanare un atto unilaterale sostitutivo del mancato accordo.

Tale possibilità, ad avviso di chi scrive, può per esempio legittimare l'utilizzo dei poteri unilaterali in regioni, enti locali e sanità non solo con riferimento ai "nuovi" contratti integrativi (come quelli relativi alla distribuzione annuale del fondo per i trattamenti accessori) ma anche, a far data dal 31-12-2010, in relazione alle necessità connesse all'adeguamento dei relativi ordinamenti ad una serie di principi afferenti la valutazione e gli istituti premianti.

Fermo restando il termine finale previsto per l'adattamento dei contratti integrativi vigenti di regioni, enti locali e sanità, ai sensi dell'art. 65, comma 4, rimane infatti immutata la necessità di adeguamento dei sistemi di valutazione (come previsto agli artt. 16, comma 3 e 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2009). Risulterà, di converso, necessario anche un parallelo adattamento dei contratti integrativi che risulteranno incisi dai nuovi sistemi di valutazione (*infra*).

Tali enti, come evidenziato, sono chiamati a stabilire entro il 31-12-2010, nell'esercizio unilaterale delle proprie prerogative ordinamentali, il sistema di valutazione (art. 7 da leggersi in combinato disposto con l'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2009) e, sulla base dello stesso, a dare cogente attuazione a quanto stabilito, fra l'altro, dall'art. 18, comma 2 ([549]) nonché a quanto previsto dai successivi artt. 20 e successivi ([550]), ivi compresa la distribuzione del personale in fasce di merito ai fini dell'erogazione della retribuzione premiale (art. 31, comma 2). Qualora non fosse possibile raggiungere l'accordo integrativo entro la citata data del 31-12-2010, giacché l'ente è comunque chiamato ad adeguare i contratti integrativi ai sistemi di valutazione approntati, potrebbero sussistere i presupposti per la decisione unilaterale al fine di "assicurare la continuità della funzione pubblica".

8.2. Immediata applicabilità ed applicabilità (parzialmente) differita alla compiuta attuazione dei nuovi sistemi di valutazione.

Per quanto si è evidenziato nel precedente paragrafo, i contratti integrativi stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del n. d.lgs. 150 del 2009 sono soggetti all'applicazione delle nuove regole. I contratti integrativi attualmente vigenti, ma stipulati in data antecedente, invece, potranno essere applicati sino a quando non intervenga un nuovo contratto

---

[549] Che stabilisce il divieto di distribuzione, in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi, di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del decreto n. 150.
[550] Che impongono i vari strumenti per premiare merito e professionalità.

integrativo che proceda all'adeguamento nei termini descritti dagli art. 65, commi 1, 2 e 4: all'inutile decorso dei termini ivi previsti si determina *ex lege* la cessazione delle disposizioni vigenti.

Immediatamente applicabili risultano anche le norme sulle nuove forme di controllo, che impongono agli organi di controllo interno di ogni amministrazione l'estensione dell'esame alla valutazione di congruità normativa del contratto integrativo. Analogamente operativi sono, infine, gli oneri di allegazione delle relazioni, tecnica ed illustrativa debitamente certificate dagli organi di controllo e quelle relative agli oneri di pubblicazione e comunicazione.

Qualche difficoltà applicativa potrebbe comportare l'adeguamento dei contratti vigenti nei confronti di quanto previsto dal titolo III del d.lgs. n. 150 del 2009 (*Merito e Premi*).

In tale Capo del decreto legislativo sono contenute disposizioni che (*fra l'altro*) obbligano le amministrazioni all'attribuzione delle progressioni economiche/orizzontali in modo selettivo sulla base dei risultati conseguiti ed allo sviluppo delle competenze professionali ed esclusivamente nei confronti di una quota di personale, con esclusione di ogni elemento automatico *(articolo 23*); equiparano le progressioni verticali a pubblico concorso, precludendole alla contrattazione (*articolo 24*); promuovono il merito e la *performance* organizzativa e individuale attraverso sistemi premianti selettivi secondo logiche meritocratiche (*articolo 18*). Complessivamente si tratta di disposizioni che per operare pienamente presuppongono alcuni adempimenti propedeutici e quasi prodromici, collegati al ruolo degli organismi indipendenti di valutazione ed alla concreta attuazione del sistema di valutazione previsto dal *Titolo II* del d.lgs. n. 150 del 2009 ([551]). Nondimeno esse obbligano le amministrazioni ad un applicazione tempestiva dei *principi* in essi declinati i quali hanno carattere inderogabile ([552]).

Alcune norme ricomprese nel Titolo II, invece, richiederanno in ogni caso la messa a regime del nuovo sistema in tema di valutazione.

Esso pare indispensabile anzitutto ai fini della tripartizione del personale in fasce, preposta all'erogazione differenziata della retribuzione per la produttività individuale (art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009). In questa ipotesi, infatti, pur essendo la contrattazione integrativa facoltizzata ad apporre deroghe ai criteri legali ([553]), non può prescindersi dalla logica comparativa basata sulle

---

[551] In particolare il *Titolo II* del d.lgs. n. 150 (articolo 30, commi 2 e 3), prevede specifici termini di entrata a regime: a) entro il 30 aprile 2010 sono costituiti gli organismi indipendenti di valutazione; b) entro il 30 settembre 2010, gli organismi indipendenti di valutazione provvedono a definire i sistemi di valutazione della performance; c) dal 1° gennaio 2011, decorre la piena operatività dei sistemi di valutazione.

[552] In sede di stipula dei nuovi contratti integrativi (o di adattamento degli esistenti), le amministrazioni sono tenute ad applicare i *principi* di differenziazione nel riconoscimento degli incentivi e, nella materia delle progressioni orizzontali/economiche, atteso anche il disposto del comma 2 dell'articolo 52, del d.lgs. n. 165 del 2001 (norma di immediata applicazione), a ponderare l'attività svolta ed i risultati conseguiti, nonché le qualità professionali e culturali possedute (con esclusione di ogni automatismo), permettendo il "passaggio" *solo ed esclusivamente* ad una quota limitata del personale. Inoltre la nuova ripartizione delle competenze fra legge e contratto imporrà, a pena di nullità delle relative disposizioni ed a prescindere dall'immediata decorrenza delle norme legali (garantita a giudizio di chi scrive dai principi di etero-integrazione), l'esclusione della contrattazione integrativa dalle materie afferenti l'organizzazione del lavoro e la gestione del personale.

[553] L'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009 prevede, come noto, la costituzione di tre fasce in cui collocare il personale anche di livello dirigenziale. Nella prima fascia sarà ricompreso il 25% del personale, destinatario del 50% delle risorse complessive per la produttività individuale; nella fascia intermedia sarà ricompreso un altro 50% del personale, destinatario dell'ulteriore 50% delle risorse; la terza

risultanze del sistema di valutazione "certificato" dalla CIVIT. Ma anche l'attribuzione degli incarichi di responsabilità, con le forme dell'art. 25 del d.lgs. n.150, è condizionata dalla legge all' "*attestazione del sistema di misurazione e di valutazione*".

8.3. Applicabilità differita a seguito della sottoscrizione dei nuovi CCNL.

Altre norme del d.lgs. n. 150 del 2009 per divenire operative richiedono invece la stipulazione dei nuovi contratti collettivi nazionali.

È questo il caso della norma che impone di destinare alla produttività individuale la quota prevalente della retribuzione accessoria, la quale presuppone un intervento sulla struttura della retribuzione che può essere attuata solo con i successivi contratti collettivi (comma 3-*bis* dell'art 40) ovvero delle disposizioni relative al trattamento accessorio dei dirigenti collegato ai risultati, di cui all'articolo 24 del d.lgs. n. 165 del 2001 (aumento della retribuzione di risultato, fino al raggiungimento della soglia minima del 30% del trattamento economico complessivo), o, ancora, del *bonus* annuale delle eccellenze e del premio annuale per l'innovazione, che richiedono entrambi l'intervento del contratto nazionale per la quantificazione delle risorse da mettere a disposizione (cfr. gli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 150 del 2009). Analogamente, l'applicazione delle norme che prevedono la possibilità di distribuire le risorse della contrattazione decentrata sulla base della "graduatoria di performance", di cui all'articolo 40, comma 3-*quater* (*infra* 4.2), è direttamente collegata alla stipulazione dei nuovi contratti nazionali, i quali dovranno definire le modalità di ripartizione delle medesime risorse tra i diversi livelli di merito delle amministrazioni coinvolte.

Come si può constatare, in tutte queste ipotesi è lo stesso decreto legislativo a condizionare l'operatività dei nuovi istituti ai rinnovi contrattuali nazionali.

9. Conclusioni: l'art. 9 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con la legge n. 122 del 30 luglio 2010.

Ancor prima che il sistema prefigurato dal d.lgs. n. 150 del 2009 e dall'intesa fra Governo e Parti sociali del 30 aprile 2009 ([554]) fosse entrato pienamente a regime, è stata varata dal Governo la

---

fascia, costituita dall'ulteriore 25% del personale, sarebbe quindi esclusa dall'incentivazione. Ma tale ripartizione legale (fasce di merito e livelli di finanziamento) ha una funzione suppletiva, applicandosi in tutti i casi in cui le fonti di diritto legittimate a derogarla (i contratti integrativi) non provvedano a regolare diversamente la materia. In particolare, in sede integrativa è possibile variare la percentuale dei dipendenti inseriti nella prima fascia entro il limite percentuale del 5% (in aumento o diminuzione), con variazione compensativa delle percentuali dei dipendenti da collocare nella seconda o nella terza fascia o in entrambe; la contrattazione può inoltre prevedere deroghe alla composizione percentuale delle fasce media e bassa e distribuire fra le stesse fasce le risorse previste per quella intermedia. Rimane fermo, come si vede, solo il *principio delle tre fasce* (per cui occorrerà in ogni caso confermare un criterio di merito ed un principio selettivo e scalare per l'erogazione delle risorse incentivanti) e l'*attribuzione del 50%* delle risorse al personale inserito nella fascia di merito più alta. Evidentemente solo se la contrattazione integrativa dispone oltre i limiti indicati dalla legge, questi ultimi si riespanderanno e saranno inseriti di diritto nei contratti, ai sensi degli articoli 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. Va peraltro rammentato il potere di controllo del Dipartimento della funzione pubblica ai fini della verifica del rispetto della razionalità delle deroghe ai fini della verifica della selettività e meritocrazia della ripartizione (comma 5 dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009).

[554] Che (*fra l'altro*) prevede modalità di finanziamento dei nuovi CCNL triennali sulla base del "paniere dei beni europeo" (IPCA), su cui, fra gli altri: F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT - 86/2009, 6; nonché BELLARDI, *Regole del conflitto e conflitto sulle regole. L'accordo separato sulla revisione del modello contrattuale*, 157 ss., DELL'ARINGA, *La politica dei "due passi"*, 215; CARRIERI, *La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico fra efficacia ed efficienza*, 19, tutti in CARRIERI e NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle Autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2009.

cosiddetta "Manovra d'Estate", manovra correttiva da 29,4 milioni di euro, autorizzata da un doppio voto di fiducia del Parlamento, che dovrebbe ridurre il deficit pubblico dal 5% del 2010 al 2,7 del 2012 ([555]).

La Manovra d'Estate coinvolge anche il lavoro pubblico.

In particolare, "bloccati" i rinnovi contrattuali per il triennio 2010- 2012 e fatta salva la sola erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale (peraltro già corrisposta per l'anno in corso ma rideterminata nei suoi importi per gli anni successivi) ([556]), per gli anni 2011, 2012 e 2013, viene disposto che il trattamento economico *complessivo* da corrispondere ai singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, non potrà superare il trattamento *ordinariamente spettante* nell'anno 2010 ([557]).

Tali previsioni sembrano *prima facie* incidere sugli assetti ipotizzati dal d.lgs. n. 150 del 2009, paralizzando l'operatività degli istituti preposti a retribuire in modo selettivo il merito individuale e collettivo, a partire dal pluricitato art. 19, in quanto la "cristallizzazione" della retribuzione anche accessoria all'ammontare al 2010 renderebbe quasi superflua ogni forma di valutazione delle *performances*, non potendo dalla stessa discendere alcun effetto migliorativo sul piano retributivo individuale. Anche la retribuzione per la produttività individuale, in quanto facente parte ad ogni titolo del trattamento accessorio, subirebbe, infatti, gli stessi effetti di congelamento all'ammontare vigente al 2010. Non ammissibili miglioramenti retributivi dovuti ad un incremento di efficienza, paradossalmente si potrebbe ammettere da parte degli organismi di valutazione solamente una verifica con effetti penalizzanti sulla retribuzione incentivante in precedenza erogata (per mancato o insufficiente raggiungimento degli obiettivi). L'attestazione di un miglioramento delle performance individuali o collettive sulla base del sistema di valutazione rimarrebbe invece priva di riconoscimento.

Sennonché tale lettura, avanzatasi in sede di predisposizione del decreto-legge, sembra poter essere smentita a seguito dalle modifiche apportate dal Governo, in sede di conversione, attraverso il cd. maxiemendamento.

Una diversa soluzione alla questione interpretativa deriva dalla lettura combinata (e costituzionalmente orientata) dei "nuovi" commi 1 e 2-*bis* dell'art. 9. Vigono al riguardo due argomenti, di carattere sistematico e testuale.

Le norme in discussione sembrerebbero costituire due distinti *tetti* retributivi, entrambi insuperabili perché ancorati ai valori in essere al 31 dicembre 2010.

Il primo, che ha carattere individuale, riguarderebbe sia la retribuzione fondamentale (come *stipendio tabellare, indennità integrativa speciale, retribuzione individuale di anzianità, progressioni*

---

[555] Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, con la legge 30 luglio 2010, n. 122 (in S.O. n. 114/L alla G.U., s.g., n. 125, del 31 maggio 2010), recante: «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*».
[556] Cfr. i commi 17 e 18 dell'art. 9 del decreto-legge n. 78 del 2010. Anteriormente le risorse per l'indennità di vacanza contrattuale erano previste dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (finanziaria 2010).
[557] Cfr. il comma 1, dell'art. 9, del decreto-legge n. 78 del 2010.

orizzontali) ([558]), che il trattamento accessorio a carattere fisso e continuativo (*es. indennità di comparto o amministrazione* e *retribuzione di posizione fissa per dirigenti e responsabili di posizione organizzativa*). Tali ultime componenti retributive sono ricorrenti sia nella corresponsione che nella predeterminazione degli importi e, quindi, prive di qualsivoglia discrezionalità nella loro corresponsione da parte dell'amministrazione, esattamente come avviene per la retribuzione fondamentale (in entrambi i casi, cioè, si verte su componenti retributive uguali per tutti i dipendenti in relazione alla qualifica di inquadramento).

Solo in questa maniera si può comprendere il riferimento al congelamento all'anno 2010 del trattamento retributivo "*ordinariamente spettante*", che importa l'esclusione dal computo di tutte quelle componenti "accidentali", ovvero che incidono come eventi "straordinari" della dinamica retributiva *individuale*. Il trattamento retributivo congelato a titolo individuale è, quindi, quello *al netto* degli eventi comunque incidenti sulla dinamica retributiva e collegati al concreto svolgimento della prestazione lavorativa. Tali eventi sono stati in parte elencati (in modo non esaustivo) dalla stessa norma di riferimento, con un'integrazione posta in sede di conversione del decreto-legge. Questi possono agire sia come fattori incrementali della retribuzione "ordinariamente" spettante (straordinario, variazioni dipendenti da eventuali arretrati, conseguimento di funzioni diverse in corso d'anno ([559]), indennità varie come rischio, maneggio valori, reperibilità, turno, missioni all'estero), ovvero penalizzanti (maternità, malattia) ([560]). Ad entrambi i *genus* può appartenere la retribuzione di risultato per la produttività della prestazione che, in virtù della ripartizione del personale nelle tre fasce di merito imposta dall'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009, può essere, a seconda dei casi, sia *penalizzante* che *premiale (incrementale),* rispetto alla retribuzione 2010. Quest'ultima non risulta "congelabile" se non a rischio di impattare con il principio sinallagmatico (di corrispettività) che ha rango costituzionale e che impone che la retribuzione sia proporzionale alla quali-quantità del lavoro svolto (art. 36 Cost.).

Per la dir la verità ad oggi – come si è avvertito – non è mai stata messa in discussione la facoltà di decurtare le somme destinate a remunerare la produttività in esito ad una valutazione non positiva della prestazione lavorativa ([561]). Era invece seriamente in discussione la facoltà di integrare la stessa in conseguenza di un acclarato miglioramento della prestazione.

La sterilizzazione della produttività all'ammontare storico 2010 (che potrebbe essere sostenuta solo se si intendesse il trattamento retributivo da "fotografare" al 31-12-2010, come comprensivo di tutta la parte accessoria della retribuzione, sia fissa e continuativa, che collegata alla produttività ed agli eventi accidentali della prestazione) non appare, dunque, più avallabile a seguito delle

---

[558] A cui andrebbero aggiunti anche le altre voci fisse come assegni *ad personam* o maturati economici annui. Il "blocco" triennale delle *progressioni economiche* sembra, quindi, discendere dalla cristallizzazione del trattamento retributivo fondamentale imposta dal comma 1 dell'art. 9 e non, invece, dal comma 21 dello stesso art.9 decreto-legge che inibisce, sebbene ai soli effetti economici e non giuridici (?!), le progressioni di carriera (*passaggi fra le aree*) comunque denominate, ma non fa accenno a quelle economiche (*passaggi all'interno delle aree*).

[559] Come nei casi di spostamento del dirigente presso funzioni di maggior pregio che comportano una più alta retribuzione di posizione in quota variabile.

[560] La legge fa espresso riferimento anche alle voci retributive dipendenti dall' "*effettiva presenza in servizio*" (come aspettativa senza assegni, congedi parentali non retribuiti, prestazione resa in regime di part-time, ecc…).

[561] Cfr. per esempio il parere della CIVIT del 6 settembre 2010, recante. "*Applicabilità dell'art. 9 del decreto-legge n. 78 del 2010 alla produttività individuale ed alla dirigenza*".

modifiche intervenute in sede di conversione del decreto. Segnatamente, le modifiche hanno eliminato il riferimento alla retribuzione "*in godimento*" (criterio di cassa) per far riferimento al trattamento solo "*ordinariamente*" spettante (competenza); hanno introdotto la tipologia non esaustiva di voci retributive che non rientrano nel blocco retributivo (e che giustificano lo stesso riferimento al trattamento "ordinariamente" spettante, da intendersi come quello congelabile al 31-12-2010); hanno aggiunto il comma 2-*bis* che, senza una lettura coordinata sistematicamente con quanto prescritto al comma 1, sarebbe *inutiliter* dato. Con tale comma 2-*bis*, infatti, è stato introdotto il *secondo tetto*, limitato al fondo per l'accessorio, vincolato nell'ammontare agli importi dell'anno 2010: la retribuzione di produttività e le altre voci accessorie a carattere non continuativo possono oscillare nei limiti di tale fondo che nel triennio è, comunque, destinato a ridursi.

Sono, infatti, previste due distinte ipotesi che potranno comportare l'adeguamento (al ribasso) dei fondi di amministrazione. La prima (art. 9, comma 4) riguarda i comparti e le aree che hanno previsto risorse aggiuntive rispetto alla percentuale di incremento del 3,2%, riconosciuta in via generale dalla legge finanziaria 2009 per i rinnovi contrattuali del biennio 2008-2009 ([562]); la seconda interesserà i casi di cessazioni del personale in servizio, con proporzionale decurtazione dell'organico di fatto (ultimo periodo del comma 2-*bis*) ([563]).

Riassuntivamente, quindi, il limite individuale della retribuzione ordinariamente spettante (fissa e continuativa) è sterilizzato all'ammontare al 31 dicembre 2010 mentre l'accessorio non fisso né continuativo trova il proprio limite all'ammontare certificato del fondo 2010, defalcato nei termini previsti dall'art. 9, comma 4, ovvero ridotto proporzionalmente in virtù delle riduzioni di organico per quanto previsto dal medesimo comma 2-*bis,* ultimo periodo.

Conclusivamente, fermo al corrispondente importo dell'anno 2010 "*l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni*", sussisterebbe la libertà – entro tale tetto limite, che agirebbe quale complessivo vincolo di bilancio – di articolare diversamente la parte accessoria della retribuzione, differenziando di anno in anno il trattamento accessorio collegato al merito attraverso una diversa distribuzione in base alle regole di meritocrazia. Analogamente rimarrebbe

---

[562] Più in dettaglio, l'art. 9, comma 4, del decreto-legge stabilisce che, nell'ambito delle disposizioni sul contenimento delle spese per il personale pubblico, gli aumenti retributivi derivanti dai rinnovi contrattuali del biennio 2008-2009 - anche se stipulati precedentemente all'entrata in vigore del suddetto decreto legge - non debbono superare il limite del 3,2% (fissato dalla legge finanziaria 2009), con alcune eccezioni (comparti Sicurezza, Difesa e Vigili del fuoco). In caso di superamento di tale limite, le clausole difformi non possono trovare applicazione a decorrere dalla mensilità successiva alla data di entrata in vigore del decreto legge (giugno), con conseguente adeguamento dei trattamenti retributivi. Ciò avverrebbe, segnatamente, nei comparti enti locali e sanità, in cui è stata prevista la possibilità di stanziare risorse aggiuntive (rispettivamente nella misura dell'1,5% e dello 0,8%). La riduzione non inciderebbe quindi sulla retribuzione fondamentale, ma solo su quella accessoria, in quanto la stessa sfori la percentuale del 3,2%.

[563] Il fondo, quindi, andrà in ogni caso progressivamente a decrescere in quanto, dall'anno 2010-2011, il tasso di sostituzione del turnover, sarà ridotto – per quanto previsto dalla stessa manovra finanziaria – all'ammontare di spesa pari al 20% di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente ed ad un numero non superiore al 20% delle unità cessate (art. 9, comma 5, decreto-legge n. 78 del 2010).

ferma "*l'immutabilità dello stipendio tabellare e delle altre voci fisse*", congelate direttamente dai commi 1 e 17 dell'art.9, che riguarda i rinnovi contrattuali ([564]).

Ai nostri fini deriva la conferma dell'essenzialità della valutazione collettiva ed individuale della prestazione ai fini della corresponsione della parte della retribuzione collegata al merito (a partire dalla tre fasce) ma anche degli altri istituti premiali previsti dal d.lgs. n. 150 del 2009.

Risulta in ogni caso evidente che la lettura che qui si propone dipende dalla pregnanza che si intende attribuire al riferimento contenuto nell'art. 9, comma 1, nei confronti del "trattamento complessivo dei *singoli* dipendenti*… ivi compreso il trattamento accessorio*".

Qualora tuttavia rimanesse ferma l'interpretazione affacciatasi in sede di prima stesura del decreto, al di là dei dubbi di costituzionalità posti, si infliggerebbe un colpo formidabile e quasi decisivo al principale cuore virtuoso della "riforma Brunetta", quello dell'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, che passa sulla valutazione e sulla reale premialità retributiva dei dipendenti. Su di essa si incarna quell' "istinto" di convergenza con il settore privato ([565]), che costituiva più un afflato ideale per la nuova riforma che non l'obiettivo di un'impossibile ed anzi pericolosa assimilazione dei due modelli. Il cuore pulsante della riforma presuppone e postula la disciplina del merito e del giusto riconoscimento del lavoro del dipendente nell'interesse di un'amministrazione più efficiente, trasparente e vicina agli utenti dei servizi pubblici; poggia sul pilastro di una dirigenza autonoma e responsabile nonché sui nuovi sistemi ed organismi di valutazione; si basa sul riconoscimento di incentivi di tipo economico in ogni caso "riorganizzati" dalla contrattazione integrativa ([566]).

Se non si affermerà una linea interpretativa di tale portata, che ragioni sull'impatto sistemico della manovra in relazione alle finalità della riforma stessa, si confermerà ancora una volta che il pubblico impiego costituisce e va rivisto sostanzialmente nell'ottica del contenimento della spesa pubblica. Soprattutto risulterà frustrato ogni sforzo e speranza di cambiamento che postula, invece, la costituzione di un modello normativo e comportamentale che contrasti, anche in questo delicato e maltrattato settore, il "mal di merito" che affligge un intero Paese.

---

[564] Nessuna norma del decreto-legge ha inteso paralizzare l'applicabilità delle fasce di merito dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009, anche se in una prima bozza dello stesso se ne sosteneva il rinvio al 2013, unitamente a tutto il sistema di valutazione. Tale previsione non è stata ribadita, con ciò implicitamente validando la lettura qui avallata.

[565] Art. 2, comma 1, lett. a), legge 4 marzo 2009, n. 15 (la legge contenente la delega da cui è scaturito il d.lgs. n. 150 del 2009).

[566] ALAIMO, *cit.*, 32, che correttamente evidenzia come il ruolo di fonte primaria della contrattazione integrativa per la determinazione del salario accessorio non viene messo in discussione dalla riforma, ancorché venga enfatizzata la funzionalizzazione della stessa alla valorizzazione dei meccanismi di incentivazione della produttività e della meritocrazia. Per cui "l'inaridimento di tale fonte, con la manovra finanziaria, sia sotto il profilo quantitativo, ma *pour cause*, anche qualitativo, non potrà (*rectius* potrebbe: *ndR*) che "azzoppare" nei prossimi anni la riforma stessa".

Il fattore *new-comer* di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di Giustizia*

Veronica Papa

1. *Last and least*? La discriminazione per motivi di età nell'ordinamento giuridico europeo 197

2. Il bilanciamento tra principio di non discriminazione per età e legittime finalità di politica sociale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia 198

3. I limiti di liceità dei criteri di differenziazione *age-related* nei casi *Wolf*, *Petersen* e *Kücükdeveci* 201

3.1 I casi *Wolf* e *Petersen*: il declino delle capacità di lavoro connesso all'età tra essenziali requisiti occupazionali e legittime finalità di politica sociale 202

3.1.1 … segue: la discriminazione nei riguardi dei lavoratori anziani tra"*kernel effect*" e pregiudizi 204

3.2 La sentenza *Kücükdeveci*. Esigenze di gestione flessibile dei dipendenti e graduazione dei termini di preavviso di licenziamento in base all'età: obiettivi legittimi e mezzi inadeguati 207

3.3 La c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive: un altro passo verso l'efficacia diretta orizzontale? 209

4. Considerazioni conclusive: le asimmetrie interpretative del principio di non discriminazione 212

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 85/2010

1. *Last and least*? La discriminazione per motivi di età nell'ordinamento giuridico europeo

«*Il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione […] tuttavia, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri*»"[567].

Fin dai *considerando* della direttiva 2000/78 – che ha introdotto uno specifico divieto di discriminazione legato all'età nell'ordinamento giuridico comunitario[568], nel contesto di una direttiva volta a stabilire un «*quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*» – la caratteristica protetta "età" esibisce vistose differenze rispetto agli altri criteri di differenzazione vietati dal diritto antidiscriminatorio europeo. E infatti, lungi dall'essere considerata meritevole di tutela giuridica in sé e per sé, quale diritto fondamentale della persona, la *ratio* del divieto di discriminazioni legate all'età viene espressamente riconnessa dal legislatore – in un'ottica che richiama alla mente il funzionalismo delle origini – alla realizzazione delle politiche occupazionali. Per di più, lo stesso riconoscimento del divieto di discriminazioni basate sull'età, dichiaratamente ancillare al buon funzionamento del mercato del lavoro, viene internamente limitato dall'esplicita ammissibilità di forme di differenziazione, giustificate, in particolare, dal perseguimento di «*obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale*».

Come ampiamente noto, infatti, tale divieto è oggetto di numerose eccezioni di portata generale, alcune delle quali sarebbero del tutto inimmaginabili se applicate ad altri fattori, quali ad esempio la razza o il genere[569]. Infatti, in aggiunta alle esclusioni dall'ambito di operatività del divieto in questione – relative alle forze armate e di polizia, sancite dall'art. 3, comma 4 – e a quelle determinate dalla sussistenza di un indispensabile requisito di carattere occupazionale – ex art. 4 della direttiva – il legislatore comunitario, solo per la discriminazione legata all'età, ha introdotto una inusitata clausola generale di giustificazione delle discriminazioni dirette.

In particolare, l'art. 6, n. 1, stabilisce che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione «*laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*»[570].

---

[567] Considerando n. 25 direttiva 2000/78.

[568] Pur nella consapevolezza che, come ha ricordato CARUSO (*Diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *WP C.S.D.L.E.*, 2010, n. 81, p. 2), nella fase post-Lisbona, non si può più parlare di ordinamento comunitario, «ma di un diverso ordinamento giuridico: l'ordinamento dell'Unione Europea» e che tale mutamento istituzionale comporterà anche «un immediato riflesso lessicale» (dal momento che occorrerà, d'ora in poi, parlarsi di ordinamento europeo e non più comunitario), si utilizzerà comunque, per maggiore comodità e chiarezza espositiva, nel prosieguo di questo commento, il termine "comunitario".

[569] Così SARGEANT, *Age Discrimination, Redundancy Payments and Length of Service*, in *Modern law review*, 2009, n. 4, p. 634.

[570] Come si è condivisibilmente affermato, le previsioni derogatorie contenute nell'art. 6 appaiono qualitativamente differenti da quelle applicabili agli altri fattori di discriminazione vietati; per tutte le altre caratteristiche di differenziazione vietate, infatti, un prin-

Le motivazioni del trattamento "discriminatorio" subito dal *ground* dell'età sono state ampiamente indagate. Senza dubbio, la consapevolezza della specificità dell'età rispetto alle altre caratteristiche protette può avere inciso sulla formulazione particolarmente "sfumata" del divieto di discriminazione in questione: «l'età è un criterio fluido» e per sua natura «non è un "indice" di discriminazione, almeno non alla stessa stregua, per esempio, della razza o del sesso»; inoltre le disparità di trattamento per motivi legati all'età sono «molto diffuse nell'ordinamento giuridico e, in particolare, nella legislazione sociale e del lavoro»[571].

Con riferimento alla caratteristica protetta in discorso, poi, «stabilire dove finiscano le disparità giustificate e dove inizino quelle non giustificate può essere […] molto più difficile che nel caso, per esempio, della disparità di trattamento in ragione del sesso»[572]: ed infatti se ogni differenza di trattamento basata su stereotipi risulta lesiva della dignità della persona, e dunque intrinsecamente discriminatoria, non tutte le differenze di trattamento basate sull'età possono essere considerate discriminatorie[573].

Un altro elemento cui generalmente si riconnette il trattamento differenziato riservato alla caratteristica protetta in questione è la scarsa dimestichezza degli Stati membri con un criterio generalmente utilizzato come strumento di organizzazione del mercato del lavoro e dei sistemi di welfare[574]; vale la pena infatti di ricordare che la considerazione del fattore "età" come *ground* vietato di discriminazione è relativamente recente[575] rispetto agli altri motivi di discriminazione disciplinati dalla direttiva quadro 2000/78.

2. Il bilanciamento tra principio di non discriminazione per età e legittime finalità di politica sociale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'indagine sui margini di discrezionalità statale nella giustificazione delle disparità di trattamento direttamente connesse all'età si è collocata, nel corso degli anni, al centro delle attenzioni interpretative dei giudici comunitari, per lo più orientate, in questa materia, alla fissazione di argini interpretativi alla deroga in bianco contenuta nell'art. 6.

A partire dalla decisione resa nel caso *Mangold*[576], infatti, la legislazione controversa – che prevedeva la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato a-causali con lavoratori

---

cipio generale e comunemente accettato stabilisce che la discriminazione diretta può essere giustificata solo con riferimento a specifiche eccezioni sancite dalla legge; in argomento, cfr. WADDINGTON, BELL (*More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives*, in *Common market law review*, 2001, n. 3, p. 599).

571 Conclusioni dell'Avvocato Generale del 23 settembre 2008, nella causa C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (caso noto come *Age Concern England*), punto 74.

572 Conclusioni *Age Concern England*, p. 74.

573 Peraltro, come ricordano WADDINGTON e BELL (*Reflecting on inequalities in European equality law*, in *European law review*, 2003, n. 3, p. 349), se l'appartenenza ad alcune categorie protette è da considerarsi del tutto ininfluente sul corretto svolgimento di una prestazione lavorativa (si pensi alle ipotesi della razza o dell'orientamento sessuale), in alcuni casi, le situazioni protette dalla direttiva possono influire sull'idoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa (così ad esempio nel caso dell'età o della disabilità).

574 Sul punto, v. BONARDI, *Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione Europea. I vecchi e i giovani: il punto di vista del diritto antidiscriminatorio*, in *Biblioteca della libertà*, 2008, n. 190, p. 65.

575 Cfr. FREDMAN, *Introduction,* in FREDMAN e SPENCER (a cura di), *Age as an equality issue. Legal and political perspectives*, 2003, Oxford, Portland, Hart, p. 1, che definisce l'età come un «*relative newcomer to the equality arena*».

576 Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*.

"anziani" – dichiarata in contrasto con il principio generale di non discriminazione legata all'età, era stata sottoposta dalla Corte allo scrutinio di compatibilità con la direttiva-quadro proprio ai sensi della c.d. clausola di "*general defence*"[577].

Nonostante il test di legittimità delle misure di politica sociale direttamente discriminatorie, e tuttavia giustificabili ai sensi dell'art. 6.1., possa quantomeno considerarsi più stringente di quello correlato all'accertamento delle giustificazioni per le discriminazioni indirette[578], il rigore necessario nella verifica dei parametri delineati dall'art. 6 non appare dissimile da quello richiesto in un ordinario test di proporzionalità.

Come ha chiarito l'Avvocato Generale Kokott nelle Conclusioni presentate nel recente caso *Andersen*: la «formulazione alquanto ridondante» dell'art. 6. non fa altro che definire «i requisiti generali, riconosciuti nel diritto dell'Unione, concernenti la giustificazione di una disparità di trattamento». Dunque, secondo l'interpretazione fornita dall'AG, nel complesso, ai fini della giustificazione di una discriminazione diretta in ragione dell'età si richiede soltanto che «la relativa misura si fondi su una finalità legittima e regga ad un esame della proporzionalità»[579].Nella verifica della giustificabilità di una disposizione nazionale che utilizzi l'età quale diretto criterio di differenziazione tra situazioni giuridiche comparabili, occorrerà quindi verificare: a) se sussista una disparità di trattamento; b) se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima[580] e c) se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità[581].

Con riferimento alle tipologie di interessi perseguibili attraverso le disparità in commento, la Corte ha avuto modo di puntualizzare che «per il loro carattere d'interesse generale, tali finalità legittime sono diverse dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività, senza che peraltro si possa escludere che una norma nazionale riconosca, nel perseguimento delle suddette finalità legittime, un certo grado di flessibilità in favore dei datori di lavoro»[582].

---

[577] Così la definisce HEPPLE, *Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC*, in FREDMAN e SPENCER (a cura di), cit., p. 85.

[578] Sulla differenza tra discriminazioni dirette e indirette con riguardo all'età, cfr., da ultimo, le conclusioni presentate il 6 maggio 2010 dall'Avvocato generale Kokott (nella causa 499/08, *Ole Andersen*) nelle quali è possibile leggere che se «*prima facie*, una distinzione […] fondata sulla sussistenza o meno di un diritto esigibile alla pensione» sembra utilizzare «un criterio neutrale che solo sotto il profilo dei suoi effetti pratici si ripercuote in maniera negativa prevalentemente sui lavoratori anziani» (§ 33), in realtà il criterio della sussistenza di un diritto alla pensione di anzianità non può considerarsi «un criterio distintivo obiettivo, bensì un criterio direttamente legato all'età della persona di cui trattasi» (§ 38).

[579] Conclusioni *Ole Andersen*, cit., par. 47.

[580] Peraltro, nell'indagine sulla giustificabilità delle disposizioni nazionali, la valutazione della legittimità dei fini non dovrebbe mai essere disgiunta dall'analisi sulla congruità dei mezzi impiegati. Così, ad esempio, è avvenuto nel caso *Hütter* (Corte di Giustizia 18 giugno 2009, causa C-88/08*, David Hütter c. Technische Universität Graz*), laddove la Corte si è soffermata su una analisi delle finalità della normativa nazionale e sulla loro (s)proporzione rispetto alle disparità di trattamento operate dalla legislazione controversa.

[581] Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, presentate il 30 giugno 2005, nella causa C-144/04, *Mangold contro Rüdiger Helm*, § 85.

[582] Corte di Giustizia 5 marzo 2009 C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform,* punto 46; questa impostazione sembra essere stata parzialmente superata con il riconoscimento della legittimità del fine della gestione flessibile dei dipendenti da parte del datore di lavoro nella sentenza *Kücükdeveci*, sulla quale, v. *infra*.

Qualche perplessità permane però sul grado di specificità delle giustificazioni in esame, dal momento che, leggendo le argomentazioni della Corte, sembrerebbe ammissibile ex art. 6 anche una normativa che non riporti alcuna giustificazione espressa, qualora la giustificazione stessa possa essere dedotta da altri elementi «attinenti al contesto generale della misura interessata»[583].

Sul punto, a rimarcare ancora una volta il carattere di "fanalino di coda"[584] del *ground* di discriminazione in esame, basta solo richiamare alla mente il differente grado di pregnanza assunto dall'indagine sulla legittimità delle discriminazioni (peraltro indirette) legate al sesso, nel caso *Seymour-Smith e Perez*, laddove si era affermato che «semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a promuovere l'avviamento al lavoro, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito dalla norma controversa sia estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che il detto provvedimento sia idoneo a contribuire alla realizzazione di questo obiettivo»[585].

In ordine alla definizione del margine di apprezzamento statale nella scelta delle misure di politica sociale, poi, se del tutto consolidato appare il principio secondo cui «gli Stati membri dispongono di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione»[586] , non altrettanto certi appaiono i parametri di valutazione della proporzionalità delle misure nazionali adottate nel perseguimento delle finalità di politica sociale.

E infatti, se, in *Mangold*, la Corte ha vagliato la possibilità per gli Stati membri di utilizzare l'età come strumento di regolazione del mercato del lavoro secondo i parametri di un "*intensive scrutiny*"[587], la giurisprudenza successiva appare per lo più indirizzata nel senso della diluizione interpretativa del test di proporzionalità. Basta, a tal fine, comparare il "*searching scrutiny*"[588] adottato nella sentenza immediatamente successiva in materia di discriminazione connessa all'età (caso *Palacios de la Villa*[589]) – laddove si è affermata la legittimità della misura nazionale controversa qualora «la misura in parola, benché fondata sull'età, sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima relativa alla politica del lavoro e al mercato del lavoro» – per accorgersi dello slittamento dello standard di compatibilità della disposizione nazionale (in ipotesi) discriminatoria dal paradigma della necessità a quello della mera non irragionevolezza.

---

583 Corte di Giustizia, 16 ottobre 2007, C-411/95*, Félix Palacios de la Villa e Cortefiel Servicios SA*, paragrafo 57.

584 IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 14.

585 Corte di giustizia 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Regina e Secretary of State for Employment, ex parte: Nicole Seymour-Smith e Laura Perez,,* paragrafo 76. In questo senso, v. CONNOLLY, *Forced retirement, age discrimination and the Heyday*, in *Industrial law journal*, 2009, n. 2, p. 235.

586 Cfr. le sentenze *Mangold*, punto 63, e *Palacios de la Villa*, punto 68.

587 Così KILPATRICK (*The ECJ and Labour Law: A 2008 Retrospective*, in *industrial law journal*, 2009, p. 188).

588 KILPATRICK, *The ECJ and Labour Law,* cit., p. 188.

589 Nel caso *Palacios de la Villa*, la disposizione oggetto di controversia consentiva l'automatica risoluzione del rapporto di lavoro al raggiungimento di una data età e di una pensione minima. Nello stesso senso v. anche LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 4, p. 508 ss.

3. I limiti di liceità dei criteri di differenziazione *age-related* nei casi *Wolf*, *Petersen* e *Kücükdeveci*

Con le decisioni rese nei casi *Wolf*[590], *Petersen*[591] e *Kücükdeveci*[592], la Corte di Giustizia è tornata a esercitare la sua «peculiare funzione nomofilattica»[593] su profili afferenti all'interpretazione del motivo di discriminazione "più giovane"[594] del diritto antidiscriminatorio comunitario.

Le questioni sollevate dalle autorità giudiziarie rinvianti avevano ad oggetto la compatibilità con la direttiva-quadro di alcune previsioni legislative in vigore nell'ordinamento tedesco e, in particolare, vertevano sulla possibilità per il legislatore nazionale di giustificare discriminazioni dirette ai danni di lavoratori anziani (o giovani, nel caso *Kücükdeveci*) sulla base di caratteristiche presuntivamente correlate all'età degli stessi.

Più in dettaglio, nel caso *Wolf*, la disposizione sottoposta alla verifica di conformità ai canoni del diritto antidiscriminatorio comunitario prevedeva la fissazione di limiti massimi di età per l'assunzione nel servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco; nel caso *Petersen*, il rinvio pregiudiziale aveva ad oggetto la giustificabilità del limite di 68 anni quale età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato; infine, nella sentenza *Kücükdeveci*, si discuteva della compatibilità comunitaria di una disposizione che stabiliva un'età minima per il computo dei periodi di lavoro rilevanti ai fini del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento.

Gli interrogativi emergenti dai casi in commento sono numerosi e chiamano in causa, nei casi *Wolf* e *Petersen*, gli incerti confini della discrezionalità concessa ai legislatori nazionali dalla clausola di giustificazione "*omnibus*" dettata dalla direttiva (ex art. 6.1.) e il rapporto tra la causa di giustificazione in argomento e l'eccezione motivata dalla sussistenza di requisiti indispensabili per lo svolgimento dell'attività lavorativa (ex art. 4.1); nella sentenza *Kücükdeveci*, la questione degli effetti orizzontali del principio generale di non discriminazione per età e dei poteri del giudice nazionale nelle ipotesi di contrasto insanabile, emergente in una controversia interprivata, tra le disposizioni interne e la direttiva.

Se, come si è visto, le disposizioni sottoposte allo scrutinio di legittimità della CGUE nei casi *Wolf* e *Petersen*, malgrado la divergenza degli strumenti giuridici utilizzati per la risoluzione delle due controversie[595], appaiono tendenzialmente ricollegabili al tema della fissazione di limiti massimi di età e sono dunque suscettibili di una considerazione unitaria (§. 3.1); parzialmente diversa appare la materia del contendere, così come il rilievo "ordinamentale", della sentenza *Kücükdeveci*, la quale sarà per questa ragione oggetto di trattazione autonoma (§. 3.2).

---

[590] Corte di giustizia 12 gennaio 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main* (C-229/08).

[591] Corte di giustizia 12 gennaio 2010, *Petersen c. Berufungsausschuss fur Zahnarzte fur den Bezirk Westfalen-Lippe* (C-341/08).

[592] Corte di giustizia 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co KG* (C-555/07).

[593] Così la definisce BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, 2007, Milano, Giuffrè, p. XXXVIII.

[594] L'espressione è utilizzata da BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA, cit., p. 125.

[595] Ossia la finalità legittima di politica sociale, in un caso, e la sussistenza di un requisito indispensabile allo svolgimento del lavoro, nell'altro, come si avrà modo di precisare *infra*.

3.1 I casi *Wolf* e *Petersen*: il declino delle capacità di lavoro connesso all'età tra essenziali requisiti occupazionali e legittime finalità di politica sociale

Come anticipato *supra*, nel caso *Wolf* si chiedeva ai giudici di Lussemburgo di stabilire se l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 consentisse di giustificare la fissazione di un limite massimo di età (30 anni) per l'assunzione nel servizio tecnico dei vigili del fuoco. Nel caso *Petersen*, la questione aveva ad oggetto la compatibilità con la direttiva di una normativa nazionale che disponeva un limite di età massima (68 anni) per l'esercizio dell'attività di dentista convenzionato.

In entrambe le decisioni, mentre le autorità giudiziarie rinvianti avevano ritenuto che l'indagine sulla legittimità comunitaria delle misure nazionali dovesse essere condotta con riferimento all'art. 6 della direttiva, la Corte ha operato una qualificazione divergente dei parametri di valutazione delle differenziazioni di trattamento[596].

Con una interessante puntualizzazione circa i limiti procedurali del sindacato in via pregiudiziale, si è infatti affermato che la Corte può fornire all'autorità giudiziaria nazionale tutti gli elementi interpretativi del diritto comunitario che possano consentire di dirimere la controversia, «a prescindere dal fatto che il detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni»[597].

Su queste premesse, nel caso *Wolf*, i giudici comunitari hanno provveduto ad esaminare la legittimità del limite massimo di età per l'assunzione sul fondamento dell'esimente delineata dall'art. 4, n. 1, ai sensi del quale una disparità di trattamento basata su una «*caratteristica correlata*» a uno dei criteri di differenziazione vietati non costituisce discriminazione, laddove tale caratteristica costituisca un «*requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*»[598].

Nell'affermare la legittimità del fine sotteso alla disparità di trattamento direttamente connessa all'età dei candidati all'assunzione, la Corte ha richiamato *ad adiuvandum* il diciottesimo considerando della direttiva, secondo il quale quest'ultima non può avere l'effetto di costringere i servizi di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano «*i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare*».

Per ciò che attiene al profilo dell'essenzialità e indispensabilità del requisito della prestanza fisica per lo svolgimento dell'attività di vigile del fuoco, la Corte ha avuto modo di rilevare – accogliendo, sul punto, i chiarimenti forniti dal governo tedesco – che i componenti del servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco svolgono compiti (quali, ad esempio, la lotta agli incendi o il soccorso alle persone) particolarmente impegnativi dal punto di vista della forza fisica. Pre-

---

[596] Sulle conseguenze interpretative del mutamento "d'ufficio" dei parametri di giudizio, operato dai giudici comunitari nei casi in commento, si v. *infra*, § 3.1.1. In argomento cfr. CURCIO, *Corte di giustizia e divieto di discriminazioni: novità giurisprudenziali*, in www.europeanrights.eu.

[597] Cfr. la sentenza *Wolf*, punto 32, e, con formulazione analoga, v. il paragrafo 48 della sentenza *Petersen*.

[598] Con riferimento alla correlazione, imposta dall'esimente in discorso, tra la caratteristica indispensabile allo svolgimento del lavoro (in questo caso, la prestanza fisica) e il motivo di differenziazione utilizzato dal legislatore (ossia l'età), i giudici comunitari, sulla base di dati scientifici prodotti dal governo tedesco, derivanti da studi condotti nell'ambito della medicina del lavoro, hanno ritenuto sussistente il nesso tra (giovane) età e possesso di capacità fisiche idonee allo svolgimento del servizio.

messe queste considerazioni, si è ritenuto che il possesso di capacità fisiche particolarmente elevate possa essere considerato un requisito essenziale e determinante, ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, per l'esercizio della professione di vigile del fuoco.

Con riguardo al test di proporzionalità in senso stretto, poi, i giudici hanno sottoposto a scrutinio tanto l'idoneità del limite di età rispetto al perseguimento della finalità dichiarata, quanto la sua non eccedenza rispetto a ciò che è necessario per il suo raggiungimento. In questa prospettiva - dopo aver ricordato che l'età di assunzione del funzionario determina il periodo di tempo «durante il quale egli sarà in grado di svolgere compiti impegnativi dal punto di vista fisico» e che un'assunzione in età avanzata non può considerarsi idonea ad assicurare che «i funzionari così impiegati siano assegnati a detti compiti per una durata sufficientemente lunga»[599] - la Corte ha affermato la compatibilità del limite massimo di età per l'assunzione con l'art. 4 della direttiva.

Nel caso *Petersen*, il giudice del rinvio aveva individuato tre obiettivi perseguiti dalla legislazione controversa: la tutela della salute dei pazienti; la ripartizione delle possibilità di impiego tra le generazioni e l'equilibrio finanziario del sistema sanitario tedesco.

Anche in questa occasione, la Corte ha proceduto ad una ri-qualificazione della questione giuridica sottoposta al suo sindacato. Ed infatti, con riferimento alla giustificabilità della disparità di trattamento direttamente motivata dall'età, il percorso argomentativo si è snodato lungo due direttrici diverse.

In primo luogo, i giudici hanno vagliato la legittimità dell'obiettivo della tutela della salute dei pazienti secondo i dettami dell'art. 2, n. 5 della direttiva, ai sensi del quale la stessa lascia impregiudicate le misure nazionali che si rendano necessarie ai fini della tutela di alcuni interessi tipicamente riconnessi alla sovranità statale, tra cui la salute dei cittadini. Sulla base di questa disposizione, la Corte ha ritenuto che uno Stato membro possa legittimamente fissare un limite di età all'esercizio di una professione medica, quale quella di dentista, per tutelare la salute dei pazienti, giungendo, tuttavia, all'esito della valutazione delle eccezioni alla normativa nazionale controversa, a dichiararne l'incoerenza (e dunque l'illegittimità) rispetto al fine della tutela della salute degli utenti. In particolare, si è ritenuto che l'esclusione dal campo di applicazione del limite massimo di età dei medici non convenzionati costituisca una deroga talmente ampia da inficiare la credibilità del fine di tutela della salute dei pazienti[600].

Esclusa la compatibilità con la direttiva del primo obiettivo enunciato dal giudice del rinvio (tutela della salute dei pazienti), nell'indagine sulla legittimità della seconda finalità perseguita dalla normativa controversa – ossia la ripartizione delle possibilità di impiego tra le generazioni – condotta alla luce dell'art. 6, n. 1, i giudici comunitari hanno ritenuto che una disposizione adottata per favorire l'accesso dei giovani all'esercizio della professione di dentista può essere considerata una

---

[599] Sentenza *Wolf* , p. 43.

[600] La valutazione delle deroghe alla normativa controversa ha consentito alla Corte di formulare l'importante affermazione di principio secondo cui una deroga al «divieto di discriminazioni […] deve essere interpretata restrittivamente» (sentenza *Petersen*, par. 60). Anche il terzo obiettivo enunciato dal giudice del rinvio – ossia l'equilibrio finanziario del sistema sanitario – è stato esaminato dalla Corte secondo quanto disposto dall'art. 2 n. 5 e si è ritenuto che, in questo caso, l'esclusione dei medici non convenzionati dal campo di applicazione del limite di età controverso, non rientrando «in un settore di cui lo Stato è finanziariamente responsabile», non è tale da inficiare la coerenza dell'obiettivo di tenuta del sistema sanitario. Pertanto «nei limiti in cui la misura che mantiene in vigore il detto limite di età mira a prevenire un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza pubblica al fine di raggiungere un elevato livello di tutela della salute, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare, tale misura può essere considerata compatibile con l'art. 2, n. 5, della direttiva» (sentenza *Petersen*, par. 63 ss.).

misura rientrante nella politica dell'occupazione, come tale idonea a giustificare una disparità di trattamento direttamente legata all'età.

Con riferimento al carattere di appropriatezza e necessità del limite di età ai fini del perseguimento dell'obiettivo di solidarietà intergenerazionale, i giudici del Lussemburgo, richiamando i consueti parametri dell'ampia discrezionalità statale in materia di politica sociale, hanno infatti affermato che «in presenza di una situazione in cui si riscontri un numero eccessivo di dentisti convenzionati o di un rischio latente di sopravvenienza di tale situazione, uno Stato membro può ritenere necessario imporre un limite di età […], al fine di facilitare l'accesso all'occupazione dei dentisti più giovani»[601].

All'esito del processo valutativo condotto sulla disposizione controversa, i giudici comunitari hanno dunque ritenuto "non irragionevole" che uno Stato membro possa considerare che l'applicazione di un limite di età, comportante l'esclusione dal mercato del lavoro dei professionisti più anziani, possa favorire l'occupazione dei lavoratori più giovani, con ciò dando prova di un approccio rigidamente *supply-oriented* alla questione della ripartizione delle possibilità di lavoro, il cui fondamento scientifico è stato peraltro a più riprese contestato[602].

3.1.1 … segue: la discriminazione nei riguardi dei lavoratori anziani tra "*kernel effect*" e pregiudizi

Il tratto distintivo della sentenza *Wolf* risiede nella (inedita) adozione, nell'indagine sulla legittimità di una disparità di trattamento direttamente collegata all'età, dello strumento derogatorio predisposto dall'art. 4 della direttiva – ossia la sussistenza di un requisito essenziale e indispensabile allo svolgimento di una prestazione lavorativa, individuato, in questo caso, nella prestanza fisica.

Sulla soluzione ermeneutica prescelta dai giudici del Lussemburgo è però possibile avanzare un'obiezione di carattere sistematico[603]: infatti, una volta effettuata l'opzione per la giustificabilità di una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 4, sarebbe risultato maggiormente opportuno precisare i rapporti intercorrenti tra i meccanismi giustificativi predisposti, rispettivamente, dagli articoli 4 e 6 della direttiva[604].

---

[601] Sentenza *Petersen*, p. 73.

[602] Si v. in argomento MANFREDI, VICKERS, *Retirement and Age Discrimination: Managing Retirement in Higher Education*, in *Industrial law journal*, 2009, n. 4, p. 343 ss. Come sottolinea BONARDI (*Le discriminazioni basate sull'età*, cit., p. 130 ss.), l'idea della «staffetta tra vecchi e giovani» presuppone una visione «semplicistica del mercato del lavoro, che parte dal presupposto che vi sia un numero fisso di posti che possa essere *tout court* passato da alcuni lavoratori ad altri».

[603] Come ha osservato VALLAURI, (*Rapporto di lavoro e appartenenza di genere: la discriminazione e i congedi parentali*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da AJANI e BENACCHIO, Vol. V, Torino, Giappichelli, 2009, p. 226), i margini di apprezzamento dell'essenzialità di un requisito occupazionale rappresentano «la cartina di tornasole della effettività della normativa antidiscriminatoria, in quanto a seconda che si restringa o si dilati l'area dei requisiti ritenuti essenziali, si dilata o si restringe la nozione di discriminazione».

[604] Secondo CHIECO (*Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, n. 1, p. 81), l'ipotesi delineata all'art. 4 configurerebbe non un'eccezione all'operatività del divieto di discriminazioni, ma una fattispecie «esterna ed estranea alla discriminazione, poiché attinge alla stessa possibilità (materiale ovvero giuridica) di svolgere la prestazione lavorativa».

Sul punto, invece, è possibile rinvenire nelle motivazioni della sentenza solo la sbrigativa affermazione secondo cui, dal momento che la disparità di trattamento in funzione dell'età risulta legittima ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, non si rende necessario verificarne la compatibilità con l'art. 6 della stessa[605]. Malgrado sia possibile arguire ben poco dalla lapidaria formulazione, pare di potersi sostenere la diversità strutturale dei test di legittimità delle discriminazioni direttamente connesse sull'età ex artt. 4 e 6: difatti, mentre il primo è volto a verificare se un requisito correlato all'età sia essenziale rispetto alla natura di un'attività lavorativa[606], il secondo avrà ad oggetto unicamente la ricerca di una finalità legittima per la differenziazione in questione[607].

Le due ipotesi derogatorie, lungi dal poter essere considerate complementari o fungibili, dovrebbero considerarsi alternative; e, dunque, da questo punto di vista, potrebbe giustificarsi la scelta della Corte che, dopo aver riscontrato l'essenzialità del requisito occupazionale, non ha ritenuto necessario procedere all'accertamento dei requisiti previsti dall'art. 6. Tuttavia, è proprio l'inquadramento della fattispecie *sub specie* di «*requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa*» a destare perplessità; e infatti, se può agevolmente concordarsi sulla circostanza che il possesso di caratteristiche di prestanza e resistenza fisica costituisca un requisito imprescindibile per il lavoro sul campo nel corpo dei vigili del fuoco professionali, lo stesso non può dirsi per l'anzianità anagrafica del candidato all'assunzione.

A tal proposito, occorre rimarcare che, nel caso *Wolf*, al momento della presentazione della candidatura, il ricorrente si trovava innegabilmente in possesso delle caratteristiche fisiche essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa[608]: la questione giuridica oggetto di controversia, dunque, lungi dal riguardare la sussistenza attuale dei requisiti indispensabili per lo svolgimento della prestazione – oggetto della previsione derogatoria ex art. 4 – poteva, al più, riconnettersi alla possibilità che simili requisiti non venissero conservati abbastanza a lungo nel corso del rapporto di lavoro[609].

Da questa prospettiva, la necessità di possedere caratteristiche idonee allo svolgimento della prestazione per un periodo di tempo ragionevole prima del raggiungimento dell'età pensionabile, più che apparire inquadrabile quale "scriminante" ex art. 4 sembra attagliarsi al contenuto dell'art. 6 della direttiva, costituendone, anzi, una delle ipotesi testualmente regolate[610]. Dietro il

---

[605] Sentenza *Wolf*, punto 45.

[606] LOY, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2008, n. 4, p. 531.

[607] Ed infatti il tratto caratteristico dell'art. 6 è che esso «consente la giustificazione di pratiche apertamente discriminatorie per ragioni non correlate alle caratteristiche del lavoro» (così CONNOLLY, *Compulsory retirement and age discrimination: a new deference to derogation?,* in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2008, n. 3, pp. 181.

[608] Infatti, al momento del rigetto della sua candidatura, il sig. Wolf aveva 31 anni, mentre il punto iniziale della parabola discendente nella prestanza fisica richiesta per le prestazioni di soccorso sul campo era stato individuato dallo stesso governo tedesco intorno all'età di 45-50 anni.

[609] Oltre a ciò, la pronuncia in commento lascia presagire un'interpretazione tutt'altro che restrittiva dei caratteri dell'essenzialità e dell'indispensabilità richiesti per i requisiti occupazionali ex art. 4: nell'identificare il "genuino requisito occupazionale" nella prestanza fisica correlata all'età, la Corte sembra oltrepassare i confini tra età e forma fisica, accogliendo senza riserve che l'idea che l'aumento dell'età sia *di per sè* indicativo di inidoneità fisica.

[610] Si fa riferimento all'art. 6, n. 2, lett. c), che annovera tra le finalità idonee a legittimare una differenza fondata sull'età proprio «*la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento*».

formale paravento dell'indispensabile requisito "occupazionale", pare allora celarsi, ancora una volta, l'uso della clausola di giustificazione "*open-ended*" contenuta nell'art. 6, laddove la pragmatica «*necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento*» costituisce espressa causale giustificativa della fissazione di limiti massimi per l'età di assunzione[611].

Nel caso *Petersen*, nonostante la soluzione della questione si fosse ancorata alla sussistenza di una legittima finalità di politica sociale (la solidarietà intergenerazionale), la Corte ha mostrato di ritenere che la diminuzione delle potenzialità fisiche legata all'età possa essere idonea a giustificare una discriminazione diretta fondata sull'età.

La presunzione dell'inarrestabile declino delle competenze connesso all'età è tuttavia suscettibile di essere contestata, in primo luogo, per la sua genericità: mentre nel caso *Wolf* il governo tedesco aveva allegato delle prove scientifiche a supporto della presumibile diminuzione delle capacità psico-fisiche necessarie all'assolvimento dei compiti dei vigili del fuoco, nel caso *Petersen*, al contrario, la Corte ha mostrato di accettare la tesi della connessione tra innalzamento dell'età anagrafica e declino delle capacità psico-fisiche quale principio generale, idoneo a fungere da giustificazione oggettiva di una disposizione normativa direttamente discriminatoria[612].

Su questo punto, non si può fare a meno di rilevare lo "scivolone" della Corte su affermazioni (neppure troppo) velatamente discriminatorie; e infatti, se nella dottrina anglosassone si etichetta come "*ageism*" proprio il riferimento ai singoli individui di «*assumed age-based group characteristics*», indipendentemente dalle loro caratteristiche effettive[613], proprio questo sembra essere il presupposto delle affermazioni, formulate *en passant* (e non decisive per l'esito della controversia), dei giudici comunitari.

L'accettazione incondizionata dei rischi alla salute dei pazienti derivanti dall'età del medico è suscettibile di essere ricondotta tra le ripercussioni del c.d. *kernel effect*, per cui se è vero che c'è un «seme di verità (*kernel of truth*, N.d.A.), che non può essere sottaciuto, nell'affermazione che l'età incide sulle capacità»[614], è altrettanto vero che una concezione standardizzata della persona anziana, come tale non suscettibile di differenziazioni interne tra gli appartenenti alla categoria protetta, omette di tenere in considerazione che le modalità e i tempi dei processi di invecchiamento biologico possono variare considerevolmente tra gli individui ed essere influenzati da una varietà di fattori[615].

Peraltro, il processo di invecchiamento demografico in atto nei paesi europei renderebbe auspicabile l'adozione di parametri rigorosi di valutazione delle differenziazioni di trattamento ai danni di soggetti anziani, per i quali, oltretutto, il diritto di condurre una vita dignitosa e di partecipare a pieno titolo alla vita sociale costituisce oggetto di una disposizione – l'art. 25 – della Carta dei

---

611 Art. 6, n. 2, lett. c), cit.

612 Nello stesso senso, cfr. WANAMBWA, BIRTWISTLE, *You can make assumptions about the old but not the young*, in *Employment law journal*, 2010, n. 108, p. 21.

613 MACNICOL, *Age discrimination: An historical and contemporary analysis,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 6 ss.

614 Così si esprime MEENAN, *Thinking outside the box: age and other grounds*, in *Contemporary issues in law,* 2006, n. 1, p. 84.

615 In argomento, cfr. GHOSHEH**,** *Age discrimination and older workers: theory and legislation in comparative context, ILO, Conditions of Work and Employment Series*, n. 20, p. 3 ss.

diritti fondamentali dell'Unione europea, finora non richiamata dalla giurisprudenza della CGUE, ma che potrebbe essere maggiormente valorizzata - malgrado la sua formulazione inadeguata (non sancisce espressamente obblighi positivi) – a seguito del conferimento alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, operato dal Trattato di Lisbona[616].

3.2 La sentenza *Kücükdeveci*. Esigenze di gestione flessibile dei dipendenti e graduazione dei termini di preavviso di licenziamento in base all'età: obiettivi legittimi e mezzi inadeguati

La domanda pregiudiziale sottoposta alla Corte nel caso *Kücükdeveci* aveva ad oggetto la compatibilità con il principio di parità di trattamento per età di una normativa nazionale – ancora una volta, tedesca - per la quale i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del venticinquesimo anno di età non erano presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento.

In particolare, il giudice del rinvio si era interrogato sulla possibilità che l'obbligo di rispettare unicamente un termine di preavviso minimo nel caso di licenziamento di giovani dipendenti potesse ritenersi giustificato, da un lato, dall'interesse dei datori di lavoro ad una gestione flessibile del personale, e, dall'altro, dalla presunzione che i lavoratori più giovani siano dotati di maggiore mobilità personale e professionale rispetto a quelli anziani.

Al fine di rispondere alle domande poste dal giudice tedesco, la Corte ha compiuto una preliminare operazione di qualificazione della fattispecie, affrontando la questione della riferibilità del divieto di discriminazione connesso all'età al diritto primario dell'Unione, come affermato in *Mangold*, ovvero, in alternativa, alla direttiva 2000/78.

A tal proposito, se, come ha ricordato Kilpatrick, la giurisprudenza *post-Mangold* della Corte di giustizia si è caratterizzata per aver intenzionalmente evitato il dirompente «messaggio costituzionale» contenuto in quella sentenza[617], la pronuncia resa nel caso *Kücükdeveci* acquista rilevanza anche per essersi confrontata, per la prima volta, con le conseguenze dell'affermazione di un generale principio di non discriminazione per motivi di età.

Ed infatti, ripercorrendo le linee argomentative del *leading case* in materia, dopo aver precisato che la direttiva 2000/78 «non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» ma «ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età»[618], la Corte ha verificato la compatibilità comunitaria della disposizione controversa sulla base del «principio generale di diritto dell'Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all'età, come specificato dalla direttiva 2000/78»[619].

---

[616] Così come, per converso, la valutazione della discriminatorietà di politiche del lavoro dirette ad incentivare l'occupazione giovanile dovrebbe tenere conto del divieto di sfruttamento economico del giovane sancito dall'art. 32 della Carta.

[617] KILPATRICK, *The ECJ and Labour Law*, cit., p. 187.

[618] Sentenza *Kücükdeveci*, p. 20.

[619] Sentenza *Kücükdeveci*, p. 27. Diversamente da quanto sostenuto dall'AG Bot che, nelle sue Conclusioni, aveva analizzato la compatibilità della normativa tedesca con il diritto antidiscriminatorio dell'Ue alla luce della sola direttiva.

Nel ribadire la portata generale di tale principio, la Corte, preso atto dell'acquisita natura vincolante assunta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ne ha richiamato l'art. 21 quale fondamento "costituzionale" del principio di non discriminazione nell'ambito dell'Unione europea, ricordando che: «l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati»[620].

Con riferimento alla riconducibilità della normativa tedesca nell'ambito di applicazione del diritto antidiscriminatorio comunitario, la Corte ha stabilito che la norma sottoposta al suo sindacato, incidendo sulle condizioni di licenziamento e riservando un trattamento meno favorevole ai dipendenti assunti prima dei 25 anni di età, fosse suscettibile di cagionare una disparità di trattamento tra persone aventi la medesima anzianità lavorativa, a seconda dell'età di assunzione, e, pertanto, di entrare in collisione – ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2000/78 – con il diritto antidiscriminatorio comunitario.

Nell'indagine sul carattere discriminatorio della normativa in questione, poi, i giudici hanno evocato il test di legittimità delle discriminazioni dirette, effettuato sulla base dei parametri delineati nella causa di giustificazione di politica sociale, contenuta nell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78.

Sul punto, dopo aver individuato nell'interesse datoriale alla gestione flessibile dei giovani lavoratori il fine di politica sociale perseguito dalla normativa controversa, la Corte ha ritenuto che una simile finalità fosse chiaramente annoverabile tra le politiche dell'occupazione e del mercato del lavoro e dunque costituisse un obiettivo legittimo ai sensi della direttiva.

Tuttavia, dopo aver riproposto il mantra dell'ampia discrezionalità statale nella scelta delle misure atte a realizzare gli obiettivi di politica sociale e occupazionale[621], la Corte è pervenuta all'affermazione che lo strumento normativo predisposto dal legislatore nazionale non possedesse i requisiti dell'appropriatezza e proporzionalità, dal momento che lo stesso trovava applicazione nei confronti di tutti i dipendenti assunti dal datore di lavoro prima del venticinquesimo anno di età, indipendentemente dalla loro età al momento del licenziamento[622].

Tuttavia, seppure nella decisione in commento la Corte ha sancito l'illegittimità di una diversificazione dei termini di preavviso di licenziamento in ragione dell'età, nemmeno questa pronuncia appare etichettabile *tout court* come un caso di divieto di discriminazione per età "preso sul serio", dal momento che, nel contempo, la Corte si è astenuta dal revocare in dubbio l'attendibilità della tesi secondo cui i giovani lavoratori reagirebbero più rapidamente e facilmente in occasione

---

620 *Kücükdeveci*, p. 22.

621 Cfr. le citate sentenze *Mangold*, punto 63, e *Palacios de la Villa*, p. 68.

622 Tra l'altro, come la Corte ha avuto modo di precisare al p. 42 della sentenza, una normativa quale quella controversa è suscettibile di incidere in modo diseguale sui dipendenti, penalizzando i giovani che si «impegnano presto nella vita attiva, senza formazione professionale, o dopo una breve formazione professionale, e non coloro che iniziano a lavorare più tardi, dopo una lunga formazione professionale».

della perdita del posto di lavoro[623] ed ha omesso di considerare il monito dell'Avvocato Bot, secondo cui un mero interesse individuale, quale quello alla flessibilità concessa ai datori di lavoro, non può *di per sé* costituire una finalità legittima ai sensi dell'art. 6, n. 1[624].

In questo modo, i giudici "eurounitari"[625] hanno dato prova, ancora una volta, di adottare un «approccio estremamente indulgente» nella valutazione delle opzioni di politica sociale nazionale, mostrandosi tendenzialmente inclini ad accettare qualsiasi motivazione fornita dai legislatori nazionali a fondamento di disparità di trattamento legate all'età[626].

3.3 La c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive: un altro passo verso l'efficacia diretta orizzontale?

Come già anticipato, una delle questioni emergenti dal caso *Kücükdeveci* attiene alla questione della (carenza di) efficacia diretta nei rapporti interprivati delle direttive non attuate o trasposte non correttamente. Uno dei punti qualificanti del rinvio pregiudiziale era infatti costituito dalla rimessione alla CGUE dell'individuazione del ruolo e dei poteri del giudice nazionale nei riguardi di una normativa interna contenente una discriminazione legata all'età, nelle ipotesi di controversie tra privati insorte nel periodo successivo alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva.

Al quesito formulato dal giudice tedesco, è seguita l'articolata risposta dell'Avvocato generale Bot, il quale ha ricordato l'esistenza di tre soluzioni alternative volte a salvaguardare «i singoli che si ritengono lesi dall'omessa o dall'errata trasposizione di una direttiva» (soluzioni qualificate dall'AG come "palliativi" alla mancanza di effetti orizzontali delle direttive)[627].

I palliativi in questione sono stati identificati: a) nell'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce dello scopo della direttiva; b) nell'obbligo per gli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione della direttiva; c) nel riconoscimento della c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive (identificabile con la possibilità di invocare le direttive al fine di disapplicare le disposizioni normative interne contrastanti con esse).

L'accoglimento di quest'ultima soluzione si fonderebbe sulla scissione – spesso evocata dagli Avvocati generali – tra invocabilità di sostituzione e di esclusione delle direttive. Più in dettaglio, mentre l'invocabilità di sostituzione implicherebbe «la facoltà di una parte di avvalersi di una di-

---

[623] Anche qui in contraddizione con le indicazioni desumibili dalle argomentazioni dell'AG, secondo cui lo stesso postulato delle capacità reattive dei giovani alla perdita del posto di lavoro sarebbe contraddetto dall'elevato tasso di disoccupazione giovanile, che farebbe venir meno l'attualità della *ratio* della disposizione in discorso, non a caso, risalente al 1926 (cfr. par. 48 delle Conclusioni).

[624] Nelle Conclusioni – in linea peraltro con quanto affermato dalla Corte nel caso *Age Concern England* – è infatti possibile leggere che per il loro carattere d'interesse generale, le finalità legittime di politica sociale sarebbero «diverse dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività», e sarebbe da escludere che la «flessibilità concessa ai datori di lavoro possa costituire una finalità legittima di per sé» (§ 47 delle Conclusioni)

[625] Si utilizza qui il neologismo coniato da RUGGERI (*Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, 2009, n. 24).

[626] Così WIESBROCK, *Case Note, Case C-555/07, Kücükdeveci v. Swedex, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010*, in *German law journal*, 2010, n. 6, p. 545, consultabile su http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11No5/PDF_Vol_11_No_05_539550_Developments_Wiesbrock%20FINAL.pdf, p. 545.

[627] Direttive che, come è noto, possono imporre obblighi, in primo luogo di attuazione, solo sugli Stati membri.

rettiva dinanzi al giudice nazionale in vece e luogo di una norma nazionale inesistente o non conforme alla direttiva», al fine di ottenere il riconoscimento di un diritto da questa istituito e sarebbe, come tale, inconciliabile con la mancanza di effetti orizzontali delle direttive[628]; la tesi facente leva sulla c.d. efficacia di esclusione porterebbe, invece, a considerare che «se le direttive non possono sostituire il diritto nazionale assente o incompleto per imporre direttamente obblighi in capo ai singoli, esse possono tuttavia essere fatte valere per disapplicare il diritto nazionale incompatibile», imponendo al giudice interno un'applicazione del «diritto nazionale espurgato dalle disposizioni contrastanti con la direttiva per risolvere una controversia tra singoli»[629].

Tuttavia, mentre i primi due strumenti di tutela dell'effettività del diritto comunitario evocati dall'AG Bot sono ordinariamente utilizzati dalla Corte, la terza ipotesi delineata nelle Conclusioni (quella del riconoscimento di una generalizzata "invocabilità di esclusione" delle direttive, ossia di una loro efficacia ostativa rispetto all'applicazione di una disposizione nazionale difforme) non è mai stata oggetto di un riconoscimento esplicito da parte della Corte.

Come è noto, infatti, nonostante le ripetute sollecitazioni degli AG, il rimedio della disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario, utilizzato per le ipotesi di contrasto tra disposizioni interne e fonti di diritto comunitario primario (o anche secondario, ma con limitato riferimento alle controversie verticali) non è mai stato espressamente ammesso nelle ipotesi di direttive invocate nelle controversie interprivate. In questa occasione, però, a fronte di una disposizione nazionale dal tenore inequivocabile (insuscettibile quindi di interpretazione conforme) e degli inconvenienti derivanti dall'adozione del c.d. secondo palliativo[630], l'Avvocato generale ha invitato la Corte a «seguire un percorso più ambizioso in termini di lotta contro le discriminazioni», ammettendo che «una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli al fine di disapplicare una normativa nazionale con essa incompatibile»[631].

Peraltro, secondo le prospettazioni dell'AG, il riconoscimento degli effetti di rimozione delle normative interne contrastanti con le direttive potrebbe anche non essere effettuato in via generale ma anche, in maniera più limitata, quale effetto derivante dalla speciale *vis* espansiva del principio di uguaglianza e non discriminazione nell'ordinamento comunitario. Nelle Conclusioni, infatti, la tesi dell'effetto di esclusione delle direttive viene declinata nella sua biunivoca connessione con l'esigenza di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali nelle controversie tra singoli[632].

Su questo punto, rispetto all'itinerario interpretativo tracciato dall'Avvocato generale – ossia la possibilità di riconoscere effetti diretti alle direttive, seppure solo di "esclusione", in situazioni orizzontali – la Corte ha preferito percorrere la strada – prefigurata in *Mangold* – dell'efficacia

---

[628] Così nelle Conclusioni dell'AG Léger dell'11 gennaio 2000, nella causa C-287/98, *Granducato del Lussemburgo c. Berthe Linster, Aloyse Linster e Yvonne Linster*, p. 58.

[629] Conclusioni *Kücükdeveci*, § 63. In argomento, si v. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism through the Current Development of the Case Law or "Horizontal" Direct Effect Of Directives,* in *Jean Monnet Working Paper,* 7/02, in *www.jeanmonnetprogram.*

[630] Ossia una azione di responsabilità civile della sig.ra *Kücükdeveci* nei confronti della Repubblica federale di Germania.

[631] Conclusioni *Kücükdeveci*, § 70.

[632] Cfr. Conclusioni *Kücükdeveci*, § 70.

immediata del principio generale dell'ordinamento comunitario, quale probabile corollario dell'obbligo di leale collaborazione incombente sulle autorità giudiziarie nazionali ex art. 4 TUE[633].

Ad ogni modo, la commistione tra fonti (primarie e secondarie) rinvenibile nelle argomentazioni della Corte non contribuisce all'intellegibilità dell'opzione ermeneutica prescelta. Ed infatti, se (almeno dichiaratamente) la questione pregiudiziale sembrerebbe risolta sul fondamento del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età e la direttiva evocata solo in funzione confermativa-retorica, come mera specificazione dei contenuti del principio di uguaglianza per età, in realtà, è appena il caso di rilevare che la stessa direttiva si inserisce nel «circuito decisionale finale»[634] dei giudici comunitari per almeno due (decisivi) profili. Da un lato, infatti, una disposizione della direttiva – l'art. 3 – ha consentito la riconducibilità della disposizione controversa nel raggio d'azione del diritto comunitario[635], dall'altro, è all'esito dell'esame condotto sui parametri delineati dall'art. 6.1. che è stata affermata la "ingiustificabilità" della disposizione tedesca (e dunque il suo contrasto con il principio generale di non discriminazione per età)[636].

Infine, ad ulteriore conferma della rilevanza "ordinamentale" del caso *Kücükdeveci*, è possibile rinvenire nelle Conclusioni dell'Avvocato generale affermazioni di particolare interesse sui possibili effetti sul sistema di tutela "multilivello" dei diritti fondamentali dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e dunque della riconosciuta efficacia vincolante della Carta dei diritti fondamentali).

In particolare, secondo l'AG Bot, in futuro la Corte sarà inevitabilmente chiamata a confrontarsi con altre ipotesi che sollevano il problema dell'invocabilità di direttive che contribuiscono a garantire i diritti fondamentali nell'ambito di controversie tra singoli; in tale prospettiva, la Corte dovrebbe «riflettere fin da oggi se l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli»[637].

Da questo punto di vista, infatti, la reiterata evocazione nella sentenza della formula del divieto

---

633 Ai sensi dell'art. 4 TUE, il principio di leale collaborazione implica l'obbligo gravante sulle autorità nazionali di adottare «*ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*»; misure tra le quali è possibile ricomprendere anche l'obbligo dei giudici nazionali di rifiutare l'applicazione di previsioni interne contrastanti con il diritto comunitario (in argomento, cfr. WIESBROCK*, Case Note,* cit., p. 543).

634 L'espressione è mutuata da CARUSO, MILITELLO, *La carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, n. 2, p. 159.

635 Oltretutto, dal momento che – come sottolineato dall'AG Sharpston, nelle Conclusioni presentate il 22 maggio 2008, in C-427/06, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, § 69 – i principi generali di diritto comunitario «non operano in astratto» ma «le misure nazionali possono essere valutate sulla base della loro conformità ai suddetti principi generali solo se si collocano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario», il riferimento all'art. 3 della direttiva appariva, nella specie, obbligato dall'assenza di una regolazione di diritto comunitario secondario in materia di licenziamento.

636 Sulla complessa operazione ermeneutica realizzata dalla Corte cfr. SCIARABBA, *La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in www.europeanrights.eu.

637 Conclusioni *Kücükdeveci*, p. 90. Su questi profili, si v. CONTI, *La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza "vincolante"*, in *D & L. Rivista critica di diritto del lavoro*, 2010, n. 1.

di discriminazioni per età, come principio generale di diritto dell'Unione specificato dalla direttiva[638], potrebbe avere l'effetto, come si è suggerito, «di *"cristallizzare" il sottostante schema logico creando quasi un "modello" astratto, una sorta di "figura normativa complessa"*», suscettibile di «*trovare in futuro numerose applicazioni e "repliche"*»[639].

Peraltro, anche se l'applicazione di un simile modello fosse limitata al principio generale «sovraordinato, orizzontale ed immediatamente applicabile»[640] di non discriminazione, non sono da sottovalutare i rischi incombenti sulla certezza del diritto nonché sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione, che tuttavia potrebbero, a ragione, essere considerati un «prezzo […] della *Drittwirkung* comunitaria»[641].

4. Considerazioni conclusive: le asimmetrie interpretative del principio di non discriminazione

Come si è avuto modo di evidenziare nel corso di questo commento, l'approccio "minimalista" alla discriminazione connessa all'età, rinvenibile nella tendenza a considerarla «come una questione di mercato del lavoro piuttosto che come una violazione del principio di uguaglianza e dei diritti fondamentali dell'individuo»[642], oltre alle evidenti ripercussioni sulla formulazione della direttiva, sembra avere suggestionato in qualche modo anche l'interpretazione della Corte in materia.

Infatti, se l'elaborazione giurisprudenziale in tema di uguaglianza e non discriminazione ha rappresentato nel corso degli anni il principale strumento di integrazione e sviluppo della c.d. Europa sociale[643], tanto da far prospettare persino rischi di "americanizzazione" del sistema giuridico comunitario[644], diverso è stato l'approccio adottato dalla Corte – con la parziale eccezione del caso

---

638 Applicando un modello non del tutto inedito nella giurisprudenza comunitaria, si v. in proposito il "precedente" *Defrenne* (Corte di Giustizia 8 aprile 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. SA Sabena*), non a caso richiamato dalla Corte, laddove si era affermato (con riferimento ai rapporti sistematici tra la direttiva 75/117 e il divieto di discriminazione connessa al genere) che la stessa si proponeva «di favorire, mediante un complesso di provvedimenti da adottarsi nell'ambito nazionale, la corretta applicazione dell'art. 119 del Trattato, senza poter, tuttavia, diminuire l'efficacia di detto articolo», sul punto v. WALKILA, *The principle of non-discrimination on grounds of age as a general principle of eu law – constitutional implications and further rights for union citizens*, in http://law.ed.ac.uk.

639 Così SCIARABBA, *La sentenza Kücükdeveci*, cit.

640 Così lo definisce PICCONE, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto eurounitario*, in www.europeanrights.eu.

641 BORELLI, *La Corte di Giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età*, in *D & L. Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, n. 4, p. 939. Di questi rischi mostra di essere consapevole anche l'avvocato generale Mazàk, secondo cui «un simile approccio non solo solleverebbe gravi preoccupazioni in materia di certezza del diritto, ma metterebbe anche in questione la ripartizione dei poteri tra la Comunità e gli Stati membri, nonché l'attribuzione delle competenze ai sensi del Trattato in generale» (Conclusioni *Palacios de la Villa*, paragrafo 138). In argomento, cfr. CARUSO (*Diritti sociali fondamentali,* cit., p. 13), secondo cui i principi generali dell'UE - che riguardano materie escluse dalle competenze sociali dell'Unione - finirebbero per costituire un «volano di espansione di fatto» del «controllo diffuso di costituzionalità» della Corte, «a prescindere dal gioco formale delle competenze e delle materie attribuite».

642 Così O'CINNEIDE, *Comparative European Perspectives on Age Discrimination Legislation*, in FREDMAN e SPENCER (a cura di), cit., p. 200.

643 Con la totale marginalizzazione del divieto di discriminazione connessa alla nazionalità; in argomento, si v. LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in corso di pubblicazione su *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2009, n. 2.

644 Rischi evidenziati da MILITELLO [*Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza),* 2010, in *WP C.S.D.L.E.* int., n. 77, p. 55], secondo cui in un contesto di "sottosviluppo" delle normative sociali, «l'enfasi posta sulla legislazione antidiscriminatoria a livello comunitario» farebbe intravedere «il rischio di una deriva legislativa, simile a quella in atto nel sistema statunitense, in cui l'unica protezione riconosciuta al

Kücükdeveci - nelle ipotesi di discriminazioni connesse all'età, nelle quali è possibile rintracciare stridenti dissonanze rispetto ai parametri di giudizio, ben più rigorosi, applicati per gli altri caratteri di differenziazione protetti[645].

Dalle decisioni in commento sembrano emergere, da un lato, una apparente graduazione delle diverse forme di discriminazione per età - suscettibile di far dubitare della stessa unitarietà del concetto di uguaglianza con riferimento al fattore di discriminazione in discorso[646] – dall'altro, i limiti della stessa interpretazione giudiziale del divieto di discriminazioni per motivi per età, connessi all'adesione, esibita dalla Corte nelle motivazioni in esame, ad un modello puramente formalistico di uguaglianza, intesa come mera assenza di irragionevolezza delle disparità di trattamento.

Nel corso degli anni, è stato, infatti, possibile osservare una oscillazione dei termini del bilanciamento degli interessi in conflitto, dal criterio della stretta necessità a quello della mera non irragionevolezza della disposizione derogatoria controversa, arrivandosi ad affermare, in ordine alla discrezionalità statale nella determinazione delle giustificazioni ex art. 6, che la Corte potrebbe solo limitarsi a sindacare quelle differenze di trattamento che appaiano manifestamente sproporzionate o, come è avvenuto nel caso *Kücükdeveci*, a censurare l'eventuale inadeguatezza e/o sproporzione tra le finalità dichiarate dal legislatore nazionale e le modalità di attuazione prescelte[647].

Sul punto, se appaiono in certa misura condivisibili le affermazioni dell'AG Mazàk, nelle quali, in chiave esegetica dell'atteggiamento di *self-restraint* tenuto dalla Corte, si può leggere che «come regola generale, la Corte di giustizia non può sostituire la propria valutazione» a quella del legislatore nazionale o delle altre forze politiche e sociali coinvolte nella definizione della politica sociale di un particolare Stato membro[648], nondimeno occorre ricordare che il riconoscimento di un margine di discrezionalità nazionale «non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in funzione dell'età»[649].

---

lavoratore sia oramai soltanto quella derivante dalle disposizioni che impediscono trattamenti differenziati, fondati sui motivi di caratterizzazione individuati dal legislatore». In argomento, si v. le riflessioni di ADNETT, HARDY, *The peculiar case of age discrimination: Americanising the European social model?*, in *European Journal of Law & Economics*, 2007, p. 29 ss.

645 Come ha sottolineato BELL (*Article 13 EC: the European* Commission's *Anti-Discrimination Proposals*, *Industrial law journal*, 2000, n. 1, p. 80) in una prospettiva *human-rights-oriented* «e di uguaglianza davanti alla legge, è difficile spiegare perché un fattore di discriminazione sia più o meno meritevole di tutela giuridica».

646 La Corte appare infatti maggiormente incline ad accettare discriminazioni nei confronti dei lavoratori anziani. Sulla difficoltà di racchiudere tutti di *protected grounds* all'interno di una previsione unitaria, cfr. MC CRUDDEN (*Theorising European Equality Law*, in COSTELLO, BARRY (a cura di), *Equality in Diversity*, 2003, Irish Centre for European Law) secondo cui, nella legislazione comunitaria, più che parlare di "uguaglianza" al singolare, sarebbe possibile teorizzare una pluralità di "uguaglianze", differenziate sulla base delle singole caratteristiche protette, con la conseguenza che ciascun gruppo sarebbe legittimato a "contrattare" la nozione di uguaglianza che trova più utile.

647 Con riferimento al parametro dell'adeguatezza (ossia al carattere non manifestamente inidoneo della misura), v. le Conclusioni presentate nella causa *Ole Andersen*, cit., § 53.

648 Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato generale Mazàk nel caso *Palacios de la Villa*, cit., § 74.

649 Conclusioni *Ole Andersen*, cit., p. 52.

Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*

Luigi de Angelis

1. Considerazioni introduttive ed idea di fondo della disciplina 215

2. Assenza di interventi sul processo previdenziale 215

3. Il tentativo di conciliazione pregiudiziale da obbligatorio a facoltativo 216

3.1 Eccezione alla facoltatività 217

4. Rafforzamento del ruolo del giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale obbligatorio 218

5. Modifiche in tema di certificazione dei contratti di lavoro e controllo giudiziale 218

6. Il filo rosso della riforma: contenimento dell' intervento del giudice 219

6.1 Restringimento dei poteri interpretativi e di controllo 220

6.2 Introduzione di termini di decadenza 221

7. Le conseguenze dell' illegittimità dell' apposizione del termine ai contratti di lavoro anche con riguardo al diritto intertemporale 221

8. Rivitalizzazione dell' arbitrato (libero) 222

8.1 Clausola compromissoria nel testo originario e rilievi contenuti nel messaggio previdenziale 223

8.2 Disciplina della clausola compromissoria nel testo di cui alla l. 183/2010 e dubbi di costituzionalità 223

8.3 Cenni sul procedimento arbitrale e sulla stabilità del lodo 224

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 111/2010

1. Considerazioni introduttive ed idea di fondo della disciplina

Dopo un *iter* parlamentare oltremodo tormentato,[650] che ha visto perfino la mancata promulgazione da parte del Presidente della Repubblica del testo originariamente approvato ed il suo rinvio alle Camere con messaggio motivato,[651] il disegno di legge 1167 B, il c.d. collegato lavoro alla finanziaria, è ormai legge dello Stato (l. 4 novembre 2010, n. 183).[652]

Anche l'intervento attuato con esso ha l'obiettivo, già prefigurato nei precedenti interventi del 2008 e del 2009,[653] di incidere sull' inefficienza della giustizia del lavoro pur lasciando intatto il modello processuale introdotto nel 1973, unanimemente apprezzato sì da essere nel tempo esportato a vari altri tipi di controversie e da avere lasciato tracce significative nello stesso modello generale del processo civile.

L' idea di fondo del legislatore del 2010 pare essere quella (v., però, *infra*) di deflazionare il processo del lavoro. Si tratta di un' idea in parte già immanente alla legislazione del biennio precedente, la quale si avvale però essenzialmente di strumenti di contrasto dell' abuso del processo, sia inteso come modalità d' impiego della tutela giurisdizionale, sia inteso come inutile dispendio di attività all' interno del giudizio;[654] strumenti, forse, quelli delineati dal legislatore, significativi piuttosto che sul piano della loro incisività effettiva su quello (a mio avviso pure apprezzabile) dei segnali che l' ordinamento intende inviare circa la necessità di non sprecare quella risorsa scarsa e preziosa che è la giurisdizione e di mutare una diffusa cultura appunto di spreco. Sia nella manovra estiva del 2008 (d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni nella l. n. 133 dello stesso anno), che nella l. n. 69 del 2009 si é poi tenuto presente in qualche pur debole modo anche il processo previdenziale e assistenziale.

2. Assenza di interventi sul processo previdenziale

Quest' ultimo è del tutto assente nel collegato lavoro, il quale, pure, vuole avere una portata molto più ambiziosa ed innovativa degli interventi precedenti. E ciò stupisce se solo si considera che le cause previdenziali ed assistenziali rappresentano ben più del 50% del contenzioso affidato alla cognizione dei giudici del lavoro, sì da essere oggetto di notevole attenzione in proposte di riforma avanzate negli ultimi anni in sedi istituzionali e nel dibattito dottrinale. Per dire: come indicato nella relazione generale ad una delle suddette proposte,[655] le cause in primo grado di previdenza e assistenza sono state nel 2004 più del doppio rispetto a quelle di lavoro, più del 50% in appello, sono state concentrate all' 80% in cinque regioni del sud del paese e al 50% in due

---

650 Per una valutazione fortemente negativa di tale iter cfr. T. TREU, in *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori,* Atti della tavola rotonda che ha avuto luogo presso il Cnel il 23 aprile 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 360 ss.

651 Il messaggio presidenziale può leggersi in *Foro it*., 2010, V, c. 107 e segg.

652 In *Gazz. uff.*, 9 novembre 2010, n. 262, supp. ord. n. 243.

653 Cfr., *si vis*, L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, in *Argom. dir. lav.*, 2010, pag. 104 ss., 106 ss., 114 ss. (anche in AA. AA., *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Zanichelli, Bologna, 2010, pag. 448 ss.: le citazioni, da ora, dalla rivista).

654 AUT. op. loc. ult. cit.

655 Mi riferisco al c.d. Progetto Foglia, in *Foro it.*, 2007, V, c. 209 e segg., preceduto dalla relazione generale (c. 189 e segg., segnatamente c. 198).

sole. Il che significa che le nuove regole processuali vengono ad incidere solo sul 30% del contenzioso complessivo di lavoro e previdenza di primo grado del nostro paese, e su meno del 50% del contenzioso in appello. È questa una clamorosa carenza che già *a priori* pone seri interrogativi sulla concreta portata d' efficienza della riforma del 2010 e non può non essere segnalata.[656]

3. Il tentativo di conciliazione pregiudiziale da obbligatorio a facoltativo

Se nel biennio 2008-2009 il legislatore si è avvalso, lo si ripete, essenzialmente di strumenti di contrasto dell' abuso del processo anche (ma non solo) in chiave deflattiva, con il disegno di legge 1167 B si intendeva perseguire, e si persegue tuttora dopo le modifiche recepite nella l. 183/2010, l' obiettivo della deflazione del contenzioso tramite la valorizzazione dell' arbitrato (irrituale) in chiave alternativa alla giurisdizione; più in generale, mirando ad un rafforzamento della certezza dei rapporti giuridici – che peraltro agevola le decisioni imprenditoriali - attraverso il contenimento dei poteri interpretativi e di controllo del giudice nonché dei tempi di accesso alla giurisdizione.

Lo si fa, quanto al primo aspetto, a scapito del tentativo di conciliazione pregiudiziale, che, in controtendenza con quanto previsto per varie materie dal d.lgs. n. 28 del 2010, da obbligatorio che era diventato a seguito del d.lgs. n. 80 del 1998 e successive modificazioni, è tornato ad essere (v. art. 31, comma 1, che ha sostituito l'art. 410) facoltativo (con un'eccezione: v. *infra*), come era prefigurato dal legislatore del 1973, ed è proponibile in svariati modi. Ad un tempo si è munito il tentativo facoltativo di conciliazione avanti le commissioni di conciliazione (o avanti il collegio di conciliazione e arbitrato irrituale: v. *infra*) di regole procedimentali abbastanza articolate (art. 31, comma 1, cit.) che appaiono poco congeniali ad un tentativo di conciliazione facoltativo anche per i costi che sottendono e che rendono ancor più problematica la concreta utilizzazione dello strumento; regole che si spiegano in ragione della maggiore probabilità di successo del tentativo in una situazione di maggiore contezza della controversia da parte dell'organo conciliatore nonché in ragione del fatto che in qualunque fase del tentativo di conciliazione avanti le commissioni o al suo termine le parti, se appunto il tentativo non è riuscito, possono accordarsi affinché l'organo conciliativo decida in sede d'arbitrato. E l'arbitrato, pur se irrituale, richiede come tale un *minimum* di regole della fase introduttiva oltre che della trattazione, dell'istruttoria e della decisione. A maggior ragione regole procedimentali sono stabilite per il tentativo facoltativo di conciliazione innanzi il collegio di conciliazione e arbitrato irrituale che la legge pure contempla all'art. 31, comma 8 (che ha sostituito l'art. 412 *quater* cod. proc. civ.); tentativo il quale, in caso di mancata conciliazione, sfocia necessariamente in arbitrato irrituale, che si conclude, previo interrogatorio delle parti e ammissione ed assunzione delle prove, se occorrenti, ovvero immediatamente, con lodo. L'art. 31, comma 6, che ha sostituito l'art. 412 *ter*, stabilisce poi che la conciliazione e l'arbitrato in materia possono essere svolti anche presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

L'utilizzazione del tentativo avanti la commissione è ulteriormente scoraggiata dal fatto che, ai sensi dell'art. 31, comma 3, che ha sostituito l'art. 411 cod. proc. civ., in caso di mancato accordo la commissione deve formulare una proposta i cui termini, se essa non è non accettata, vanno riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti, il quale va allegato nel

---

[656] Cfr., per analoghi rilievi critici, M. CINELLI, in *Per una tutela effettiva*, cit., 367.

successivo giudizio in uno con le memorie delle parti (v. *infra*), e nel fatto che appunto in sede di giudizio il giudice deve tener conto (deve intendersi, come si dirà appresso, ai fini delle spese) delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione. Senza dire che se la parte destinataria della richiesta intenda accettare la procedura deve depositare presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni di fatto e di diritto, nonché le eventuali domande riconvenzionali, così venendo ad anticipare – cioè a scoprire - *ante causam* la sua strategia difensiva.

Ove ciò non avvenga, la legge, a differenza di quanto previsto nel prima accennato progetto ma nella più razionale logica dell'obbligatorietà del tentativo *ivi* contemplata,[657] non prevede preclusioni con riguardo al successivo giudizio di merito, e queste, incidendo sul diritto di difesa, non sembrano ricavabili dalla perentorietà del disposto anche con riguardo al termine (come non sembra preclusa la modifica o l'integrazione della strategia processuale). Conseguenza dell'inosservanza della regola sembra allora essere che la commissione possa in tal caso non dar corso alla fissazione, nei giorni successivi al deposito, della comparizione delle parti per il tentativo secondo quanto dispone il secondo periodo dell'art. 410, comma 7 cod. proc. civ., e l'altra stabilita dal periodo immediatamente seguente, e cioè che "ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria". Il che significa pure che, altrimenti, e cioè se a fronte dell'istanza vi sia stato il deposito della memoria correttamente formulata, le parti *non siano libere*, nel senso che la eventuale domanda giudiziale da loro introdotta sia improponibile. L'abrogazione dell'art. 412 *bis* cod. proc. civ. ad opera dell'art. 31, comma 15 l. n. 183/2010 si coordina allora con l'art. 410, comma 7 cit. ritenendosi che, per non essere obbligatorio il tentativo, il suo mancato espletamento non può più incidere sulla procedibilità dell'azione giudiziale, ma se ad esso si è fatto facoltativamente ricorso da entrambe le parti l'azione medesima è *medio tempore* paralizzata appunto ai sensi dell'art. 410, comma 7. Se così non fosse, del resto, ci troveremmo di fronte ad una procedimentalizzazione priva di senso.

Tutto ciò potrebbe in qualche modo condurre per converso alla valorizzazione del tentativo di conciliazione in sede sindacale, in quanto ad esso non si applicano le regole procedimentali previste dall'art. 410 (art. 411, comma 3, nuovo testo) ma quelle – eventualmente meno impegnative - stabilite dalla contrattazione collettiva, né si applicano le regole dell'art. 411, comma 3 che si riferiscono alla conciliazione appunto esperita ai sensi dell'art. 410.

3.1 Eccezione alla facoltatività

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione pregiudiziale è invece rimasta con riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276 del 2003, e cioè quella di chi intenda proporre ricorso giudiziale contro la certificazione dei contratti di lavoro, istituto avente espressa finalità deflattiva già nel d.lgs. n. 276 del 2003 e che ora è stata confermato.

Prevedendosi l'obbligatorietà di tale tentativo si è voluta rafforzare in qualche modo la modesta vigoria di questo istituto (v., però, *infra*, a proposito dell'arbitrato). L'obbligatorietà non è invece rimasta con riguardo ad altre ipotesi di tentativo di conciliazione tipizzate e peraltro a mio avviso

[657] Cfr. parte III, art. 1, in *Foro it*., 2007, cit., col. 216.

già travolte dalla disciplina generale contenuta nella novellazione dell'art. 410 cod. proc. civ. attuata dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 80 del 1998, come quella di cui all'art. 5 l. n. 108 del 1990.

4. Rafforzamento del ruolo del giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale obbligatorio

È rimasto obbligatorio il tentativo di conciliazione una volta iniziato il giudizio. Anzi, alla predetta trasformazione del tentativo di conciliazione pregiudiziale da obbligatorio in facoltativo si accompagna una accentuazione del ruolo del giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale, che si realizza nel fatto che appunto il giudice, nel corso del tentativo, debba formulare una proposta transattiva il cui ingiustificato rifiuto costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio (art. 411, comma 4, cod. proc. civ.). Si tratta però di un accentuazione modesta, in quanto siffatto rifiuto (che la legge assimila, sul versante degli effetti, alla mancata comparsa a rendere l'interrogatorio libero sì da riformulare il testo dell'art. 420, comma 1, cod. proc. civ. aggiungendo una disgiuntiva in continuità all' ipotesi della mancata comparizione) non può che rilevare anche questa volta sul solo piano delle spese, come già si poteva ricavare sistematicamente perfino per il rifiuto della proposta avanzata dalle parti, utilizzandosi l'argomento a *fortiori*, dall'art. 412, comma 4, cod. proc. civ. Senza dire dell'art. 45, comma 10, l. n. 69/2009, che ha sostituito il secondo periodo del primo comma dell'art. 91 cod. proc. civ., per il quale il giudice, se abbia accolto la domanda in misura non superiore ad eventuale proposta conciliativa rifiutata senza giustificato motivo, condanna la parte rifiutante, salva l'applicazione della regola generale in tema di compensazione, al pagamento delle spese maturate dopo la formulazione della proposta.

Un diverso rilievo del rifiuto ingiustificato della proposta transattiva del giudice è difficilmente configurabile, posto che, a differenza che per l'ipotesi della mancata comparizione a rendere l'interrogatorio libero, che è collegata alle allegazioni di fatto presenti nel ricorso, qui ciò ovviamente non può essere, né può essere con riguardo ad una proposta del giudice che da tale allegazioni prescinde. Ed allora, come può rilevare il rifiuto della proposta del giudice se non sulle spese?

Piuttosto, l'obbligo del giudice di fare una proposta se non può condurre a rimeditare l'orientamento secondo cui l'omissione del tentativo non incide sul restante processo e in particolare sulla validità della sentenza costituendo una mera irregolarità, può accentuare il rilievo della violazione sul piano disciplinare.

5. Modifiche in tema di certificazione dei contratti di lavoro e controllo giudiziale

Si è prima detto (paragr. 3.1) di una modesta vigoria della certificazione, che resta tale anche dopo il collegato lavoro. Infatti, come era inevitabile alla luce della giurisprudenza della corte costituzionale sulla *indisponibilità del tipo*,[658] è stato ribadito, in linea con quanto stabilito nel 2003, il potere del giudice di discostarsi dalla qualificazione certificata nei casi di errore appunto nella qualificazione del contratto, di vizio della volontà, di difformità del concreto atteggiarsi del rapporto rispetto all'assetto prefigurato in sede di certificazione, per cui in sostanza il valore del contratto certificato si risolve in quello che incisivamente è stato definito,[659] con riguardo al testo

[658] Cfr. Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432; 31 marzo 1994, n. 115, *id.*, 1994; I, c. 2656.

[659] Da L. NOGLER, *Commento agli artt. 75-81,* in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, commentario, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, pag. 889.

originario dell'art. 79 d.lgs. n. 276 cit., l'effetto *stand by*, ora retrodatabile in due casi (sembrerebbe: *ab initio*, nel caso di contratto scritto certificato in corso di esecuzione di un assetto coerente con quanto appurato in sede di certificazione, e dal momento della successiva sottoscrizione in caso di contratto verbale come integrato e modificato in conformità ai suggerimenti della commissione) ai sensi del non lineare per non dire tortuoso comma 17 dell'art. 31.

Il potere del giudice di *discostarsi*, come detto nel comma 2 dell'art. 30, non sembra però previsto con riguardo all'interpretazione delle clausole del contratto, la quale è ora anch'essa contemplata dal collegato quando dice che il giudice non può appunto discostarsi dalle valutazioni delle parti nell'interpretazione delle clausole del contratto.

Non è facile intendere il significato di quest'ultimo inciso. Sembrerebbe che le valutazioni delle parti nell' interpretazione delle clausole del contratto consistano in una puntualizzazione del testo, posto che i termini qualificazione e valutazioni sono nella legge distinti, che le valutazioni non possono essere – stante la loro bilateralità ("Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro…", esordisce l'art. 30, comma 2, del collegato) – quelle di cui al comma precedente ("In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente", e che è per la sola qualificazione ad essere previsto il sindacato sull'erroneità.[660] La puntualizzazione del testo fa però sì che esso ad un tempo ne venga arricchito, con la conseguenza che l'arricchimento si offre all' interpretazione giudiziale, che va effettuata secondo le ordinarie regole dell'interpretazione dei contratti (artt. 1367 ss. cod. civ.). In sostanza, se lo spirito della disposizione pare essere di privilegiare l'interpretazione letterale[661] in tal modo restringendo gli spazi dei poteri del giudice in materia, alla fine essa non può impedire i *pro* e i *contro* propri dei testi dettagliati; testi dettagliati opposti a quelle clausole generali, come confusamente (con le norme generali) definite dal comma precedente dell'art. 30. Anche su quest'ultime la legge intende limitare il controllo giudiziale, sia pure "in conformità ai principi generali dell'ordinamento, "all' accertamento del presupposto di legittimità", non consentendone l'estensione "al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente".

6. Il filo rosso della riforma: contenimento dell'intervento del giudice

Questi ultimi rilievi introducono il discorso su quello che sembra essere l'ulteriore strumento – o meglio, il filo rosso o motivo *clou* della riforma del 2010 – d'efficienza della giustizia del lavoro: il contenimento dell'intervento del giudice in materia, che si vuole esplicitare sia affiancando alla tutela giurisdizionale la alternativa della giustizia privata, sia restringendo all'interno del processo,

---

660 Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro",* in *Dir. lavori mercati,* 2010, pag. 147.

661 V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 150, qualifica questa come la disposizione sul licenziamento di cui al paragrafo 5.1 del testo come "norme sull'interpretazione del contratto", al termine di un ragionamento che lo porta a dire che solo così esse non sarebbero incostituzionali.

se si vuole con una finalità di certezza dei rapporti giuridici, i poteri interpretativi e di controllo del giudice, sia stabilendo, ancora con una finalità di certezza, termini di decadenza brevi, stragiudiziali e, in combinazione, giudiziali, per far valere i diritti avanti il giudice in alcune importanti materie.

6.1 Restringimento dei poteri interpretativi e di controllo

Quanto al restringimento dei poteri interpretativi e di controllo, non sembra però avere una forza maggiore di quella del *segnale*.[662]

Si è detto, infatti, della certificazione e del solo effetto *stand by* ad essa relativo.

Quanto alle clausole generali, la legge vi comprende, ripetesi confusamente, le norme generali (v. quelle sul trasferimento d'azienda e sul recesso che richiama espressamente) accanto a quelle inerenti genericamente all'esercizio dei poteri datoriali (tra le quali vi sono in effetti clausole generali: v. buona fede), e precisa, nei termini sopra testualmente trascritti, i confini del controllo giudiziale. Ma tali confini perentoriamente tracciati ("il controllo giudiziale è limitato esclusivamente…" "e non può essere esteso…"), e cioè, la delimitazione dell'accertamento al presupposto di legittimità con esclusione del sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente, il tutto "in conformità ai principi generali dell'ordinamento", riecheggiano i confini disegnati in materia di somministrazione irregolare (art. 27, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003; v., altresì, art. 69, comma 3, del decreto legislativo medesimo) e soprattutto non sono molto dissimili dagli approdi raggiunti dalla giurisprudenza nelle varie materie in cui rilevano le clausole e le norme generali.

Con riguardo alle motivazioni del licenziamento, il collegato aggiunge poi che il giudice *tiene conto* delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro certificati (art. 30, comma 3). È stato invece soppresso l'inciso d'apertura di tale comma che, nel testo approvato prima del rinvio alle camere del medesimo da parte del Presidente della Repubblica, contemplava anche le fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione.

La disposizione sembra riguardare i soli licenziamenti disciplinari (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), e presenta come contenuto normativo innovativo essenzialmente la valenza attribuita ai contratti individuali *certificati*. Il tener conto, però, contrapposto alla diversa, perentorietà del testo di cui al comma 2 dell'art. 30 precedentemente esaminato, non può che significare la necessità del confronto della fattispecie concreta con i parametri indicati, nel senso che si debba motivare rispetto ad essi;[663] non, invece, che non possano esserne considerati altri (ad esempio, le clausole di contratti collettivi stipulati da organizzazioni non comparativamente più rappresentative o clausole di contratti di lavoro individuali non certificati: si pensi, a quest'ultimo proposito, a contratti con dirigenti contenenti clausole prefiguranti obiettivi), né tanto meno che su tutto – come è ora - non possa operare il sindacato giudiziale.

---

[662] Per i condizionamenti negativi sui giudici del lavoro che si potranno produrre cfr. G. FERRARO, in *Per una tutela effettiva*, cit., 379 ss.

[663] Sulla portata non preclusiva dell'espressione cfr. L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le* liaisons dangereuses*,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D' Antona, unict.it*, 2010, p. 19.

6.2 Introduzione di termini di decadenza

Circa i termini per valere i diritti avanti al giudice in certe materie, è previsto, attraverso la sostituzione dei primi due commi dell'art. 6 l. n. 604 del 1966 da parte dell'art. 32, comma 1, un doppio limite il cui superamento è sanzionato da decadenza: stragiudiziale non conciliativo (più breve: sessanta giorni) e conciliativo e giudiziale (più lungo: duecentosettanta giorni, cui se ne aggiungono altri sessanta in caso di tentativo di conciliazione attivato e non riuscito). Il primo termine decorre dalla ricezione della comunicazione scritta del licenziamento se corredato dei motivi o di questi se non contestuali (v. art. 2, commi 2 e 3 l. n. 604 cit.). è pertanto stata eliminata la previsione della decadenza (con il diverso termine di novanta giorni) anche in caso di licenziamento orale contemplata nel testo originario del d.d.l. n. 1167 B.

Sempre la decadenza, poi, è stata estesa a varie ipotesi ulteriori rispetto al licenziamento.

Attraverso la pur farraginosità del doppio termine si è evitato così l'inconveniente, che ho lamentato[664] con riguardo alla normativa prefigurata nella scorsa legislatura nel Progetto Foglia,[665] che l'introduzione della sola decadenza giudiziale si risolvesse in una misura inflattiva. Le nuove disposizioni appaiono però di fattura non preclare ed aprono per questo alcuni problemi che non possono essere neppure sfiorati in questa sede.[666] Non, però, problemi di costituzionalità *sub specie* dell'art. 24 cost., dal momento che la legge può imporre, secondo la corte costituzionale, oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali, sempre che siano ragionevoli – e abbiamo visto che lo sono – e non rendano eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto di difesa.[667]

7. Le conseguenze dell'illegittimità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro anche con riguardo al diritto intertemporale

Chi già nel secolo XIX ha sostenuto che il diritto sostanziale si annidi spesso negli interstizi della procedura, troverebbe una conferma nel comma 7 dell'art. 32, laddove prevede che la disciplina che contempla "nei casi di conversione del contratto a tempo determinato" un risarcimento del danno commisurato ad un certo numero di mensilità di retribuzione determinate in ragione di una serie di parametri, si applichi "per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge".

Non è questa la sede per verificare se tale misura si accompagni, come risulta dagli atti parlamentari successivi al rinvio alle Camere e come ritengo,[668] alla statuizione di accertamento della esistenza di un rapporto a tempo indeterminato prevedendo solo un regime risarcitorio speciale e non sia invece alternativa ad essa, o per valutarne la conformità a costituzione, a mio avviso dubbia, *sub specie* degli artt. 24 e 3 della carta base[669].

Qui si deve porre in evidenza come la disposizione abbia precisato che, "con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e

---

[664] Cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Rilievi critici al* Progetto Foglia *di riforma del processo del lavoro*, in *Argom. dir. lav.*, 2008, p. 1245 ss.

[665] V. l'art. 7, in *Foro it.*, 2007, cit., c. 210.

[666] Per considerazioni fortemente critiche cfr. G. FERRARO, cit., 383 ss.

[667] Cfr., ad es., Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752, con nota di L. de ANGELIS.

[668] Conf. A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010,* in *Mass. giur. lav.*, 2010, 213.

[669] *Contra*, A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*; P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 483 ss.

6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile".

La precisazione era inevitabile dal momento che la disposizione con riguardo al caso contemplato è per definizione intervenuta in corso d'opera e quindi le allegazioni e le prove relative non potevano essere contenute nell'atto introduttivo della lite. Essa, però, mette in crisi la onnicomprensività della regola (per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti…": in proposito vi è un fugace cenno nel messaggio del Presidente della Repubblica),[670] posto che non può applicarsi ai giudizi pendenti davanti la corte di cassazione in cui non può esservi istruttoria.

Se, poi, può ritenersi che la previsione dell'integrazione della domanda e delle eccezioni, se necessaria, abbia derogato *in parte qua* all' art. 437, comma 2, cod. proc. civ., la assoluta puntualità del richiamo ai poteri istruttori di cui al (solo) art. 421 cod. proc. civ. fa pensare che la nuova normativa sostanziale in parola non si applichi neppure ai giudizi pendenti in appello, per i quali i poteri istruttori sono disciplinati dalla diversa disposizione dell'art. 437, comma 2, cit. Del resto nella disposizione non vi è cenno alla possibilità di integrare i motivi d' impugnazione.

Il che porta a dire che tale nuova disciplina riguardi sì tutti i giudizi pendenti, ma *in primo grado*.[671] D'altronde, la difformità di trattamento si giustifica in ragione del fatto che per il primo grado non è ancora intervenuto un accertamento giudiziale.

Sul punto non può infine sottacersi che i poteri che la legge riconosce alle parti presuppongono comunque un provvedimento eventuale ("se necessario") di rimessione in termini, e, quanto ai poteri istruttori, sono sottoposti anch' essi al filtro dell'intervento dei poteri officiosi (art. 421), con conseguente tensione con il diritto delle parti alla prova e dubbio di costituzionalità in riferimento all'art. 24 cost.

8. Rivitalizzazione dell'arbitrato (libero)

Il legislatore del collegato lavoro, lo si è in precedenza accennato, affida poi buona parte dei suoi obiettivi deflattivi alla giustizia privata, e, segnatamente, all' arbitrato irrituale (art. 31, commi 5 e segg.); un arbitrato così alternativo alla giurisdizione statuale da non far contemplare (v. art. 412 *quater*, comma 2 cod. proc. civ., quale sostituito dall' art. 31, comma 8) nella rosa di chi può fare da presidente del collegio, accanto ai professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati cassazionisti, quei magistrati a riposo che possono invece presiedere le commissioni di conciliazione istituite presso la direzione provinciale del lavoro (v. art. 410, comma 3, cod. proc. civ., nel testo sostituito dall' art. 31, comma 1, del collegato).

Si è originariamente previsto di sottoporre la decisione delle controversie di lavoro ad arbitri non solo attraverso compromesso – l'arbitrato è naturalmente volontario: v. art. 412 *quater*, comma 1 - - ma anche mediante clausola arbitrale certificata (la certificazione avente anche in questo caso, come in quello prima esaminato a proposito dei licenziamenti disciplinari, un ruolo di assistenza della volontà) e ove l'apposizione sia consentita da accordi interconfederali o contratti collettivi delle organizzazione comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o, se

[670] Come riconosce P. TOSI, *op. cit*., p. 484, anche nota 11. Tale autore non pone distinzione, poi, tra i vari gradi di giudizio.
[671] Conf. A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 213-214.

non stipulati entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, da provvedimento ministeriale. Si è anche stabilito che agli arbitri sia riconosciuto nel compromesso o nella clausola compromissoria il potere di decidere d'equità.

8.1 Clausola compromissoria nel testo originario e rilievi contenuti nel messaggio previdenziale

Il testo originario è stato mutato a seguito del richiamato messaggio motivato alle Camere del 31 marzo 2010 del Presidente della Repubblica, nel quale, pur apprezzandosi l'intento di introdurre strumenti idonei a prevenire l'insorgere di controversie e di accelerarne le modalità di definizione, si sono espressi ineccepibili dubbi di ordine costituzionale circa la possibilità di pattuizione della clausola compromissoria da parte di un soggetto particolarmente debole nella fase di costituzione del rapporto. Nel messaggio presidenziale si sono altresì sollevate perplessità riguardo alla flessibilizzazione della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro immanente al riconoscimento all'arbitro del potere di decidere secondo equità.[672] Il che, quanto ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, sempre secondo il messaggio presidenziale, poneva anche la necessità di chiarire se e a quali norme si potesse derogare senza ledere i principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 cost. Ancora il Presidente della Repubblica ha rilevato la non conformità ai principi generali dell'ordinamento e l'incoerenza del riconoscimento dei suddetti poteri suppletivi al Ministero del lavoro e delle politiche sociali con l'impostazione dello stesso comma 9 dell'art. 31 del collegato.

8.2 Disciplina della clausola compromissoria nel testo di cui alla l. 183/2010 e dubbi di costituzionalità

Il valore di tali rilievi di ordine costituzionale si è ridotto,[673] ma ad avviso di chi scrive non si è annullato, per il fatto che a seguito di emendamento del testo da parte della commissione lavoro della Camera, sia stata esclusa, recependosi quanto previsto in una intesa sindacale non sottoscritta dalla Cgil, la possibilità di introdurre la clausola compromissoria nella materia della risoluzione del rapporto, e, in generale, si sia consentita la stipulazione solo dopo la stabilizzazione del rapporto di lavoro. A parte la perdurante flessibilizzazione della normativa sostanziale attraverso una modifica di quella processuale,[674] resta infatti la debolezza a resistere – non distante da quella che portò la corte costituzionale alla sentenza 10 giugno 1966, n. 63 in tema di decorrenza della prescrizione - ad una proposta del datore di lavoro di previsione della clausola compromissoria del lavoratore non assistito da tutela reale.[675]

Al testo, accogliendosi un emendamento dell'opposizione, in data 28 aprile 2010 era stata apportata dall' Assemblea della Camera una modifica depotenziante dell'intero istituto nel senso che stabiliva che la necessaria certificazione della clausola operasse sulle controversie "insorte" e non su quelle che "dovessero insorgere", come invece previsto nel testo originario. L'enunciato definitivo, frutto di ulteriore emendamento approvato dalle commissioni riunite 1a e 11a del Senato, ha però stabilito che le commissioni di certificazione devono accertare la effettiva volontà delle

---

672 Cfr. p. 219 ss.

673 Ne esclude, sia pure problematicamente, la costituzionalità A. VALLEBONA, in *Per una tutela effettiva*, cit., 378, pur non apprezzando, a differenza del compromesso, la clausola compromissoria.

674 Per A. VALLEBONA, in *Per una tutela effettiva*, cit., 378, il rendere le norme inderogabili semimperative attraverso la via processuale costituisce una legittima scelta discrezionale del legislatore.

675 Spunto conforme in P. ALLEVA, in *Per una tutela effettiva,* cit., 364.

parti di devolvere ad arbitri, "all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria", "le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro".

Onde la permanenza delle perplessità sollevate dal Presidente della Repubblica, cui si aggiungono le seguenti:

il fatto che la decisione arbitrale d'equità debba essere resa considerandosi, oltre che i principi generali dell'ordinamento, "i principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari", allinea forse in punto la regola a costituzione ma lascia aperti spazi interpretativi che non giovano alla certezza dei rapporti in chiave deflattiva di cui prima si è detto.[676] Ed in proposito è il caso di sottolineare come la soluzione sia ben lontana[677] dalla classica visione di Giugni, che valorizzava la giurisdizione domestica quale prolungamento dell'autonomia collettiva, e quindi come forma di amministrazione collettiva dei soli diritti di origine contrattuale (collettiva), non dei diritti stabiliti per legge. [678]

Anche alla luce di quest'ultima considerazione serie perplessità[679] suscita ancora l'avere lasciato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali poteri suppletivi delle mancate intese sindacali (art. 31, comma 10); perplessità le quali non appaiono superate dal fatto che tali poteri vadano esercitati dopo la convocazione senza esito in tempi lunghi delle parti sociali al fine del raggiungimento di un accordo e che si tratti di poteri riconosciuti in via sperimentale (per quanto tempo?) fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali accordi interconfederali e contratti collettivi (senza specificazioni) e tenendo conto "delle risultanze istruttorie del confronto delle parti", come recita un testo di non facile comprensione ed effettività normativa. E dubbi altrettanto seri pone la mancanza di una precisazione, sollecitata nel messaggio presidenziale e ripresa in alcuni emendamenti non approvati dalla commissione lavoro, relativa all'utilizzo del giudizio d'equità per i rapporti di lavoro alle dipendenze con le pubbliche amministrazioni.

8.3 Cenni sul procedimento arbitrale e sulla stabilità del lodo

Il procedimento arbitrale è soggetto ad alcune regole abbastanza sobrie, e sfocia o nella raggiunta conciliazione – gli arbitri hanno l'obbligo di effettuare il relativo tentativo - o nel lodo, che può essere emesso dalla commissione di conciliazione ai sensi dell'art. 412 cod. proc. civ. novellato (v. *antea*), ovvero dal collegio di conciliazione composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un presidente scelto di comune accordo tra professori universitari di materie giuridiche e avvocati patrocinanti in cassazione (art. 412 *quater*, comma 2). Il lodo produce gli effetti propri di un contratto (art. 1372 cod. civ.) ed è impugnabile in unico grado avanti il tribunale in funzione di giudice del lavoro della circoscrizione in cui si trova la sede dell'arbitrato solo per i vizi (formali) di cui all'art. 808 *ter* cod. proc. civ, cui sembrerebbe doversi aggiungere, stante il riferimento agli artt. 1372 e 2113, comma 4 cod. civ., l'azione di annullamento per vizi della volontà e incapacità naturale (del collegio arbitrale).

---

[676] Rilievi critici in T. TREU, cit., 362 ss.

[677] Conf. G. FERRARO, cit., 383.

[678] Cfr. G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro,* in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, pag. 83 e 87. Per l'assoggettamento del lodo libero al limite del rispetto delle norme imperative di legge cfr., invece, Aut. op. ult. cit., pag. 75 ss.

[679] Cfr. T. TREU, cit., 363.

Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*

Franca Borgogelli

1. Il problema 226
2. Il quadro normativo previgente 226
3. Le nuove norme 228
3.1. … di legge 228
3.2. … di contratto collettivo 230
4. Una ipotesi di soluzione 232

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 112/2010

1. Il problema

Costruire una disciplina capace di coniugare "buon andamento" e "imparzialità" e di rendere compatibili le categorie privatistiche con le specificità delle pubbliche amministrazioni, evitando effetti distorsivi, è stata, come è noto, la difficile sfida affrontata dal processo di riforma del lavoro pubblico; in questo ambito la regolamentazione della dirigenza rappresenta emblematicamente i diversi nodi irrisolti. Infatti, se si osserva il lungo e tortuoso percorso della riforma avviata nel 1992 si nota come la disciplina della dirigenza ne riassuma tutti i profili problematici: la difficoltà di individuare un paradigma regolativo adeguato, le prassi distorte e omissive, il mancato realizzarsi di quel mutamento culturale che il progetto presupponeva.

La stessa "riforma Brunetta", la più recente tappa del percorso, non offre soluzioni soddisfacenti, perché al riguardo appare lacunosa e contraddittoria; in particolare: proclama da più parti la rilevanza e la centralità della figura dirigenziale, ma trascura di disciplinarne aspetti importanti e controversi; si propone di rafforzare l'autonomia e il ruolo gestionale dei dirigenti, ma a tal fine li imbriglia in uno stretto e puntuale reticolo di vincoli legislativi che ne guidano l'azione lasciando ben pochi spazi alla scelte autonome (e così anche all'acquisizione di una vera cultura manageriale), finendo con l'assimilare il dirigente all'insieme dei dipendenti piuttosto che avvicinarlo alla figura del manager privato.

Nelle pagine che seguono si prenderà in esame la questione del rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale, in quanto evidenzia la difficoltà di costruire un adeguato modello di regolazione della dirigenza pubblica e mostra come siano poco soddisfacenti le risposte fornite dalla riforma più recente e dalle nuove disposizioni dei contratti collettivi che ad essa hanno fatto seguito. Si tratta di un profilo che si configurava come problematico anche nel quadro normativo previgente, e sul quale le nuove disposizioni legislative e contrattuali intervengono incisivamente (e non sempre perspicuamente) accentuando ambiguità e dubbi.

L'analisi delle nuove disposizioni che di seguito si svilupperà vuole essere il tentativo di fornire un primo contributo su un tema che rappresenta un tassello importante nella ricostruzione sistematica della figura del dirigente pubblico, per arrivare a una ricomposizione delle sue responsabilità. L'ipotesi è che, nonostante il linguaggio utilizzato dal legislatore e alcune differenze procedurali, non ci sia una separazione concettuale tra le due responsabilità, ma che si tratti di una articolazione di diverse tipologie di addebito riconducibili ai diversi obblighi che costituiscono l'oggetto della prestazione di lavoro dirigenziale: addebiti differenziati in ordine alle modalità di accertamento e di sanzione, ma riconducibili a una responsabilità contrattuale unitaria. Questa lettura consentirebbe di ricostruire le nuove normative legislative e contrattuali dando un significato a quelle che altrimenti si configurerebbero come incongruenze e sovrapposizioni.

2. Il quadro normativo previgente

Per comprendere i termini del problema, e meglio valutare le implicazioni delle novità introdotte dal d.lgs.150/2009 e dai contratti collettivi ad esso successivi, è opportuno riepilogare, seppur brevemente, la normativa precedente la "riforma Brunetta".

Per quanto concerne la fonte legislativa, la "responsabilità dirigenziale" regolata nell'art.21 del

d.lgs. 165/01 (così rubricato), dopo le modifiche introdotte dalla l.145/2002[680] viene riferita a due tipi di addebito: il "mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente", valutati con "i sistemi e le garanzie" di cui all'art.5 d.lgs. 286/99. Ne consegue "l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale"; in relazione alla "gravità dei casi" l'amministrazione può, inoltre, "revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli" o "recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo". Quanto alla procedura, il successivo art.22 dispone che i provvedimenti sanzionatori siano adottati previo conforme parere di un Comitato dei garanti. Nel testo dell'art. 21, come modificato dalla l.145/02, compare anche un riferimento ("ferma restando") all' "eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo".

La disposizione si configura di "carattere tanto compromissorio ed ambiguo, da aver costituito un autentico *rebus* interpretativo"[681], come dimostrano i numerosi commenti della dottrina[682] che controverte - tra l'altro e per quel che in particolare interessa il profilo qui in esame - sulla tipologia degli addebiti e sul carattere, oggettivo o soggettivo, della responsabilità (anche alla luce della cancellazione, da parte della legge 145/02, sia del riferimento ai "risultati negativi dell'attività amministrativa" sia del requisito della gravità per il caso di inosservanza delle direttive).

I contratti collettivi[683] intervengono a regolare le conseguenze degli accertamenti negativi risultanti dalle procedure di valutazione dei dirigenti, precisando e integrando le norme di legge. Prescindendo dalle differenze che caratterizzano le normative contrattuali relative alla valutazione, in quanto strettamente collegate alle specificità delle diverse pubbliche amministrazioni[684], si osserva che i contratti prevedono - di norma in una disposizione *ad hoc* dedicata agli effetti degli

---

680 Le numerose modifiche subite dall'art.21 sono indicative della difficoltà della materia: i commi 1, 2, 5 dell'originaria disposizione contenuta nel d.lgs. 29/93 sono stati sostituiti: dall'art.12 d.lgs.546/93, dall'art.14 d.lgs.80/98, dall'art.7 d.lgs.387/98, dall'art.3 1.n.145/02, quindi ora dall'art.41 d.lgs.150/09.

681 F. Carinci, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato,* in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* n. 31, 2009, p.13. Discutibili i contributi della giurisprudenza, nei (pochi) casi in cui è stata chiamata a intervenire, soprattutto in fattispecie di licenziamento; peraltro in questa sede non è possibile darne conto.

682 Non è qui possibile riferire le diverse opinioni della dottrina né menzionare in modo esauriente i numerosi contributi; si indicano quindi solo alcuni tra i riferimenti possibili: M. Rusciano, *A proposito della responsabilità 'di risultato' del dirigente pubblico dopo il d.lgs.n.29 del 1993,* in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Cedam, Padova, 1998, p.597 ss; L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale,* Cedam, Padova, 2000; E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione,* Giuffré, Milano, 2002; P. Tullini, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica,* in *Arg.dir.lav.,* 2003; A. Zoppoli (a cura di), *La dirigenza pubblica rivisitata,* Jovene, Napoli, 2004; A. Boscati, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione,* Giuffré, Milano, 2006; S. Mainardi, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto,* in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* n. 30, 2007, p.33 ss.; L. Zoppoli, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale,* in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* n. 31, 2009 p.149 ss.; M. Esposito, *La responsabilità disciplinare: il buon andamento degli uffici tra politica e amministrazione, ivi*, p.241 ss.; A. Zoppoli, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici,* in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p.127 ss.; A. Boscati, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa,* in *Lav.pubbl.amm.,*2009, p.13 ss.; S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici, ivi,* p.729 ss.; A. Bellavista, *La figura del datore di lavoro pubblico,* in *Dir.lav.rel.ind.,* 2010, p.88.ss.; G. Nicosia, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it,* n.103/2010; B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governante nelle p.a. italiane)*, *ivi,* n.104/2010.

683 Si fa riferimento alla disciplina contrattuale della dirigenza quale risulta dopo i rinnovi per il quadriennio 2002-05 (dunque precedente al d.lgs.150/09, ma successiva alla l.145/02).

684 V. in particolare sanità, regioni ed enti locali.

accertamenti negativi - che all'esito del procedimento di valutazione, qualora emergano giudizi negativi, le Amministrazioni debbano contestare l'addebito e ascoltare il dirigente prima di formalizzarlo e di procedere sul piano sanzionatorio. Tutti i contratti di area configurano come giusta causa di recesso la responsabilità particolarmente grave, accertata in base alle procedure di valutazione. Alcuni contratti specificano le conseguenze della valutazione negativa integrando le disposizioni di legge con la previsione che al mancato rinnovo farà seguito un incarico di valore inferiore e che la revoca potrà comportare una sospensione da ogni incarico dirigenziale per un periodo massimo di due anni[685].

Quanto al rinvio legislativo ai contratti collettivi per la regolazione della responsabilità disciplinare, questi, con formule consonanti, non parlano esplicitamente di responsabilità disciplinare se non per escludere la possibilità di sanzioni disciplinari conservative, ma sotto la rubrica "Recesso della amministrazione", prevedono un licenziamento con preavviso, in forma scritta e con obbligo di motivazione, e un licenziamento per giusta causa con richiamo dell'art.2119[686]. I contratti collettivi provvedono anche a regolare la procedura del licenziamento, disponendo la contestazione per iscritto dell'addebito e, non prima di cinque giorni dal ricevimento di questa, la convocazione dell'interessato, che può farsi assistere da un rappresentante sindacale o da un procuratore di fiducia[687]. Viene esclusa la reintegrazione nel caso di invalidità del licenziamento: l'applicazione dell'art.18 St.lav. è limitata alle fattispecie di nullità del licenziamento per motivi discriminatori.

È infine da rilevare che un "previo conforme parere", vincolante, da parte di un Comitato dei garanti - sul modello di quanto disposto dall'art.22 d.lgs. 165 con riferimento ai provvedimenti di cui all'art.21, richiamato dai contratti della dirigenza statale - è previsto anche dai contratti di altre aree[688] per i provvedimenti assunti in caso di responsabilità dirigenziale; i contratti collettivi per la dirigenza della sanità – aree III e IV - richiedono il parere preventivo, obbligatorio e vincolante, di un Comitato dei garanti in tutte le ipotesi di recesso proposto dalle aziende.

3. Le nuove norme

3.1. … di legge

Il d.lgs. 150/2009 interviene sull'apparato normativo dianzi descritto sia modificando e integrando il testo dell'art.21 dedicato alla "Responsabilità dirigenziale", sia introducendo, nell'ambito della nuova regolamentazione del sistema disciplinare, alcune specifiche ipotesi di "responsabilità disciplinare" dei dirigenti, con sanzioni conservative; vanno poi considerate le numerose disposizioni 'sparse', che configurano a carico dei dirigenti responsabilità non sempre di chiara qualificazione.

Le modifiche introdotte al primo comma dell'art.21 si limitano a collegare la responsabilità per il mancato raggiungimento degli obiettivi alle risultanze degli accertamenti effettuati secondo il

---

685 Così il contratto della dirigenza dell'area II siglato nel 2006; più articolati, con anche la previsione della perdita totale o parziale della retribuzione di risultato, i contratti per l'area III e IV siglati nel 2005.

686 E la precisazione che la giusta causa consiste in fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da non consentire la prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto.

687 Si disciplinano altresì i casi di possibile sospensione del lavoratore durante il procedimento (per non oltre 30 giorni con conservazione della retribuzione e dell'anzianità) e gli effetti del procedimento penale sul rapporto di lavoro.

688 V. i ccnl di area II e V; tale intervento non è previsto affatto, invece, dal contratto per l'area VII.

nuovo sistema di valutazione, e a subordinare, in conformità alle indicazioni della Corte Costituzionale, l'irrogazione delle sanzioni a garanzie procedurali (la previa contestazione per l'impossibilità di rinnovo dell'incarico, anche il contraddittorio per la revoca dello stesso); peraltro si attenua, sino a perdere rilevanza, la 'protezione' del Comitato dei garanti: il suo parere diventa meramente consultivo (nuovo art.22). Si deve altresì segnalare come la valenza sanzionatoria del diniego di rinnovo dello stesso incarico debba essere considerata in relazione alla disciplina generale della conferma dell'incarico, ovvero della sua mancata conferma anche in assenza di valutazione negativa (alla scadenza ovvero in relazione ai processi di riorganizzazione). La regolazione di questo aspetto, di rilevanza centrale per misurare l'effettiva autonomia della dirigenza, è stata oggetto di continue modifiche: da ultimo, le garanzie (pur ritenute da molti insufficienti) introdotte dal comma 1*ter*, inserito nell'art.19, d.lgs.165/01 dall'art.40, c.1 b), d.lgs.150/09, sono state cancellate dall'art.9, c.32, l.122/10 (che converte il d.l.78)[689].

Si conferma il requisito dell'imputabilità; un argomento a supporto della tesi del connotato soggettivo della responsabilità, che si rafforza se si considera complessivamente la disciplina contenuta nell'art.21 dopo l'inserimento del nuovo comma 1*bis*: l'accertamento della "colpevole" violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, comporta per il dirigente, "previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi"[690], la decurtazione della retribuzione di risultato, in relazione alla gravità della violazione, di una quota fino all'80%.

Sono molti i dubbi sollevati da tale nuovo addebito e sanzione, in relazione alla 'compatibilità' con la responsabilità dirigenziale[691]. Le perplessità si accentuano considerando anche le disposizioni contenute nella nuova regolazione del sistema disciplinare, che accompagnano l'attribuzione di più estesi poteri ai dirigenti con l'imposizione di stringenti obblighi nelle modalità di esercizio del potere e la previsione di sanzioni conservative a loro carico se non svolgono in modo adeguato i compiti loro assegnati. Sembra infatti che le modifiche e le novità introdotte dal d.lgs. 150/09 se da un lato accentuano i profili soggettivi della responsabilità dirigenziale, dall'altro configurano in termini di responsabilità disciplinare omissioni e inadempienze rispetto a compiti tipici

---

[689] Non è possibile in questa sede affrontare il tema, controverso e con ampie implicazioni sull'effettività della distinzione tra le funzioni degli organi di governo e quelle della dirigenza. Ci si limita a osservare come l'ultima versione (che espressamente esclude l'applicazione di disposizioni più favorevoli) cancelli l'intervento correttivo del d.lgs.150, accentuando il rischio di vanificare i principi di autonomia funzionale e di valutazione del merito professionale, lasciando ampio spazio al giudizio di "fedeltà" (si ricorda infatti come la possibilità di non confermare l'incarico fosse sovente di fatto usata anche per 'sanzionare' i dirigenti in assenza di attivazione delle procedure di valutazione, e dunque di garanzie rispetto a condizionamenti indebiti della politica). Ora si tratterà anche di valutare il rapporto tra l'attribuzione di un incarico di valore economico inferiore come misura sanzionatoria - che dovrà far seguito agli accertamenti effettuati dalle procedure di valutazione e all'*iter* disposto dall'art.21 e dai contratti collettivi e inciderà sul percorso professionale del dirigente ai sensi dell'art.19, c.1 – e l'ipotesi di attribuzione di un incarico di valore economico inferiore in assenza di valutazione negativa di cui all'art.9, c.32, d.l.78/10 conv. in l.122/10.

[690] Questo rinvio all'autonomia collettiva può essere accostato a quello analogo disposto dall'art.55, c.4, per le infrazioni disciplinari ascrivibili al dirigente ai sensi dell'art.55*bis,* c.7 e 55*sexies*, c. 6 (v. *infra*).

[691] V. al riguardo, tra gli altri: G. Nicosia, op. cit, p.14 ss.; B. Caruso, op.cit., p.29 ss.; A. Boscati, *Dirigenza pubblica,* cit., p.51. Sottolinea la "fondamentale importanza" del "riconoscimento al dirigente del potere/dovere di valutare il personale assegnato ai propri uffici", a cui fa riscontro la sua diretta responsabilità in caso di colpevole violazione del dovere di vigilanza, U. Carabelli, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it,* n.101/2010, p.23.

dell'attività dirigenziale.

Ci si riferisce in particolare[692] alla nuova regola per cui i dirigenti, se non esercitano in modo corretto il potere disciplinare, vengono a loro volta sanzionati. Essa è contenuta nel terzo comma dell'art.55*sexies*: i dirigenti che si rendono responsabili del mancato esercizio e della decadenza dell'azione disciplinare - per l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o per valutazioni dell'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare - subiranno la sospensione dal servizio senza retribuzione, in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino a un massimo di tre mesi per infrazioni sanzionabili con il licenziamento; e saranno privati della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione. Tali sanzioni sono inflitte anche ai responsabili di struttura e ai dirigenti preposti all'amministrazione generale del personale qualora omettano di adempiere ai compiti loro attribuiti dalle norme relative ai controlli sulle assenze, in particolare quelle volte a prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche; così dispone l'art.55*septies*, c.6, aggiungendo peraltro un rinvio all'applicazione delle disposizioni dell'art.21 che suscita ulteriori perplessità.

La descrizione del quadro legislativo andrebbe completata con i numerosi riferimenti a diversi tipi di responsabilità dei dirigenti, variamente distribuiti; qui ci si limita[693] a richiamare due disposizioni contenute nell'art.36 d.lgs.165, che regolamenta l'utilizzo di contratti di lavoro flessibile. Al 3° comma, ultimo periodo, si legge che "Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato"; il 5° comma si chiude[694] con l'affermazione: "I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'art.21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente" ai sensi dell'art.5 d.lgs.286/99 (ora abrogato). La norma di cui al comma 3 si applica anche in caso di illegittimo ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa, essendo la disposizione richiamata dall'art.7, c.6[695].

3.2 …di contratto collettivo

I rinnovi dei contratti collettivi della dirigenza per il quadriennio normativo 2006-09, siglati dopo l'emanazione de1 d.lgs. 150/09, si connotano per l'attenzione dedicata, con un'ampia e articolata regolamentazione, alla responsabilità dirigenziale e disciplinare[696].

---

[692] Un'analisi più ampia in F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico,* in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p.422 ss. Qui ci si riferisce ai nuovi addebiti e sanzioni previste per i soli dirigenti, connessi al loro ruolo datoriale, che si aggiungono a quelli che riguardano anche gli altri dipendenti: ad es. la sanzione della sospensione dal servizio senza retribuzione fino a un massimo di quindici giorni, prevista dall'art.55*bis*, c.7, per coloro che rifiutino, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta per l'acquisizione di prove utili a un giudizio disciplinare, oppure rendano dichiarazioni false o reticenti (commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente).

[693] Per un quadro completo delle numerose disposizioni si rinvia a B. Caruso, op.cit., p.27, nota 13; sui rischi di sovrapposizioni v. anche S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità,* cit., p.754 ss.

[694] Dopo aver disposto che le amministrazioni recuperino dal dirigente responsabile che ha agito con dolo o colpa grave le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento danno.

[695] Entrambe le disposizioni sono state introdotte dall'art.17, c.26, d.l. 78/09 convertito in l. 102/09.

[696] Non riscontrandosi differenze sostanziali, per gli aspetti che qui interessano, tra i contratti delle diverse aree (in molti casi le disposizioni sono identiche), si prende come riferimento il contratto della dirigenza ministeriale (da cui le citazioni che seguiranno nel testo) che si caratterizza, come il contratto della dirigenza universitaria, per un riordino sistematico della disciplina. Si considerano solo le regole per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Per la responsabilità dirigenziale si rileva come ora siano puntualmente definite, in modo sostanzialmente analogo in tutte le aree, le misure da adottare qualora, a seguito dell'espletamento delle procedure di valutazione della prestazione dei dirigenti, "in relazione all'inosservanza delle direttive impartite o al mancato raggiungimento degli obiettivi nella gestione finanziaria, tecnica, organizzative e amministrativa, si determina una valutazione non positiva". Ne seguirà, "in relazione alla gravità dei casi": l'affidamento di un incarico con valore di posizione immediatamente inferiore; la revoca dell'incarico con collocamento a disposizione dei ruoli per un periodo massimo di due anni (con diritto al solo trattamento economico stipendiale e l'obbligo di accettare eventuali incarichi proposti dall'amministrazione, a pena di recesso); il recesso per giusta causa, qualora si accerti una responsabilità particolarmente grave correlata o alla rilevanza, per il conseguimento dei fini istituzionali, degli obiettivi non raggiunti, previamente individuati nei documenti di programmazione, oppure all'interesse sotteso alle direttive generali per l'attività amministrativa e la gestione non osservate (a condizione di una formale assegnazione degli obiettivi e comunicazione delle direttive). Per la formalizzazione del recesso la procedura è la stessa indicata dai precedenti contratti (v. *retro* n.2).

La novità più rilevante degli ultimi rinnovi contrattuali è peraltro il fatto che siano "stabilite specifiche forme di responsabilità disciplinare nonché il relativo sistema sanzionatorio": le "norme disciplinari", prima assenti, sono ora numerose e, definiti i "principi generali", provvedono a specificare puntualmente gli "obblighi del dirigente", chiaramente affermandosi che i dirigenti si conformano al Codice di comportamento dei dipendenti delle P.A. in quanto ad essi applicabile, e a determinare le sanzioni, articolate secondo i criteri indicati nel "codice disciplinare". I contratti si occupano altresì, tra l'altro, di procedure e di conciliazione, nonché della reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato.

Limitandosi a poche osservazioni attinenti al profilo in esame[697], colpisce innanzitutto il rilievo attribuito alla necessità di tener distinta la responsabilità disciplinare da quella dirigenziale, con riguardo alle procedure e agli esiti delle stesse: tutti i contratti, con formule analoghe, lo affermano già nei "Principi generali", ove si sottolinea che la prima "attiene alla violazione degli obblighi di comportamento", secondo i principi e le modalità definiti dal contratto, per la seconda valgono la disciplina dell'art. 21 d.lgs.165/01 e gli accertamenti del sistema di valutazione. Peraltro, se si prendono in esame l'elenco degli "obblighi dei dirigenti" e il "codice disciplinare" siffatta distinzione appare meno netta. Infatti, nel primo si menzionano tipici compiti dirigenziali (ad es. il dovere di "assicurare il rispetto della legge, nonché l'osservanza delle direttive generali e di quelle impartite dall'amministrazione", di "sovraintendere, nell'esercizio del proprio potere direttivo, al corretto espletamento dell'attività del personale, anche di livello dirigenziale, assegnato alla struttura"); nel secondo, dopo aver indicato tra i "criteri generali" per la graduazione delle sanzioni "le responsabilità connesse con l'incarico dirigenziale ricoperto", si puniscono (con sanzioni conservative) i casi di "inosservanza delle direttive, dei provvedimenti e delle disposizioni di servizio, anche in tema di assenza per malattia, nonché di presenza in servizio correlata alle esigenze della struttura e all'espletamento dell'incarico affidato" e di "tolleranza di irregolarità in servizio di atti di indisciplina, di contegno scorretto o di abusi di particolare gravità da parte del personale dipendente".

---

[697] In particolare non è possibile in questa sede analizzare le disposizioni contrattuali anche per quanto concerne il rispetto dei rigidi vincoli ora posti dalla legge all'intervento dell'autonomia collettiva (è lecito al riguardo nutrire qualche dubbio).

Considerando che nei codici disciplinari si inseriscono anche le nuove fattispecie di illecito *ex lege* – le manchevolezze nell'esercizio del potere disciplinare e nella prevenzione e contrasto di condotte assenteistiche, punite con la decurtazione della retribuzione di risultato oltre che con la sospensione dal rapporto – appare difficile riconoscere quella netta differenza di contenuti tra i due tipi di responsabilità che pure i contratti affermano: osservando insieme norme eteronome e autonome, tra responsabilità disciplinare e dirigenziale sembra esserci più confusione che distinzione.

4. Una ipotesi di soluzione

Un riesame degli elementi che differenziano responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare può essere il punto di partenza per la ricerca di una chiave di lettura del quadro normativo vigente che consenta di ricomporre le dissonanze.

Innanzitutto il dato letterale: è fuor di dubbio che il testo legislativo faccia riferimento a due distinte responsabilità: l'una regolata nella disposizione ad essa 'dedicata' (l'art.21), l'altra rinviata a una "eventuale" disciplina contrattuale che peraltro la legge stessa integra - inderogabilmente - con alcune fattispecie di addebito e sanzione regolate nell'ambito del sistema disciplinare. I più recenti contratti collettivi confermano tale differenza, con dichiarazioni che rivelano soprattutto la preoccupazione di tener distinti i criteri e le procedure di accertamento delle due responsabilità.

È questa la seconda significativa differenza: le fattispecie ricondotte dalla legge e dai contratti alla responsabilità dirigenziale si collegano agli esiti del nuovo sistema di misurazione e di valutazione della *performance*, per le altre valgono le regole sui procedimenti disciplinari, connotate da alcune peculiarità per i dirigenti. Sono diversi anche i percorsi che conducono all'applicazione delle misure sanzionatorie, ma al riguardo si possono notare sostanziali analogie: in entrambi i casi c'è la contestazione, il contraddittorio, il vincolo della proporzionalità in relazione alla gravità; il fatto che l'intervento del Comitato garanti sia ora meramente consultivo contribuisce a ridurre le distanze.

Anche per quanto riguarda il tipo di sanzione, il distacco si attenua dopo l'introduzione della sanzione della decurtazione della retribuzione di risultato – connessa all'incarico e non al rapporto base - per addebiti ricondotti non solo alla responsabilità dirigenziale (art.21, c.1*bis*, d.lgs.165/01), ma anche alla responsabilità disciplinare (art.55*sexies,* c.3 e art.55*septies* c.6, in veste aggiuntiva), e per altri non specificamente qualificati (ad es.: art.36 c.3, d.lgs.165/01, artt. 10 e 11 d.lgs.150/2009). Quanto al dibattito sul carattere soggettivo od oggettivo della responsabilità dirigenziale, sembra difficile ora negare che le fattispecie contemplate nell'art.21 presuppongano una responsabilità soggettiva: nel comma 1*bis*, si fa riferimento alla "colpevole violazione" del dovere di vigilanza, nel comma 1 si conferma la condizione dell'imputabilità.

Riepilogando per quanto concerne gli addebiti, la distinzione ricostruita facendo riferimento alla "dualità" che connota il rapporto di lavoro del dirigente pubblico - la responsabilità disciplinare "sanziona gli inadempimenti delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro", la responsabilità dirigenziale "l'incapacità del dirigente di svolgere la funzione datoriale conferita con l'incarico

dirigenziale"[698] - è stata messa in difficoltà dalle nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 150/2009, che non sembrano sempre rispettare tale 'distribuzione'. La maggior parte della dottrina non sembra però trarne come conseguenza la negazione di una differenza sostanziale e concettuale tra le due responsabilità; essa viene ribadita, pur riconoscendo le "contaminazioni", tra l'altro dando rilievo prevalente, come elemento discretivo, al collegamento con il procedimento di valutazione[699].

Si può peraltro provare a capovolgere il percorso argomentativo, partendo dalla considerazione che il peculiare carattere duale del rapporto di lavoro dirigenziale non impedisce di individuare un'unica responsabilità, se è vero che "l'atto privatistico di conferimento dell'incarico ed il contratto accessivo sul trattamento economico partecipano entrambi della funzione di integrazione del contratto base definendo la prestazione dovuta dal dirigente su cui misurare l'esatto adempimento delle sue obbligazioni"[700].

In altri termini, se è vero che l'atto di conferimento dell'incarico "costituisce adempimento determinativo dei compiti cui il dirigente viene assegnato"[701], gli obblighi alla cui violazione fa riferimento l'art. 21 non possono ritenersi "esterni" ai contenuti dell'obbligazione contrattuale del dirigente e la loro violazione riconducibile a una responsabilità "diversa": né quelli indicati nel 1° comma, né tanto meno la *culpa in vigilando,* indicata nel comma 1*bis,* poiché la vigilanza è parte degli obblighi contrattuali del dirigente (e infatti è considerata come addebito, in versioni simili, anche nei codici disciplinari dei contratti). Una lettura che appare conseguente anche alla scelta del nuovo legislatore di "inserire poteri, funzioni e responsabilità" del dirigente pubblico "in una struttura normativa 'di ferro' che, attraverso il suggello della inderogabilità unilaterale da parte della fonte contrattuale, diventa obbligatoria, in larga misura uniforme per tutte le p.a. e inossidabile nel tempo"[702]; nonché alla scelta di accentuare la conformazione gerarchica piramidale della dirigenza pubblica.

Sembra dunque configurarsi un'unica responsabilità per inadempimento delle obbligazioni che fanno capo al rapporto di lavoro dirigenziale: unitariamente intesa, ma articolata a seconda delle caratteristiche dei diversi compiti e doveri riconducibili al contratto individuale e/o specificati nel provvedimento di incarico, a cui corrispondono diverse modalità di accertamento, di procedimento di contestazione, di sanzione degli addebiti. Quindi le differenze procedurali sarebbero da considerare non come l'argomento su cui fondare una differenza concettuale, ma la mera conse-

---

[698] Così G. Nicosia, op, cit., p.13. Per una lettura (precedente la riforma Brunetta) volta a sottolineare la necessità di una "netta cesura" tra le responsabilità che derivano dal contratto di lavoro e la responsabilità dirigenziale di cui all'art.21, rimarcando come questa non abbia "molto in comune" con la condizione di lavoratore subordinato v. L. Zoppoli, *La valutazione delle prestazioni,* cit., pp. 155-157. Anche per una analisi delle diverse tesi della dottrina v. Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela,* Napoli, Jovene, 2010, p.221 ss. Interessante è la proposta *de iure contendendo* "di riduzione ad unità" delle due responsabilità, che peraltro ritiene allo stato "concettualmente diverse", di A. Boscati, *Dirigenza pubblica,* cit., p.54. Per l'opinione della giurisprudenza v. di recente Cass. 8 aprile 2010, n.8329, una rimarchevole e discutibile decisione relativa al ruolo del Comitato dei garanti come disciplinato dal ccnl dell'area della sanità.

[699] Così in particolare B. Caruso, op.cit., p.29.

[700] A. Boscati, *Il dirigente dello Stato*, cit., p.235 richiamando M.G. Garofalo, *La dirigenza pubblica rivisitata* in *Lav.pubbl.amm.,*2002, p. 886.

[701] A. Corpaci, *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore pubblico,* in *Dir.lav.merc.,*2004, p.376.

[702] Le cit. da B. Caruso, op.cit., p.14.

guenza dell'articolazione dell'oggetto della prestazione dirigenziale, ovvero della peculiare complessità dei compiti del dirigente, per il suo essere contemporaneamente lavoratore subordinato e datore di lavoro.

La composizione duale del rapporto di lavoro del dirigente può giustificare una articolazione duale della responsabilità per inadempimento, ma all'interno di un'unica figura – per quanto specifica e particolare - di responsabilità contrattuale, così come unitariamente si ricompone la scissione tra contratto individuale, provvedimento di incarico, contratto accessorio nell'oggetto della prestazione dirigenziale. Potrebbe confermare la lettura qui proposta il rilievo per cui "l'introduzione di sistemi di misurazione e valutazione della performance sembra incidere direttamente sull'estensione dell'area del debito contrattuale e dunque sulla stessa identificazione della prestazione dovuta" e che nell' "esaltare la correlazione funzionale tra prestazione erogata, contesto organizzativo e finalità pubblica del servizio" si attualizza e implementa, "in coerenza con le specificità del settore e sulla base di una misurabile oggettività … il parametro generale 'interesse dell'impresa' individuato dall'art. 2104"[703].

Dunque dal quadro normativo vigente emergerebbe un'unica responsabilità 'contrattuale' che riassume in sé sia quella che la legge e i contratti collettivi chiamano responsabilità disciplinare sia quel particolare profilo della responsabilità dirigenziale latamente intesa che è regolato dall'art.21, ovvero il profilo patologico-sanzionatorio.

Naturalmente la proposta interpretativa presentata andrebbe verificata mettendola in rapporto da un lato con l'estensione dei significati che si riconducono alla locuzione "responsabilità dirigenziale", e le sue poliedriche implicazioni alla luce dei ruoli e dei rapporti politica-dirigenza della nuova *governance* pubblica, analizzati approfonditamente dalla letteratura amministrativistica e giuslavoristica, d'altro lato con la dottrina in tema di responsabilità contrattuale e di adempimento dell'obbligazione di prestare lavoro subordinato. In questa sede si può solo proporre di considerare l'art. 21 come riferito unicamente al profilo sanzionatorio, che si colloca a valle dell'azione di controllo sulla responsabilità dirigenziale, rappresentandone uno dei possibili, e diversi, esiti[704]; dunque a valle – e all'esterno[705] - della procedura di misurazione e valutazione della performance, per quanto ad essa direttamente collegato. È indubbio infatti che – come è stato esattamente osservato[706]- la funzione "fisiologica" della procedura di valutazione sia quella di fornire indicazioni in merito al complesso procedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale e di individuazione "della parte di retribuzione correlata alla buona gestione", evidenziando e premiando i comportamenti gestionali virtuosi, attraverso un processo in cui si intrecciano la valutazione della prestazione dirigenziale e della performance della struttura organizzativa e dunque profili soggettivi e oggettivi. Quanto alla funzione "patologica" della valutazione – ovvero al suo essere "la sede in cui può essere osservata, e rilevata, una condotta passibile di addebito" - solo qualora emerga un esito negativo (al di sotto della soglia minima) che prospetta un inadem-

---

[703] A. Viscomi, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, *Relazione* alle Giornate di Studio AIDLASS, Parma, 4-5 giugno 2010, p. 71 datt.

[704] V.L. Torchia, *Gli interrogativi e i problemi intorno alla responsabilità dirigenziale,* in D. Sorace (a cura di), op.cit., p.571.

[705] *Contra* Caruso, op. loc. citt.

[706] G. Nicosia, op.cit., (le citt. che seguono da pp.3 e 4); v. altresì, della stessa Autrice, *sub Capitolo sesto,* in U. Carabelli, M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p.141 ss.

pimento imputabile al dirigente, essa diviene la premessa della procedura sanzionatoria disciplinata dall'art.21, che sembra poi seguire un percorso separato, come proverebbe il riferimento all' "amministrazione" contenuto nel primo comma (diverso dunque dal composito soggetto a cui è affidata la valutazione) e il rinvio alle procedure previste dai contratti collettivi per la fattispecie di cui al comma 1*bis* (escluso per la valutazione). Così come l'accertamento degli altri addebiti indicati dalla legge e dai contratti collettivi, collegati ai compiti propri dei dirigenti o a più generali doveri contrattuali pur sempre interpretati alla luce del ruolo dirigenziale, potrà dare l'avvio alle procedure disciplinate negli articoli 55 ss.

L'ipotesi interpretativa prospettata - peraltro ancora da approfondire - potrebbe consentire di superare le contraddizioni e le confusioni riscontrate nella disciplina legislativa[707], forse troppo numerose per essere spiegate come 'sciatteria tecnica' del legislatore. Nel contempo tale lettura potrebbe contribuire a una costruzione della figura del dirigente pubblico che ne sottolinei e valorizzi i caratteri di specificità, contrastando sia le semplicistiche assimilazioni al manager privato, sia quella configurazione 'appiattita' sul modello del lavoratore subordinato che emerge dal nuovo sistema di infrazioni-sanzioni disciplinari e dalla regolazione del licenziamento delineati dalla legge e dai contratti collettivi, nonché da opinabili decisioni giurisprudenziali.

[707] Evitando il rischio di sovrapposizioni, evidenziate dalla dottrina (ad es. per i casi di *culpa in vigilando* e di mancato rispetto delle direttive, addebiti a cui si fa riferimento sia nel sistema disciplinare sia nell'art.21). Ovviamente si tratta di una interpretazione della normativa vigente; altro sarebbe il discorso sulla migliore regolazione possibile.

Nuovi scenari nazionali del caso *Laval*. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*

Elisa Saccà

1. Ancora sul caso *Laval*. La decisione del giudice interno e il dibattito politico svedese 237

2. Condanna per danno "da sciopero" contrario al diritto dell'UE 239

2.1 Efficacia orizzontale della libertà di prestazione di servizi e "necessaria" responsabilità sindacale: una relazione da chiarire 239

2.2 Responsabilità risarcitoria del sindacato e specificità del diritto interno 245

3. Il dibattito parlamentare svedese nel *Post Laval* 250

4. Considerazioni conclusive: il diritto di sciopero nell'ordinamento dell'UE alla luce della condanna del giudice svedese 257

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 86/2010

1. Ancora sul caso *Laval*. La decisione del giudice interno e il dibattito politico svedese

Il 2 dicembre del 2009, apparentemente, sembrerebbe giunta al suo epilogo la vicenda che ha visto opporsi in giudizio i sindacati svedesi delle costruzioni (*Svenska Byggnadsarbetareförbundet*) e degli elettricisti (*Svenska Elektrikerförbundet*) alla *Laval*, società di costruzioni stabilita in Lettonia ed operante in Svezia, sostenuta in giudizio, e finanziata, dalla Confederazione Svedese delle imprese.

Il Tribunale del lavoro (*Arbetdomstolen*)[708] di cui si intende commentare la decisione, rappresenta, infatti, nell'ordinamento svedese, il grado più alto di giurisdizione per le questioni che contrappongono sindacati e associazioni datoriali, salvo il caso - del tutto eccezionale - di ricorso alla Corte Suprema, ove la sentenza violi gravemente i diritti fondamentali[709].La pronuncia dell'*Arbetdomstolen* potrebbe quindi costituire il tassello conclusivo di una vicenda che si protrae ormai da piú di un lustro.

Lo spazio contenuto non consente di ripercorrere con esaustività l'intero *excursus* dei fatti[710] - peraltro ormai ben noti alla comunità accademica lavoristica europea - ma sarà comunque opportuno porre alcuni indispensabili puntelli al fine di comprendere appieno l'impatto della decisione assunta dalla Corte di Stoccolma e il *background* su cui essa é destinata ad incidere.

Il caso ha avuto origine nel 2004, quando la *Laval* ha sottoposto alla Corte Svedese una richiesta cautelare di interdizione di una azione collettiva – uno sciopero di solidarietà e una azione di boicottaggio del cantiere – e una connessa richiesta risarcitoria avanzata al fine di coprire gli ingenti danni economici che l'azienda era stata costretta a subire a causa di essa.

L'azione collettiva era tesa a indurre la *Laval* a siglare un contratto collettivo con il sindacato svedese, al fine di assicurare anche ai lavoratori lettoni distaccati presso la *Baltic*, società di diritto svedese affiliata alla *Laval*, condizioni lavorative analoghe a quelle applicate ai loro colleghi svedesi. La capacità di mobilitazione del sindacato svedese, attraverso prolungati scioperi di solidarietà e picchetti[711], ha impedito che la *Laval* continuasse a svolgere regolarmente la propria attività, fin quando la società si è trovata nella condizione di non essere più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni e di dover quindi chiudere il cantiere.

---

[708] La decisione del giudice è consultabile on line su http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/07/Laval.pdf

[709] Il ricorso alla Corte Suprema è stato in effetti presentato dalle associazioni sindacali coinvolte. Nel mese di agosto 2010, tuttavia, la Corte – con una motivazione estremamente succinta – ha rigettato il ricorso, affermando la non sussistenza della gravissima violazione dei diritti fondamentali.

[710] Per i quali, dettagliatamente si veda il testo di ALBHERG, K., BRUUN, N., MALMBERG, J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Transfer* 2, 2006, p. 155-166

[711] Una precisazione terminologica si impone per spiegare cosa realmente debba intendersi per "blocco di un cantiere" nell'ordinamento svedese. Come ben noto, il tasso di sindacalizzazione in Svezia si aggira intorno al 70-80 per cento (secondo i dati ufficiali contenuti nel documento redatto dalla Commissione di Inchiesta incaricata dal governo svedese di verificare gli adattamenti ordinamentali necessari dopo la pronuncia Laval SOU 123:2008,il dato esatto sarebbe 73%, la stessa commissione precisa però che tale percentuale varia in funzione dei settori considerati, p. 51); gli scioperi non sono particolarmente frequenti per la forte tradizione di adesione spontanea al contratto collettivo, ove tuttavia si decida di iniziare un'azione collettiva essa non sarà isolata ma affiancata da generalizzati scioperi di solidarietà. In questo contesto il, blocco del cantiere altro non è se non il fatto materiale di non vedersi recapitati i lavoratori ed i materiali al cantiere piuttosto che una fisica interposizione di lavoratori al suo ingresso. (Cfr. MALMBERG, J., e JONSONN, C. M., *National Industrial Relations v. Private International Law – A swedish Perspective* in RÖNNMAR. M. (a cura di) *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations*, The Netherland, 2008, p. 219, ma v. anche DORSSEMONT, F., *The right to take collective*

La Corte, certa della liceità della condotta dei sindacati rispetto al diritto nazionale, non ha esitato a rigettare la richiesta di interdizione in sede cautelare, ma, allo stesso tempo, ha reputato necessario sottoporre alla Corte di Giustizia diverse questioni pregiudiziali[712] in merito alla compatibilità dell'azione collettiva con la disciplina comunitaria[713] delle libertà di circolazione.

Il giudice dell'Unione Europea ha definito il caso con sentenza del 18 dicembre 2007[714], lasciando tuttavia irrisolte numerose problematiche giuridiche, la cui soluzione è stata di fatto rinviata al giudice nazionale; tra di esse, nella specie, quella che si intende approfondire in questo commento: la questione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla presunta efficacia orizzontale della disposizione posta dal Trattato a tutela della libertà di prestazione dei servizi.

In via del tutto sommaria, può dirsi che la statuizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[715] - della quale sarebbe necessaria un'analisi autonoma - ha dichiarato l'illegittimità comunitaria dell'azione collettiva posta in essere dai sindacati.

La Corte svedese si è trovata dunque nella situazione di dover stabilire nel merito le conseguenze di questa dichiarazione di illegittimità[716] e valutare l'eventuale risarcibilità dei danni patiti dall'impresa a causa dell'azione collettiva illegittima.

Il commento che segue ripercorre le argomentazioni con le quali il giudice di merito scandinavo ha ammesso una responsabilità del sindacato per danni e ha condannato i sindacati dei lavoratori edili svedesi al pagamento di 200.000 SEK e il sindacato degli elettricisti al pagamento di 150.000 SEK, rispettivamente l'equivalente di circa 22.000 euro e 16.000 euro nonché circa 220.000 euro di spese legali, assumendo una posizione molto netta rispetto alle conseguenze giuridiche della dichiarazione di efficacia orizzontale dell'articolo 49 del Trattato (ora, a seguito della nuova numerazione introdotta dal trattato di Lisbona, articolo 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

La sentenza – molto dibattuta anche all'interno dello stesso collegio giudicante come si evince dalle *dissenting opinion* che si sono discostate dalla soluzione maggioritaria[717] – pone al contempo

---

action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking: foes are forever! in *European Union internal market and labour law*, DE VOS, M., (a cura di), Intersentia, 2009, p. 45-104. La precisazione é importante perché dalla lettura della parte in fatto della sentenza *Laval* sembrerebbe che il blocco del cantiere consista in una fisica interposizione di lavoratori e questa ricostruzione sembra aver influenzato la valutazione sulla legittimità dell'azione collettiva da parte della CGUE.

[712] Una traduzione italiana della questione pregiudiziale che il tribunale svedese ha sottoposto alla Corte di Giustizia é pubblicata in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2006, con nota di PALLINI, M., *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?* in *Riv. It. Dir. Lav*, II, 2006, p. 239 e ss.

[713] Il dibattito sulla terminologia più adeguata a descrivere il nuovo assetto istituzionale dell'UE in seguito dell'adozione dei trattati di Lisbona è di formidabile attualità, pur consapevoli della rilevanza della questione terminologica, per maggiore comodità e chiarezza espositiva, nel testo si continuerà a far uso della terminologia tradizionale "*ordinamento comunitario*".

[714] Corte di Giustizia, Sentenza *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*, C – 341/05, del 18 dicembre 2007, pubblicata in *Racc*. 2007, p. I-11767

[715] La Corte di Giustizia ha anch'essa subito un mutamento con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre del 2009

[716] Il giudice del lavoro svedese afferma nell'esordio dell'analisi del caso che il fatto che l'azione collettiva fosse illegittima è da considerare incontestato ed incontestabile, cfr. sentenza p. 11-13

[717] Il collegio giudicante era composto da 7 giudici di cui 3 giudici professionali, due designati dalle associazioni datoriali e due dalle organizzazioni sindacali. La maggioranza a favore della condanna è stata raggiunta grazie alla posizione di un giudice professionale (Inga Åkerlund), un giudice nominato dai lavoratori e dai due giudici indicati dalla confederazione svedese delle imprese. Le *dissenting*

sia problemi di carattere generale per l'intero ordinamento comunitario, sia problemi specifici per l'ordinamento interno svedese: i primi, in quanto essa rappresenta il *leading case* della sottoposizione delle organizzazioni sindacali ad un rigido regime di responsabilità; i secondi, sotto il profilo del mutamento cui sono indotti gli ordinamenti nazionali al fine di osservare le indicazioni della Corte di Giustizia.

Per tale ragione, il commento seguirà una duplice traiettoria: in una prima parte darà conto delle argomentazioni della Corte di Stoccolma a sostegno della responsabilità risarcitoria del sindacato, con lo scopo di vagliarne la compatibilità con il sistema comunitario di responsabilità e con le tradizioni costituzionali comuni degli stati membri; in una seconda parte, si porranno in evidenza gli adattamenti istituzionali e le modifiche che l'ordinamento svedese è stato costretto ad introdurre in ragione della soluzione comunitaria del caso *Laval*.

La Corte di Giustizia, infatti, nell'affermare l'illegittimità dell'azione collettiva realizzata con l'obiettivo di indurre un imprenditore a sottoscrivere un contratto collettivo, è intervenuta su un perno fondamentale delle relazioni industriali svedesi: l'assoluta autonomia delle parti sociali che si sostanzia in un rigidissimo divieto di ingerenza dello Stato nei rapporti tra parti sociali e in un'amplissima possibilità per queste ultime di ricorrere all'azione collettiva.

2. Condanna per danno "da sciopero" contrario al diritto dell'UE

2.1 Efficacia orizzontale della libertà di prestazione di servizi e "necessaria" responsabilità sindacale: una relazione da chiarire

La sentenza del giudice svedese che dirime la questione della responsabilità dei sindacati per danni derivanti da violazione del diritto comunitario appare assolutamente innovativa sia per il panorama svedese sia, in un certo senso, per l'intero panorama comunitario. Essa affronta, infatti, una classica questione giuridica aperta[718] la cui risoluzione non può basarsi su alcuna specifica norma giuridica né su alcun precedente giudiziale chiaramente identificabile, costituendo piuttosto l'esito di una riflessione del giudice sui principi dell'ordinamento giuridico di riferimento[719].

Il giudice nazionale parte dal presupposto di dover assicurare un risarcimento del danno alle vittime della violazione del Trattato e ciò in virtù dell'obbligazione degli Stati di assicurare l'effettiva attuazione del diritto comunitario[720]. Per far ciò, preso atto dell'assenza di una disposizione *ad hoc* nell'ordinamento e della carenza di specifici principi comunitari, il giudice del lavoro svedese sceglie di affrontare la questione della responsabilità per danni da parte di individui o associazioni colpevoli di aver violato una delle libertá fondamentali del trattato, richiamando in via analogica

---

opinions, pubblicate in coda alla sentenza, divergono rispetto all'opinione maggioritaria in un caso (giudice Kurt Eriksson) unicamente quanto all'entità del danno risarcito, mentre altri due giudici (Soren Oman e Lennart Olovsson) contestano la concreta risarcibilità del danno nel caso in esame.

[718] Il giudice svedese riconosce la mancanza di una specifica previsione che riconosca il diritto al risarcimento del danno da parte di una associazione per violazione dei trattati causata da una azione collettiva in apertura del ragionamento, p. 13

[719] SCHIAVELLO, A., *Teoria generale del diritto, metodo e positivismo giuridico. Osservazioni in margine a «B. Bix: Alcune riflessioni sul metodo in jurisprudence»*, in *Ars Interpretandi*, 8, 2003, p. 429-448

[720] Cfr. sentenza p. 13

e diretta la normativa nazionale e senza richiedere alcun supporto interpretativo alla Corte di Giustizia.

La questione del risarcimento del danno implica in primo luogo la soluzione della connessa e preliminare problematica della corretta definizione degli effetti giuridici che derivano dall'attribuzione di efficacia diretta orizzontale alla disposizione sulla libertà di prestazione di servizi. La Corte svedese, peraltro, non soltanto rigetta la domanda delle parti di richiedere chiarificazioni sulla risarcibilità del danno cagionato da privati o associazioni di individui alla Corte di Giustizia[721], ma sembra per di più prescindere dal contesto comunitario in cui questa responsabilità si inserisce.

In tal senso, il tribunale di Stoccolma avrebbe potuto riferirsi ad un duplice ordine di criteri e condizioni, già delineati dalla Corte di Giustizia in altre ipotesi di responsabilità comunitaria.

A) Il primo pensiero va ai criteri elaborati dalla Corte di Lussemburgo per governare la responsabilità degli Stati e della Comunità[722] in caso di violazione di disposizioni aventi efficacia diretta, e in seconda battuta ai criteri elaborati al fine di garantire un risarcimento per le violazioni dei diritti dei singoli individui.

Quanto ai primi, il tribunale svedese esordisce con la loro enunciazione ma, poi, evita di valorizzarli, tralasciando ogni attività interpretativa volta alla valutazione della loro esatta estensione applicativa. Il mero richiamo formale, tuttavia, non può rivelarsi sufficiente a rispettare le indicazioni pretorie sull'accertamento della responsabilità di derivazione comunitaria, dal momento che – in sede di enucleazione delle condizioni della responsabilità degli Stati – la Corte di Giustizia ne aveva manifestato il carattere fondamentale in relazione ad ogni tipologia di responsabilità. Le elaborazioni pretorie, manifestate specificamente in quel contesto, sembravano non essere confinate alla regolazione di esso ma aver la pretesa di costituire un terreno comune per la disciplina di ogni forma di responsabilità in ambito comunitario; destinata, dunque, ad operare ogniqualvolta venisse sollevata una controversia risarcitoria, benché con i dovuti adattamenti resi necessari dalle peculiarità del caso concreto.

Le indicazioni del giudice comunitario in questa materia non sono fondate su specifiche disposizioni normative ma rappresentano il frutto dell'intensa attività ricostruttiva e creativa di diritto della Corte di Giustizia, intrapresa con le storiche sentenze *Brasserie du Pecheur* e *Factortame*[723].

Nella sentenza *Brasserie du Pecheur* - la prima in cui la CGUE ha delineato i caratteri fondamentali della neointrodotta responsabilità degli Stati per violazione di disposizioni aventi efficacia diretta[724], in linea di continuità con la precedente giurisprudenza in materia di responsabilità della Comunità - la Corte ha affermato che le condizioni in quella sede individuate avrebbero dovuto costituire parametri generali cui ispirarsi nella valutazione sulla sussistenza o meno di una respon-

---

[721] Affermano, infatti, i giudici svedesi in chiusura della sentenza, p. 40, che la ragione per cui la richiesta di una nuova pronuncia pregiudiziale va rigettata è che i principi generali estrapolati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia appaiono sufficienti a poter fornire una risposta alle richieste risarcitorie avanzate dalla società *Laval*.

[722] Cfr. sentenza p. 14.

[723] Sentenza della Corte di Giustizia, del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93 in *Racc.*,1996, p. I-01029.

[724] Sentenza *Brasserie du pecheur* punto 42. Sottolineano questo aspetto anche CRAIG, P., DE BÚRCA, G. *EU law* 2008, Oxford University Press, p. 527.

sabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario. Al punto 51 della sentenza sopramenzionata, infatti, si afferma che "*un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi*", senza specificare rispetto a quali tipologie di responsabilità debbano operare queste condizioni.

Mettendo in opera detti principi ci si avvede che se, d'un canto, nessun problema si origina dall'obbligo di procedere ad accertamento del nesso causale, non altrettanto può dirsi quanto alle altre due condizioni: la sussistenza di una norma comunitaria attributiva di diritti individuali ai singoli e la nozione di *violazione sufficientemente caratterizzata*[725].

Quanto al primo profilo, esso obbliga ad interrogarsi se dalla sentenza della Corte di Giustizia possa trarsi un mutamento nei caratteri della libertà di prestazione dei servizi in termini tali da rendere questa libertà un vero e proprio diritto. Infatti, una interpretazione dell'efficacia orizzontale come condizione che permette di attribuire agli imprenditori veri e propri "*diritti fondamentali*", ossia tutele direttamente azionabili in giudizio e protette da rigide sanzioni in caso di violazione sia da parte dello Stato e delle pubbliche autorità sia nei rapporti inter-privati[726], non è affatto usuale nell'ordinamento comunitario e, peraltro, non è stata esplicitamente e certamente affermata nel caso *Laval*.

I pochi richiami a tale tipologia di efficacia delle disposizioni, individuati dalla Corte nazionale nell'intero ordinamento comunitario, attengono in verità a materie e situazioni piuttosto specifiche: la concorrenza, in cui è la stessa formulazione letterale dei trattati a far comprendere un coinvolgimento diretto dei privati[727]; i casi di origine giurisprudenziale in cui ciò che risulta caratterizzante è la capacità regolativa di organismi privati, assimilabili per ciò alle autorità statuali[728] e, infine, le ipotesi in cui è affermata l'efficacia orizzontale delle disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori, più per una rinnovata testimonianza della particolare forza espansiva del

---

[725] Sentenza *Brasserie du pecheur*, punto 51.

[726] ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, p. 3.

[727] Le sentenze della Corte di Giustizia nei casi C-453/99, *Courage v. Crehan*, del 20 settembre 2001, in *Racc.* 2001, p. I-06297 e *Manfredi v. Lloyd*, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, del 13 luglio 2006, in *Racc*. 2006, p. I-06619, richiamate nella decisione della Corte.

[728] La Corte richiama infatti *Bosman*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman,* in *Racc.* 1995 p. I-04921), ed il *leading case* in materia di efficacia orizzontale *Walrave and Koch*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 dicembre 1974, 36/74, *B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch contro Association Union Cycliste Iinternazionale*, in *Racc.* 1974 p.1405), in cui la Corte, al punto 17, ha stabilito che "*l' abolizione fra gli stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone ed alla libera prestazione di servizi - che costituisce uno degli obiettivi fondamentali della comunità, consacrato nell' art . 3, lettera c), del trattato - sarebbe compromessa se oltre alle limitazioni stabilite da norme statali non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi non di diritto pubblico nell' esercizio della loro autonomia giuridica*". Il caso, però, val la pena di notare, aveva ad oggetto un'azione contro una disposizione creata dall'*Association Union Cycliste Internationale* che, di fatto, dettava disposizioni con i caratteri dell'applicazione generale.

principio di non discriminazione[729] che non per un reale generalizzato riconoscimento dell'efficacia orizzontale (si fa cenno, in particolare, alla sentenza *Raccanelli*[730]).

I casi richiamati, come visto, sono dunque espressioni di specifiche esigenze di estensione dell'efficacia delle disposizioni anche nei confronti dei singoli e non possono assurgere ad argomento fondante a sostegno della necessità di attribuire una generica efficacia diretta alle disposizioni sulle libertà di circolazione[731].

Proprio per rimarcare quanto affermato, i sindacati hanno sostenuto davanti alla giurisdizione nazionale che ciò che la sentenza *Laval* ha reputato violasse il diritto comunitario non era la singola azione collettiva concretamente posta in essere bensì la legislazione statuale legittimante l'assunzione di una azione collettiva in quello specifico contesto[732]. La Corte nazionale ha, però, completamente disatteso questa interpretazione, considerando chiaramente e definitivamente affermata l'illegittimità di quella specifica azione collettiva e l'efficacia orizzontale diretta della disposizione sulla libera prestazione di servizi.

Quanto al secondo profilo sul quale avrebbe potuto appuntarsi l'attenzione della Corte con il proposito di accertare l'effettiva presenza delle condizioni per un risarcimento del danno, il riferimento va alla nozione di *violazione sufficientemente caratterizzata*. Tale nozione è descritta più nel dettaglio dalla stessa Corte di Giustizia al punto 55 della sentenza *Brasserie,* ove i giudici di Lussemburgo specificano che "*il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale.*"

È evidente come tale condizione sia destinata ad operare nell'ipotesi di esercizio di una autonomia normativa (*i limiti posti al potere discrezionale*), elemento che potrebbe porre seri problemi nell'eventualità di una traslazione della disposizione al caso sottoposto al nostro esame.

---

729 DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect* in *CEYB*, 2008, p. 531, giunge alle medesime conclusioni in relazione al caso *Angonese* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* in *Racc*. 2000, p. I-04139), il quale a suo avviso non può validamente essere considerato un precedente per il riconoscimento dell'efficacia orizzontale delle disposizioni sulla libera circolazione dal momento che è la stessa Corte di Giustizia a collegare l'efficacia orizzontale alla proibizione delle discriminazioni basate sulla nazionalità. Inoltre, si badi bene, la Corte, pur consapevole del richiamo dell'Avv. Gen. Maduro nelle opinioni del caso *Viking*, sceglie di non nominare nella motivazione delle sentenze la vicenda *Angonese*, puntando maggiormente sull'assimilazione con gli organismi dotati di poteri normativi (APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval* in *Eur. Law Review*, 1, 2009, p. 147).
In tal senso anche ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, p. 11. LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking* in *Lavoro e Diritto*, 1, 2008, p. 80 specifica che tra i casi precedenti ed il caso *Laval* qui in esame la differenza è che "*gran parte di quella giurisprudenza interveniva a censurare misure private apertamente discriminatorie, il cui fine era quello di escludere i cittadini di altri Stati membri dal godimento di diritti che si intendevano riservare ai cittadini nazionali; mentre nei casi qui in oggetto la misura privata – ovvero lo sciopero - costituisce essa stessa esercizio di un diritto da parte dei cittadini nazionali e non interferisce in alcun modo con l'esercizio di quello stesso diritto da parte di cittadini stranieri*".

730 Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2008, Causa C-94/07, ma già in questa direzione *Angonese*, ampiamente analizzata da J. OBERG, *Horizontal direct effect of article 39 of the EC Treaty* in *Europarättslig Tidskrift*, 4, 2007, pp. 777 e ss.

731 In tal senso, già in riferimento alle argomentazioni avanzate dagli Avvocati Generali nei casi *Laval* e *Viking*, DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect*, op. cit., p. 527.

732 Posizione citata dalla stessa Corte svedese a p. 18.

Ma ciò che qui interessa sottolineare è che la Corte di Giustizia in questa nozione fa rientrare valutazioni che attengono in un certo senso al requisito subiettivo, che rimane invece irrilevante con riferimento agli altri due profili indispensabili ai fini dell'accertamento della sussistenza di una responsabilità degli Stati[733].Per essere considerata grave, quindi, è necessario che la violazione sia per esempio avvenuta in un contesto normativo sufficientemente chiaro e definito, tale da rendere per l'appunto "manifesta" la violazione medesima; cosa della quale non potrebbe che dubitarsi nel caso in esame.

La Corte di Stoccolma, però, trascura di appurare pienamente se nel caso di specie possa ritenersi integrata quella violazione manifesta e grave, unica legittimante la condanna al risarcimento del danno. La ragione di un così distratto cenno alle previsioni in tema di responsabilità comunitaria è da collegare probabilmente alla difficoltà di adattare questi criteri a casi in cui, di fatto, non può esservi alcuna violazione dei "*limiti posti al potere discrezionale*".

Eppure, le difficoltà evidenti che si riscontrano nell'applicare tali principi, pensati ed elaborati in relazione ad istituzioni dotate di potere normativo o quasi normativo[734] (si pensi a tutti quegli organismi dotati di poteri regolativi cui in principio è stata estesa l'efficacia delle disposizioni sulle libertà di circolazione[735]) e non nei confronti di privati colpevoli di una violazione del diritto comunitario, non è sufficiente a far considerare del tutto inutile il riferimento ad essi, magari proprio al fine di escludere in toto la risarcibilità di un danno che sia cagionato dal singolo e non da un potere statuale. In tal senso, il fatto che la violazione non fosse cagionata da un provvedimento di tipo legislativo o semi-legislativo in contrasto con il diritto comunitario, ma da un mero comportamento[736], avrebbe potuto essere tenuto in considerazione in sede di valutazione dell'*an* della risarcibilità del danno, con il proposito di escluderne la risarcibilità proprio per incompatibilità tra i descritti principi comunitari sulla responsabilità ed il caso in esame.

B) La seconda categoria di principi comunitari cui la Corte avrebbe potuto riferirsi al fine di valutare se fossero integrate le condizioni comunitarie necessarie per affermare una responsabilità risarcitoria, è costituita dai criteri che operano allorquando la violazione del diritto comunitario

---

[733] O'DONOGHUE R., CARR QC B., *Dealing with Laval and Viking*, in *CYELS*, 11, 2009, p. 159 ricordano gli elementi di cui la Corte ritiene si possa tenere conto, tra cui la chiarezza e precisione delle norme violate, l'esistenza di una giurisprudenza consolidata sulla materia, il grado di scusabilità dell'errore di diritto, l'atteggiamento mentale di chi ha commesso l'infrazione; in particolare, occorre considerare se il danneggiante stesse agendo volontariamente o involontariamente, il comportamento successivo dell'agente, la natura della persona colpita dalla violazione, la posizione assunta dalle istituzioni comunitarie sulla materia. Dalla mera elencazione si comprende come buona parte della valutazione su profili "soggettivi" è recuperata dalla Corte in questa nozione; e la valorizzazione degli elementi di cui si compone una violazione sufficientemente caratterizzata avrebbero condotto ad una esclusione della sussistenza del danno ingiusto.

[734] In relazione a questi organismi la situazione si configura in modo affatto specifico perché, di fatto, la Corte di Giustizia adotta un approccio "*sostanziale*", che non tiene conto della natura giuridica "*formale*" dell'organismo dotato di potere normativo. Così ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona*" INT 45/2006, p. 8.

[735] Per una distinzione tra l'efficacia orizzontale delle disposizioni in queste ipotesi molto particolari e i caratteri dei casi *Viking* e *Laval* si veda DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect*, op. cit.

[736] Critiche all'attribuzione di efficacia orizzontale alla disposizione erano venute da più parti in dottrina, faceva notare infatti ORLANDINI G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, op. cit., p. 10 che esiste una differenza sostanziale tra una norma, un atto anche di natura privata che ha comunque portata generale e si applica ad una generalità di casi, ed un comportamento che si conclude nell'atto in cui è posto in essere.

dipenda dal comportamento dei singoli. In questi casi la Corte di Giustizia ha ritenuto che, sebbene sia necessario assicurare il risarcimento di tutti i danni patiti, spetti allo Stato membro il compito di garantire "*rimedi effettivi*" per la vittima della violazione nella più ampia discrezionalità di determinazione quanto ad azione esperibile e tipologia della responsabilità (Cgce C-295/04, Manfredi)[737] Mi pare utile rilevare che, anche in questo contesto, la presenza di una forma di partecipazione soggettiva all'illecito si rivela una condizione indispensabile per la condanna al risarcimento del danno. A dimostrazione di ciò può rammentarsi quanto stabilito nel libro bianco della Commissione in materia di azione risarcitoria conseguente ad infrazione delle disposizioni antitrust (articoli 81 e 82 TCE, ora 101 e 102 TFUE)[738]. Infatti, persino in tale contesto in cui certa è l'efficacia orizzontale delle disposizioni ed indiscutibile la necessità che si risarciscano i danni cagionati ai privati, la Commissione ha escluso che possa ritenersi accertata la responsabilità ove possa invocarsi a propria discolpa l' "*errore scusabile*"[739], che si concretizzerebbe allorquando "*una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il comportamento limitava la concorrenza*".

Il richiamo a questi principi di origine comunitaria avrebbe condotto a conclusioni analoghe a quelle esposte sub A) in relazione alla responsabilità degli Stati: la responsabilità dei sindacati non può essere ritenuta automatica ma è sempre da compiere un'indagine ulteriore volta alla verifica della sussistenza dei requisiti specifici ai fini del risarcimento del danno – anche ove vi sia già stato accertamento giuridico della lesione del "*diritto*" alla libera prestazione di servizi –, tra cui un ruolo di particolare centralità sembra rivestire la verifica dell'elemento soggettivo.

In conclusione, l'*excursus* sulla giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità porta a fare un passo indietro rispetto a quello compiuto dalla Corte nazionale: non è stata dimostrata la necessità di ritenere i sindacati direttamente responsabili del risarcimento del danno cagionato né tantomeno è stata affermata la necessaria risarcibilità del danno.

È su questo terreno che il ragionamento della Corte di Stoccolma appare, dunque, un po' debole. Infatti, la tesi che sottende l'intera linea argomentativa della sentenza in commento sembra essere quella di assicurare un imprescindibile risarcimento del danno in virtù dell'avvenuta dichiarazione di efficacia orizzontale della disposizione, potendosi, anzi dovendosi, prescindere da accertamenti ulteriori. Al contrario, dall'analisi dei principi richiamati si evince inequivocabilmente che nell'ordinamento comunitario vige il principio specularmente opposto, giusto il quale non è sufficiente l'accertamento della sussistenza di una violazione del diritto comunitario per aversi responsabilità e conseguente obbligo di risarcire il danno[740].

---

[737] ORLANDINI, G. *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, consultabile on line al sito www.etui.org/en/content/download/10511/55251/file/orlandini.pdf, p. 12, ora in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di VIMERCATI, A., edito Cacucci, 2009, pp. 55-74.

[738] COM(2008) 165, Bruxelles 2.4.2008.

[739] Netta la critica sulla rigidità della responsabilità avanzata dal Parlamento Europeo che nella risoluzione del 26.03.2009 P6_TA(2009) 187 al punto 15 ha sottolineato l'esigenza in ogni contesto risarcitorio di "*avere come premessa un atto colposo*". A parere del PE, infatti, per aversi risarcimento è indispensabile che la "*violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza debba essere avvenuta quantomeno per negligenza, salvo che la normativa nazionale preveda una presunzione assoluta o una presunzione relativa di colpa nel caso di violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, assicurando l'applicazione costante e coerente di tale normativa*";

[740] MARINAI, S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002, p. 691

A quanto sostenuto, in termini generali, in ordine all'esigenza di assicurare un risarcimento del danno e di addebitarne la relativa responsabilità ai sindacati, v'è da aggiungere un ulteriore fondamentale elemento specifico, ossia la peculiare natura del soggetto passivo di tale responsabilità.

La Corte svedese non sembra curarsi del fatto che nel caso concreto la responsabilità dovrebbe gravare non su una generica associazione di individui ma su una associazione che negli ordinamenti nazionali è tutelata da una specifica posizione di privilegio: l'organizzazione sindacale. E ciò vale in maniera ancora più prorompente in quei singolari casi in cui è in questione l'esercizio del diritto di sciopero. In diversi ordinamenti nazionali, la caratteristica primaria del diritto di sciopero è, infatti, quella di garantire l'immunità dei partecipanti dalle ordinarie norme vigenti in materia di responsabilità civile[741]; sarebbe stato opportuno quindi chiedersi se tale immunità possa operare o vada del tutto esclusa in caso di sciopero che si contrapponga alle libertà di circolazione comunitarie. Pertanto, sebbene in *Laval* e *Viking* la Corte di Giustizia abbia rinunciato a rifarsi al caso *Albany*[742], ciò non vuol dire che il portato di quella decisione vada messo in soffitta; al contrario, esso potrebbe essere validamente recuperato dal giudice nazionale in sede di decisione in merito al danno[743]. Il Tribunale svedese avrebbe potuto ipotizzare o una totale sottrazione all'area di responsabilità per danni in ragione della particolare funzione sociale svolta dalle associazioni sindacali, o un contenimento della risarcibilità del danno alle sole ipotesi di violazione gravissima delle libertà fondamentali, o ancora avrebbe potuto stabilire un massimale di risarcimento cui possono essere tenute le associazioni sindacali con l'obiettivo di non vanificare, nei fatti, il loro diritto a ricorrere all'azione collettiva.

In particolare, quantomeno nella sua quantificazione, avrebbe potuto considerare che l'azione collettiva era legittimata dalla sussistenza di specifiche disposizioni nazionali che permettono il ricorso all'azione collettiva anche nella forma particolare dei picchetti[744]. Ma su questo si avrà modo di tornare nel dettaglio a breve.

2.2 Responsabilità risarcitoria del sindacato e specificità del diritto interno

In definitiva, la Corte svedese non trae la propria decisione dal contesto comunitario da cui deriva la responsabilità: non chiede alla Corte di Giustizia di chiarire quali siano le condizioni della responsabilità dei singoli, non rievoca i criteri da questa in precedenza elaborati per altre tipologie di responsabilità, non sfrutta il portato delle tradizioni costituzionali comuni per valorizzare le peculiarità del soggetto passivo.

Il tribunale svedese dichiara di sentirsi obbligato ad assicurare un risarcimento del danno in virtù del dovere di lealtà dello Stato nei confronti dell'ordinamento comunitario e per raggiungere questo obiettivo sceglie il percorso più difficile: basare la decisione esclusivamente sulle disposizioni nazionali che regolano la responsabilità delle parti sociali per violazione delle reciproche obbligazioni. In particolare, la Corte svedese richiama la previsioni nazionali che governano l'ipotesi di

---

741 ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 5.

742 Corte di Giustizia, sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, *Racc.* 1999, p. I-5751.

743 APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, op. cit., p. 149-150.

744 APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, op. cit., p. 149-150.

proclamazione da parte del sindacato di una azione collettiva illegittima, contenute all'interno del *Codetermination Act*, fonte legale principale delle relazioni tra parti sociali.

In verità, uno sguardo attento indurrebbe ad escludere l'applicazione della normativa richiamata in virtù della vigenza, al momento di commissione dell'illecito, di una specifica disposizione legislativa che legittimava il ricorso all'azione collettiva nei confronti del prestatore di servizi straniero: la *Lex Britannia*. Il tribunale di Stoccolma, tuttavia, elimina mentalmente la *Lex Britannia*, applicando direttamente le disposizioni del *Codetermination Act*. Se è comprensibile la difficoltà incontrata nel far operare i principi comunitari nel caso in esame, non si spiega la naturalezza con cui la Corte svedese proceda ad applicazione diretta ed analogica delle disposizioni nazionali in materia di risarcimento del danno cagionato dai sindacati. Anche l'applicazione delle disposizioni nazionali presenta, infatti, non poche difficoltà teoriche; e ciò in quanto al fine di richiamare la regolamentazione della responsabilità delle parti sociali di provenienza nazionale occorre in primo luogo sciogliere la *vexata quaestio* dell'effetto retroattivo delle sentenze della Corte di Giustizia[745], questione dotata di una complessità tale da non aver tuttora trovato una soluzione univoca in dottrina.

La problematica attiene alla definizione del momento sino al quale occorre fare retroagire, nei rapporti tra le parti, l'effetto di una decisione assunta da una giurisdizione superiore che dichiara l'illegittimità di una norma.

Il giudice svedese dedica alla tematica della retroattività solo poche righe dal momento che, a suo avviso, la retroattività è la regola generale e ogniqualvolta la Corte abbia voluto limitare la retroattività lo ha esplicitamente dichiarato[746]. Eppure, la considerazione appare lapidaria mentre necessiterebbe di ulteriore approfondimento: in primo luogo, perché le precedenti sentenze concernevano soltanto la produzione di effetti nei rapporti tra Stati e cittadini, in secondo luogo perché avevano ad oggetto la responsabilità diretta dello Stato per l'assunzione di una disposizione contraria al diritto comunitario in violazione dell'obbligo di leale collaborazione ed infine perché, anche nei casi di sentenze nei confronti degli Stati, esistono non poche sfumature[747].

---

[745] Si veda a titolo esemplificativo BARTOLOTTA, E., *Gli effetti temporali delle sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e il vincolo del giudicato* in *Rassegna tributaria*, 4, 2008, p. 1203. Ritiene che dipenda dalla natura delle sentenze l'efficacia nel tempo delle stesse: FRANSONI, G. *Riflessioni (critiche) sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia* in *Rivista di diritto tributario*, 5, 2006, p. I, 373 e ss.

[746] Spesso una simile limitazione si è avuta in materia tributaria per i pesanti oneri economici cui sarebbe esposto lo Stato ove venisse condannato a restituire i tributi rivelatesi *ex post* incompatibili con il diritto comunitario. Su questo profilo si v. KOKOTT, J. e MALFERRARI, L., *La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia fiscale: la limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze* in *Giurisprudenza Italiana*, 8-9, 2006, p. 1790

[747] Ricorda MARIANI, P., *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia: interesse generale e tutela dei singoli* in *Diritto dell' Unione Europea*, 3, 2007 , p. 639 che la Corte di Giustizia ha limitato gli effetti nel tempo delle sentenze quando la decisione poteva avere un grave impatto sulla finanza pubblica valutando però con rigore tale requisito, mentre nel caso *Defrenne II* (sentenza Corte di Giustizia, dell'8 aprile 1976, C-43/75 in *Racc.* p.455) in cui alla disposizione si è attribuita efficacia orizzontale i datori di lavoro che avevano effettuato la discriminazione retributiva non sono stati condannati al pagamento del pregresso né si è richiesta la prova delle conseguenze economiche che avrebbero subito altrimenti o della loro quantificazione; e ciò proprio perché gli effetti si sarebbero prodotti nella sfera dei privati. Nonché, aggiunge, nel caso *Bosman* (Corte di Giustizia 15 dicembre 1995, Causa C-415/93 in Racc. p. I-104921) la Corte ha limitato l'efficacia nel tempo riferendosi unicamente a considerazioni relative alla certezza del diritto.

Nei confronti dei singoli, la questione della retroattività andrebbe osservata attraverso una lente affatto diversa. Infatti, ad un giurista italiano, ma non solo, il dibattito evoca immediatamente una questione che presenta spiccati profili di similitudine[748] e la cui risoluzione dottrinaria e giurisprudenziale è soggetta a continue oscillazioni: quella della retroattività delle sentenze della Corte Costituzionale ed in particolare dell'impatto che l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità di una norma produce nelle controversie tra privati[749].

Sebbene il nostro sistema riconosca efficacia retroattiva alla dichiarazione di incostituzionalità della norma con lo scopo di garantire una reale supremazia della Carta Costituzionale sulla legislazione ordinaria[750], ciò non implica che si possa risarcire un danno tra le parti private, poiché in quel caso verrebbero in rilievo altri principi degni di tutela costituzionale, quali il principio dell'affidamento dei privati e la certezza del diritto[751]. E soprattutto – come sostenuto recentemente dalla stessa Corte Costituzionale – è da escludere la risarcibilità di un danno che sarebbe sorto soltanto nell'eventualità di una declaratoria di incostituzionalità poiché, in realtà, il fatto dannoso non può essere considerato esistente al momento in cui il fatto è stato commesso[752].

Il caso in esame sembra integrare il caso di scuola: la dichiarazione di illegittimità comunitaria del comportamento dei sindacati promana, infatti, dalla dichiarazione di incompatibilità con l'ordinamento comunitario di una norma nazionale, la *Lex Britannia*, che aveva il compito di rendere lecito un comportamento che, in generale, nell'ordinamento svedese è vietato; tale norma facoltizzante, ritenuta contrastante con il diritto comunitario, ha indirettamente reso il comportamento illecito anche sul piano nazionale. Infatti, l'azione collettiva della quale si discute sarebbe

---

[748] MARIANI, P., *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, op. cit., effettua il medesimo parallelismo basato sul fatto che le sentenze pregiudiziali interpretative altro non sarebbero se non giudizi di legittimità delle norme con potenziale efficacia *erga omnes*, p. 634.

[749] PARODI, G., *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee* in *Quaderni regionali*, 1-2, 2007, p. 319 e ss. riferisce sul tema proprio in un saggio intenzionato a chiarire gli effetti temporali delle decisioni della Corte di Giustizia in caso di giudizio di annullamento e di invalidità. Interessante la prospettiva adottata che mostra da una angolatura comparatistica il comportamento delle Corti costituzionali dei paesi occidentali quanto al profilo della limitazione degli effetti temporali delle decisioni di annullamento.

[750] Si veda da ultimo, *ex plurimis*, Corte Cost. n. 1954 del 25 novembre 2009, ai sensi della quale la dichiarazione di incostituzionalità comporterebbe l'impossibilità di dar applicazione alla norma dichiarata incostituzionale. Nella sentenza può leggersi infatti: "*nessuna pubblica autorità può più fare applicazione delle disposizioni dichiarate incostituzionali*." Tale interpretazione si fa discendere direttamente dall'articolo 136 della Cost. che utilizza una terminologia molto forte affermando che "*la norma cessa di avere efficacia*". Ovviamente, da questo carattere caducatorio vengono esclusi i rapporti conclusi, potendo riferirsi unicamente ai rapporti pendenti. In questo caso sarebbe lecito domandarsi se l'ipotesi dello sciopero ricada nell'una o nell'altra categoria trattandosi di un fatto che ha completamente esaurito i propri effetti.

[751] Ricorda CELOTTO, A., *La (corretta) presbiopia comunitaria della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2009, p. 289 che la Corte Costituzionale italiana ha più volte affermato come tale principio costituisca una manifestazione dello Stato di diritto. Sull'affidamento si veda anche MATUCCI, G., *Tutela dell'affidamento e retroattività ragionevole in un caso di interpretazione autentica* in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2006, specialmente pp. 2547-8.

[752] Corte Costituzionale, ordinanza n. 71 del 2009 in cui la Corte esplicitamente afferma che "*la condanna non potrebbe comunque essere pronunciata, perché una sentenza di questa Corte non può avere l'effetto di rendere antigiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere.*" A commento della sentenza si veda BIFULCO, R., *La rilevanza tra influenza ed applicabilità* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2009, pp. 682 che condivide l'impostazione della Corte quanto all'impossibilità di risarcire il danno ma non quanto all'inutilità di una pronuncia di incostituzionalità. In senso fortemente critico quanto all'intera impostazione della sentenza l'annotazione di PACE, A., *Dalla "presbiopia" comunitaria alla "miopia" costituzionale?* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2009, pp. 672 e ss., il quale dà, però, contezza del dibattito mai sopito in dottrina tra i sostenitori della necessità di garantire l'affidamento e chi vuol far prevalere in ogni caso la Costituzione, p. 677.

stata illecita in assenza di tale legge perché assunta in presenza di un contratto collettivo e dunque in violazione dell'obbligazione di pace sociale. Tuttavia, la *Lex Britannia*[753], era stata adottata nell'ordinamento svedese proprio al fine di autorizzare i sindacati a ricorrere all'azione collettiva ove il datore di lavoro fosse firmatario di un contratto concluso con sindacati non svedesi, per poter munire i sindacati di una vigorosa arma contro il dumping sociale. In mancanza di una simile previsione, il ricorso all'azione collettiva sarebbe stato interdetto e l'azione collettiva, ove intrapresa, sarebbe stata sanzionata dalle ordinarie norme a tutela del rispetto della severa clausola di pace sociale. Ciò si spiega avuto riguardo alle peculiarità del sistema svedese. In Svezia, infatti, ai sindacati è imposto il rispetto dell'obbligazione di pace sociale - previsione destinata a garantire stabilità al mercato del lavoro[754] - e la violazione di tale disposizione comporta la condanna al risarcimento di severi danni punitivi[755].

Le speciali obbligazioni di pace sociale conseguono in maniera del tutto automatica alla conclusione di un contratto collettivo e comportano il divieto di intraprendere azioni collettive che siano volte a ottenere una modifica del contenuto del contratto o una sua particolare interpretazione o siano in qualche modo dirette a fare pressioni in una disputa in relazione alla sua validità. Peraltro, esse obbligano alla loro osservanza non soltanto i contraenti ma ogni altra associazione sindacale[756].

Durante il periodo di validità di un contratto collettivo, dunque, il conflitto industriale è interdetto, salvo che si tratti di azioni secondarie di mero supporto ad azioni collettive lecite, ossia miranti alla conclusione di un contratto collettivo.

Dal punto di vista strettamente giuridico, la responsabilità che deriva dalla violazione dell'obbligazione di pace sociale è di tipo extracontrattuale (dal momento che grava non soltanto sui contraenti ma su tutti i consociati), però, col tempo, essa si è caratterizzata in maniera talmente specifica da tramutarsi in una disciplina speciale, ormai completamente distanziatasi dal suo modello originario.

La condanna al risarcimento del danno, peraltro, segue in maniera automatica la lesione dell'obbligazione di pace sociale e non necessita della prova di alcuna sussistenza dell'elemento soggettivo[757]. Tale forma di responsabilità è, in un certo qual modo, "tipica" nei rapporti tra sindacati e associazioni datoriali, sebbene sia retta da principi speciali.

La disposizione è centrale per la regolazione dei rapporti tra sindacati e datori di lavoro. Al descritto scenario, si aggiunga, quale ultimo elemento rilevante che in Svezia il ricorso all'azione

---

[753] Previsione inserita nel *Codetermination Act* 1976: 580 con provvedimento legislativo dell'1 luglio 1991. SCIARRA, S., *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rűffert e Lussemburgo*, ANDREONI, A. e VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009, p. 42, riferisce quali furono le premesse fattuali che hanno indotto il legislatore svedese ad inserire la disposizione e, segnatamente, che la norma fu emanata con esplicite finalità antidumping, per poter concedere ai sindacati di iniziare un'azione collettiva anche nei confronti di un imprenditore che sia legato altrove da un contratto collettivo ma che si trovi temporaneamente a prestare servizi in Svezia.

[754] Questa spiegazione é fornita dalla stessa commissione d'inchiesta che é stata incaricata di provvedere alla modifica della normativa a seguito della sentenza della Corte di Giustizia.

[755] Cfr. Art. 41 e 42 Codetermination Act 1976: 580.

[756] Molto interessanti le osservazioni sul sistema svedese da parte di EDSTOM, O., *The free Movement of services, Industrial Action and the Swedish Industrial Relation Model – the Legal structure and actors' acting in the Laval Case* in *Law and Society,* WAHLGREN, P. (a cura di), Stockholm, 2008, p. 432.

[757] Questo lo ricorda lo stesso giudice della decisione in esame a p. 36.

collettiva non è così frequente, data la rilevanza nel sistema riconosciuta da entrambe le parti sociali al contratto collettivo, nel quale la clausola di pace sociale costituisce spesso una valida ragione per l'imprenditore per addivenire a stipulazione.

Le considerazioni di ordine generale proposte *supra* sono di centrale importanza nella costruzione logico-argomentativa del giudice svedese e giocano un ruolo fondamentale nella struttura della decisione.

Il giudice nazionale, infatti, ritenendo già definita dal giudice comunitario la questione relativa alla liceità dell'azione collettiva intrapresa dal sindacato delle costruzioni svedesi, cerca un appiglio nell'ordinamento nazionale al fine di assicurare all'impresa lettone il risarcimento del danno patito a causa dello sciopero. Avendo scartato l'idea di una ricostruzione in chiave comunitaria della responsabilità non resta che procedere all'applicazione delle disposizioni nazionali, normalmente invocabili in caso di azione collettiva nazionale, illegittima.

È evidente che, per far ciò, la Corte svedese deve considerare illegittima un'azione collettiva che, al momento nel quale è stata posta in essere, illegittima non era. L'unica strada che può percorrere è cancellare mentalmente la disposizione che autorizza il ricorso all'azione collettiva in quel preciso contesto: la *Lex Britannia*.

Orbene, la *Lex Britannia* acconsentendo unicamente agli scioperi in presenza di un contratto collettivo siglato all'estero, è stata dichiarata dalla Corte di Giustizia non compatibile con il diritto comunitario in quanto palesemente discriminatoria: essa infatti legittimava il ricorso all'azione collettiva nei confronti dei prestatori stranieri in ipotesi in cui l'azione collettiva nei confronti degli imprenditori svedesi era invece preclusa. In assenza della *Lex Britannia* l'azione collettiva intrapresa nel caso *Laval* sarebbe stata illegittima, per tale ragione, il tribunale di Stoccolma può agire come se la disposizione non fosse mai esistita nell'ordinamento ed applicare direttamente la norma che prescrive una responsabilità per quell'azione collettiva che sia intrapresa in vigenza di un contratto collettivo.

La soluzione conduce a palesi risultati irrazionali atteso che impone il rispetto di una limitazione del diritto di sciopero non ancora in vigore al momento del suo esercizio, contravvenendo ai regolari principi degli Stati di diritto per i quali ogni limitazione a diritti va esplicitamente espressa. L'azione collettiva è legittima sino a che essa non sia stata espressamente vietata; ignorare l'esistenza della *Lex Britannia* fa sì che si ampli l'ambito del divieto di ricorrere all'azione collettiva.

Peraltro la severa disposizione nazionale che regolamenta la responsabilità dei sindacati in caso di lesione dell'obbligazione di pace sociale prevede il risarcimento non soltanto del danno economico subito dall'impresa ma anche la corresponsione allo Stato di una somma a titolo di danno punitivo, con funzione di deterrente al ricorso ad una nuova azione collettiva.

Il giudice svedese non condanna dunque al risarcimento dei danni economici perché non ritiene provato il nesso causale che legherebbe il fallimento della *Baltic* all'azione collettiva del sindacato, ma impone il pagamento dei danni punitivi in una somma particolarmente ingente.

A ridurre l'ammontare del risarcimento non vale nemmeno la considerazione generale per gli ordinamenti europei che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è normalmente sottratto

alle ordinarie disposizioni in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale[758] poiché, trattandosi di diritto e non di mera libertà[759], gli Stati hanno reputato opportuno riconoscere ad esso un particolare regime di responsabilità, se non del tutto escludendo l'applicabilità delle disposizioni vigenti in tale materia, quantomeno prevedendo delle specifiche disposizioni nazionali che limitino l'operatività dei principi generali.

La Corte nazionale, invece, sembra timorosa di affrontare la problematica risarcitoria in questi termini, quasi per una sorta di necessaria solerzia da mostrare nel dar seguito alla sentenza del giudice comunitario per assicurarle il massimo effetto possibile. Il ragionamento del giudice quindi si limita a cancellare mentalmente la norma facoltizzante (*la Lex Britannia*) ed applicare la disposizione che sarebbe stata applicabile se la *Lex Britannia* non fosse mai esistita. Ovviamente manca ogni traccia di colpevolezza nel comportamento del sindacato, ma la disposizione della specifica ipotesi di responsabilità extracontrattuale che viene a rilevanza nel caso non la richiede.

3. Il dibattito parlamentare svedese nel *Post Laval*

La seconda parte di questo commento – come evidenziato in premessa – è destinata a delineare il percorso evolutivo intrapreso dall'ordinamento svedese in seguito alla decisione del caso *Laval*.

Conviene anticipare che la dottrina svedese[760] e buona parte della dottrina europea[761], ha decisamente criticato quella che ha definito come una indebita invasione della Corte di Giustizia in una sfera di competenze statuali[762]. La Corte, infatti, pur affermando che la direttiva sul distacco non ha l'obiettivo di indurre a modificare i singoli sistemi di relazioni industriali[763], ha, in verità, costretto la Svezia a rilevanti mutamenti istituzionali e, per di più, a introdurre una disciplina per molti versi estranea alle caratteristiche del suo mercato del lavoro e che dunque, verosimilmente, sarà destinata ad operare unicamente in rapporto a prestatori di servizi stranieri.

La questione discende dal fatto che la Svezia, in sede di recepimento della direttiva sul distacco[764], non ha ritenuto di dover adottare alcuna disposizione legislativa in materia di salario minimo, non ha attuato il rinvio ai contratti collettivi nelle modalità indicate dall'articolo 3.8 della direttiva ed

---

[758] Sulla natura del diritto di sciopero si veda NOVITZ, T., *Labour rights as human rights: implications for employers' free movement in an enlarged European Union* in *CYELS*, 2007, p. 357 e ss.

[759] Come ricordato da DORSSEMONT, F. *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, op.cit., p. 6.

[760] Cfr. EKLUND, R., *Free business movement and the right to strike in the European Community: two views - A Swedish Perspective on Laval*, in *Comparative labor law and policy journal*, 4, 2008, p. 569

[761] Si veda, per tutti, BERCUSSON, B., *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment* Day in *European Law Journal,* 2007, 3, p. 283 che ben prima della decisione della Corte citava la preoccupata lettera dell'ETUC che sollecitava il giudice comunitario a preservare le normative nazionali a tutela del diritto di sciopero, in quanto espressione delle differenti esperienze storiche degli stati comunitari, frutto di un precario equilibrio di interessi tra le parti sociali.

[762] Sul piano nazionale si v. BALLESTRERO, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero* in *Lavoro e Diritto*, 2, 2008, p. 389 che parla di mancanza di *self restraint* della Corte.

[763] Sentenza *Laval*, cit., punto 68.

[764] Avvenuta nel 1999 con *Atto sul distacco dei lavoratori stranieri* 1999:678 consultabile on line in lingua inglese al sito www.sweden.gov.se/content/1/c6/10/48/40/7696b1da.pdf, nella versione antecedente a quella da ultimo modificata con la legge *Laval*.

ha limitato il suo intervento normativo unicamente all'estensione di parte della normativa sulle condizioni lavorative, evitando ogni riferimento alla materia retributiva[765].

La principale ragione che ha orientato in tal senso il legislatore è di immediata evidenza per chiunque abbia contezza del sistema di contrattazione collettiva svedese; sistema caratterizzato da una *logica spiccatamente volontarista*[766], in cui il modello di contrattazione e negoziazione non vede in alcuna fase il coinvolgimento dello Stato che, al contrario, lascia le parti sociali completamente libere di contrattare. Premessa fondamentale di questa ampia autonomia sindacale è che i contratti collettivi non abbiano efficacia *erga omnes*, che non sussista alcun meccanismo statale di recepimento degli accordi conclusi e che l'applicazione *ultra vires* ai lavoratori non sindacalizzati sia realizzata mediante richiamo da parte del contratto individuale al contratto collettivo[767]. Con lo scopo di sostenere questa amplissima libertà di contrattare, allo Stato spetta il compito di predisporre una legislazione a tutela dello sciopero particolarmente garantista.

Entrambe le nervature di questo sistema sono state poste in discussione dalla Corte di Giustizia: d'un canto, la possibilità di definire l'esatta prestazione retributiva a livello aziendale in seguito ad una diretta contrattazione tra sindacato e singolo imprenditore giacché, a parer del giudice comunitario, la contrattazione a tale livello si rivelerebbe pregiudizievole per i prestatori stranieri, incapaci di valutare con certezza ed in ogni parte del territorio nazionale, quale sarà il trattamento retributivo che dovranno assicurare ai lavoratori distaccati, e dall'altro, la possibilità di utilizzare l'azione collettiva quale arma per indurre l'imprenditore a siglare il contratto collettivo proposto dal sindacato .

Quanto al primo aspetto, la Corte sembra sostenere che un sistema fondato sulla contrattazione aziendale sarebbe potenzialmente in grado di compromettere la piena realizzazione della libera prestazione di servizi transnazionale dal momento che renderebbe impossibile valutare *ex ante* la convenienza di un affare, trovandosi il prestatore nella assoluta incapacità di prevedere i costi per la retribuzione del personale coinvolto. La Corte assume al riguardo una posizione molto rigorosa e del tutto inaspettata, dal momento che, come si è lucidamente segnalato in dottrina[768], questo atteggiamento di sfavore verso la contrattazione decentrata mal si concilia con i principi in materia di flessicurezza, il cui *leit motiv* è proprio il sostegno a forme di contrattazione locale e aziendale capace di rendere i salari maggiormente adattabili al contesto e alla situazione economica dell'impresa.

---

[765] Si noti che già la Commissione nel 2003 aveva affermato che ove non vi fosse stata esplicita indicazione della volontà di avvalersi della deroga prevista dall'articolo 3.8 secondo trattino sarebbe stato impossibile il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione dei salari, COM(2003) n.458 p. 12; conseguentemente, secondo la Commissione, in Svezia non poteva dare applicazione ai contratti collettivi nel rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati.

[766] VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia (Corte di Giustizia Ce, 3 aprile 2008, causa C-346/2006)*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2, 2008, p. 301.

[767] RONNMAR, M., *Libera prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi di lavoro nell'esperienza svedese. Le implicazioni delle sentenze* Laval, Viking e Ruffert in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, VIMERCATI, A., (a cura di), edito Cacucci, 2009, specifica però che stante il carattere cooperativo del rapporto tra parte datoriale e sindacale e l'alto tasso di sindacalizzazione si può parlare di "*efficacia* erga omnes *di fatto*", p. 113.

[768] ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 118, 2008, p. 270.

Ma la critica è probabilmente più ampia e trascende il mero profilo del livello di contrattazione per investire l'autonomia collettiva in sé.

La Corte, infatti, sembra muoversi con maggiore sicurezza in un terreno in cui è lo Stato a stabilire in maniera rigida ed attraverso una norma di legge le condizioni applicabili ai lavoratori distaccati; un approccio statalista che è del tutto estraneo al tradizionale modello di relazioni industriali svedesi e che ha imposto un radicale cambiamento nell'assetto dei rapporti tra le parti sociali[769].

Infine, l'ulteriore passaggio logico che altera la corretta valutazione del sistema svedese è che lo sciopero e la sua funzionalizzazione al contratto collettivo[770] sono dalla Corte adoperati in una sorta di eterogenesi dei fini con l'obiettivo di assimilare la situazione della contrattazione collettiva a quella delle associazioni con funzioni regolative[771], permettendo così di ritenere acclarata l'efficacia orizzontale della disposizione nel caso indicato.

Quanto al secondo profilo, ossia la possibilità di intraprendere un'azione collettiva che sia diretta alla conclusione di un contratto collettivo, la Corte sembra sostenere la tesi giusta la quale il riconoscimento di una quanto mai ampia possibilità di ricorrere allo sciopero si tramuterebbe in un implicito obbligo di contrarre - in verità insussistente nella realtà svedese[772] - in grado di coartare le volontà degli imprenditori. Una simile prospettiva appare certamente *ideologica*[773], quasi a non voler riconoscere che il conflitto collettivo durante la fase di negoziazione non si configura come patologico ma come fisiologico[774].

In tal senso, la netta presa di posizione della Corte di Giustizia finisce per colpire il cuore del modello di relazioni industriali[775]: d'un canto si concepisce lo sciopero come una sorta di violenza morale in grado di pregiudicare la genuinità dell'espressione di volontà dell'imprenditore; dall'altro, la contrattazione collettiva è guardata con sospetto perché impossibile prevederne *ex ante* condizioni e conclusioni.

Ciò ha posto serissimi problemi di adeguamento allo stato scandinavo, interessato ad ogni costo a preservare il carattere volontaristico del suo sistema[776].

---

[769] ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche*, op. cit., p. 268.

[770] Funzionalizzazione che viene esaltata dunque dal giudice comunitario. In senso molto critico in relazione a tale riduttiva visione dell'azione collettiva VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia (Corte di Giustizia Ce, 3 aprile 2008, causa C-346/2006)*, op. cit., p. 301-2.

[771] LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., p. 81.

[772] Lo sciopero è concepito come un'attività capace di coartare la libertà e conseguentemente di rendere invalido il contratto collettivo, CARABELLI, U. *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 30, 2008, p. 163.

[773] CARABELLI, U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, op. cit., p. 156.

[774] ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche*, op. cit.

[775] Sul sistema contrattuale svedese cfr. in sintesi EKLUND, R., SIGEMAN, T, CARLSON, L, *Swedish Labour and. Employment Law: Cases and Materials*, Uppsala, Iustus Förlag 2008, 28 ss.

[776] Così espressamente nella proposta della Commissione incaricata di adeguare l'ordinamento ai principi del caso *Laval*, la quale, incaricata di vagliare i possibili metodi di recepimento della direttiva e al fine di estendere la disciplina in materia retributiva anche ai distaccati, esclude di poter ricorrere sia ad una normativa sul salario minimo, sia ad una dichiarazione legale di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi in quanto entrambi i metodi sottrarrebbero di fatto alle parti sociali il potere di negoziare e di adeguare le condizioni retributive al contesto economico, garantendo una particolare flessibilità nella gestione della materia. La posizione espressa

A tale compito di adattamento è stata chiamata una commissione nominata dal governo e presieduta dal Direttore dell'Ufficio nazionale di mediazione. Il documento redatto da tale Commissione è poi confluito in un progetto di legge del governo conservatore in carica nella scorsa legislatura ed è stato definitivamente approvato il 15 aprile 2010.

La legge, comunemente nota come legge *Laval*, interviene su numerose questioni, tutte sollevate dalla decisione comunitaria: dall'implementazione nazionale della direttiva sul distacco, alla disciplina dell'azione collettiva nei confronti dei prestatori stranieri. Il nuovo testo normativo riprende pressoché totalmente i risultati cui era pervenuta nel proprio documento SOU 123/2008 la Commissione di inchiesta.

La Commissione ha assunto quale presupposto del suo operato l'indefettibilità di trovare un equilibrio al fine di far convivere il nuovo assetto delineato dalle sentenze della Corte di Giustizia con il tradizionale sistema svedese. Per far ciò, la Commissione ha tentato di rinvenire nel testo della direttiva[777] un solido appiglio normativo a tutela dell'autonomia delle parti sociali. In tale ottica, ha dedicato particolare attenzione all'analisi dell'articolo 3.8 della direttiva con il precipuo scopo di appurare se la Svezia fosse legittimata ad avvalersi della deroga da tale norma prevista, che permette anche agli stati privi di un meccanismo di recepimento *erga omnes* dei contratti collettivi di far in ogni caso riferimento ad essi se "*sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate*"[778].

Eppure, paradossalmente, a voler adottare un'interpretazione severa del principio volontaristico, come normalmente avviene in questo paese, il mero richiamo legale al contratto collettivo costituirebbe già una indebita invasione nello spazio di autonomia riservato alle parti sociali[779] e, in una diversa prospettiva, rappresenta la ragione per cui lo Stato svedese in precedenza aveva scelto il silenzio sulla materia retributiva, tradizionale ambito di competenza esclusiva della contrattazione collettiva.

Grazie alla menzione di questo comma dell'articolo 3 della direttiva sul distacco, la Commissione ha ritenuto di poter inserire il contratto collettivo nazionale di settore tra le fonti del rapporto di lavoro del lavoratore distaccato. Il contratto, in conseguenza di ciò, si applicherà a tutti i lavoratori del settore e sarà di livello nazionale, benché il contenuto sarà limitato al trattamento delle materie elencate in direttiva e soltanto per la fissazione di minimi di tutela.

L'adesione del datore di lavoro a tale contratto collettivo resta, però, assolutamente libera, poiché il contratto collettivo continua a configurarsi come un contratto di diritto comune cui prestano spontanea adesione le parti, ancorché sia concesso ai sindacati il ricorso all'azione collettiva

---

dalla commissione di inchiesta SOU 123:2008 è stata accolta con estremo favore dai sindacati svedesi nella *joint position* sulla relazione della commissione.

[777] La Corte di Giustizia al punto 67 della sentenza *Laval* sostiene che né la normativa né i contratti collettivi possono essere richiamati in materia retributiva per regolare la situazione dei lavoratori distaccati dal momento che la Svezia non ha una legislazione sul salario minimo ed i contratti collettivi non hanno efficacia *erga omnes* e la Svezia non si è espressamente avvalsa della deroga prevista dal 3.8. Sebbene non siano esclusi altri metodi di implementazione della direttiva, il ricorso alla contrattazione aziendale non è un metodo che possa risultare conforme al disposto dell'articolo 56 TFUE, perché privo dei fondamentali caratteri di prevedibilità ed accessibilità. In sostanza, secondo la Corte di Giustizia, a legislazione invariata, la Svezia non avrebbe potuto lecitamente richiedere ai prestatori il pagamento di retribuzioni analoghe a quelle pagate ai lavoratori svedesi.

[778] Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Gazzetta ufficiale n. L 018 del 21/01/1997 pag. 0001 - 0006, articolo 3.8.

[779] Cfr. SOU 123:2008.

per fare pressioni sul prestatore di servizi stranieri per la sua conclusione. Eppure, anche in questo settore vistose sono state le limitazioni al ricorso all'azione collettiva introdotte dalla nuova normativa.

L'unica azione collettiva consentita nei confronti dei prestatori di servizi stranieri è quella che sia volta alla conclusione di un contratto collettivo di livello nazionale che abbia un contenuto conforme alle previsioni della direttiva e che non vada oltre il massimale di protezione della direttiva sul distacco. Il contratto collettivo sarà, dunque, in versione "*light*": non potrà innalzare i livelli di tutela che siano previsti dalla legislazione, potendo unicamente occuparsi delle materie che non trovano regolamentazione nella normativa. L'azione collettiva, peraltro, non potrà essere intrapresa ove l'imprenditore straniero abbia già siglato un contratto collettivo nel proprio paese d'origine se il livello di tutela garantito è pari al livello di tutela assicurato nel contratto collettivo svedese. Per questa ragione, assume una singolare centralità la questione dei controlli circa la veridicità delle dichiarazioni degli imprenditori stranieri: il contratto collettivo del paese d'origine deve infatti essere effettivamente applicato in azienda.

La nuova normativa svedese dunque nell'adeguare il proprio ordinamento alle determinazioni della Corte di Giustizia non ha potuto ignorare la nuova, invero alquanto discutibile, accezione della direttiva sul distacco[780]. La nuova esegesi della direttiva sul distacco vuole che le previsioni in essa contenute condensano l'intera potestà regolativa dello stato di esecuzione del servizio: i settori elencati in direttiva sono gli unici nei quali è possibile applicare la normativa del luogo in cui viene effettuata la prestazione di servizi, fatta salva l'eccezione dell'ordine pubblico[781]; il livello di tutela deve essere quello minimo, garantito su tutto il territorio nazionale e il cui rispetto sia obbligatorio anche per i prestatori nazionali[782]. In questo quadro, la direttiva sul distacco smette di essere quello strumento volto ad assicurare concorrenza leale tra le imprese che operano sul territorio comunitario da più parti auspicato, per divenire uno strumento diretto unicamente a favorire la libera circolazione dei servizi, che consente al prestatore di potersi sottrarre all'applicazione delle normative di protezione previste nel paese in cui svolge la propria attività. Si attua così una radicale inversione di tendenza rispetto all'interpretazione prediletta da tutti gli Stati membri in sede di implementazione nazionale e una squarciante torsione delle finalità della di-

---

[780] Su questo punto si sofferma BORRELLI, S., *Note a sentenza - La Corte di Giustizia, l'edile polacco e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori (nota a Corte di Giustizia Ce 3/4/08, n. C-346/06)* in *D e L - rivista critica di diritto del lavoro*, 3, 2008, p. 881, al fine di evidenziare la contraddizione che sussiste tra l'interpretazione restrittiva della direttiva fornita dalla Corte di Giustizia ed il principio di parità di trattamento che tradizionalmente regge la materia della circolazione dei lavoratori. Sulla centralità del principio di parità di trattamento si veda anche LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., p. 68-76.

[781] Sull'interpretazione del quale si veda il puntuale saggio di PALLINI, M., *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A. (a cura di), Cacucci, 2009, p. 197 e ss.

[782] Di una "*eterogenesi dei fini*" parla GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico* in *Lavoro e diritto*, 3, 2008, p. 559 perché la Corte ha interpretato una direttiva nata a tutela dei lavoratori come una direttiva che garantisce un massimo di tutela per questi ultimi ed a tutela dunque delle imprese e della certezza dei costi cui queste andranno incontro.

rettiva che potevano evincersi dai suoi stessi considerando. Viene così sconfessato uno dei principali prolegomeni della lettura antidiscriminatoria della direttiva[783], contenendo recisamente il potere dello Stato ospitante di estendere la propria normativa ai lavoratori distaccati; ma a subire la più amplia limitazione è proprio la contrattazione collettiva: i contratti collettivi, infatti, come la legge, non possono che avere ad oggetto le materie elencate in direttiva[784], ma, in più, ai sindacati non è ammesso di avvalersi della eccezione dell'ordine pubblico, le condizioni di tutela devono essere minimali, non è quindi possibile per la contrattazione adempiere la propria ordinaria funzione di miglioramento delle tutele rispetto al minimo previsto dalla legge e, *least but not last* data la rilevanza della materia, è impossibile supportare l'attività di contrattazione attraverso il ricorso all'azione collettiva se non per la specifica tipologia di contratti indicati dalla legge *Laval*.

Numerose perplessità solleva una simile accezione dal momento che, nei fatti, essa impone dei limiti particolarmente restrittivi quanto al contenuto dell'attività di contrattazione. Inoltre, ciò spiega lo sfavore dei sindacati svedesi per la normativa di nuova introduzione: nella *joint position* LCO e TCO hanno manifestato dubbi di compatibilità della normativa soprattutto in rapporto alle Convenzioni sulla libertà di associazione OIL, dal momento che la Commissione sulla Libertà di Associazione dell'OIL ha sempre considerato illegittimo ogni tentativo di imporre materie e livello al quale contrattare.

La conseguenza sul piano pratico è il carattere assolutamente fittizio della contrattazione che sarà chiamata a disciplinare il rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati. I sindacati svedesi si stanno già adoperando per la creazione di un contratto collettivo *ad hoc* che sia depurato di tutte le disposizioni che prevedano un innalzamento di tutela. Lungi dunque dal ricreare una vera parità di trattamento tra lavoratori nazionali e stranieri sarà possibile, anche ove verrà applicato il contratto collettivo svedese, assicurare un trattamento inferiore ai lavoratori distaccati. Ciò vuol dire che nel medesimo territorio sarà data applicazione a due diversi contratti collettivi: il contratto collettivo per i lavoratori svedesi del settore che continueranno a contrattare le retribuzioni a livello aziendale ed il contratto collettivo di livello nazionale con minimi retributivi e contenuto limitato alle materie indicate in direttiva per i lavoratori distaccati. Dacché si intuisce l'attualità della questione del dumping sociale interno all'UE.

Come si evince, la proposta di modifica legislativa era di ampio respiro; le previsioni in essa contenute sono ormai vigenti, pur con lo strascico di critiche che l'approvazione[785] parlamentare di questo progetto di legge si è portato dietro.

Il provvedimento, in particolare, è stato oggetto delle severe critiche dei sindacati[786] e dell'opposizione, che si sono battuti senza risultati per ottenere un rinvio della decisione sull'adozione della

---

783 Sostenuta da BORELLI, S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 125 e ss., LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit.

784 In questo senso anche DORSSEMONT, F., *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, op. cit., p. 33.

785 La legge *Laval* è entrata in vigore il 15 aprile del 2010 con un testo definitivo in gran parte simile a quello che era stato originariamente proposto dalla commissione d'inchiesta diretta da Claes Stråght.

786 Veementi critiche sono venute dai sindacati che hanno ritenuto che il provvedimento vada ben oltre quanto richiesto dalla stessa corte di Giustizia, si veda ad esempio il documento presentato il 22 marzo dalla LO e consultabile on line al sito http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidview/E2A56001E93D5F3EC1256E760040952D.

legge al periodo post-elettorale. La situazione avrebbe potuto essere rimessa in discussione dalla eventuale vittoria dei socialdemocratici alle elezioni tenutesi in settembre dal momento che, questo partito si era impegnato con il sindacato ad emendare immediatamente la legge *Laval*, sulla base della proposta di una commissione formata da membri delle tre associazioni sindacali e da politici. La conferma della destra conservatrice al governo induce a pensare che la legge *Laval* non sarà più messa in discussione.

Le valutazioni negative dipendono in larga parte dagli spazi lasciati all'azione collettiva. Le limitazioni, infatti, originariamente previste solo per assicurare il rispetto della libertà di prestazione dei servizi comunitaria sono state estese anche a prestatori di servizi non facenti parte dell'Unione Europea. Inoltre, nonostante la centralità della tematica dei controlli, molto limitati sono i poteri riconosciuti ai sindacati di procedere a raffronto tra quanto dichiarato dai datori di lavoro stranieri circa il rispetto dei minimali di protezione e la reale situazione aziendale.

All'impossibilità per i sindacati di entrare nelle imprese e richiedere documenti o di incontrare i lavoratori non si è, inoltre, fatto corrispondere un ampliamento dei poteri di controllo attribuiti all'amministrazione[787].

Il potere di ricorrere alla contrattazione collettiva appare così di gran lunga compresso ed altrettanto accade con riferimento alla possibilità di intraprendere azioni collettive.

Un punto specifico sul quale inoltre si appuntano parte delle rimostranze dei sindacati deriva dalla dichiarazione della Corte di Giustizia giusta la quale solamente gli Stati sarebbero legittimati a qualificare talune disposizioni come di ordine pubblico al fine di garantirne l'applicazione a qualsiasi operatore nel territorio nazionale. Di tale possibilità, tuttavia, lo Stato svedese, pur ricevendo gli strali dei sindacati, ha deciso di non avvalersi, reputando che nessuna delle legislazioni di protezione per i lavoratori subordinati operante in Svezia è qualificabile come disposizione di ordine pubblico. E ciò ben si spiega alla luce della interpretazione, ormai consolidata, della nozione di ordine pubblico da parte della Corte di Giustizia[788].

Secondo la prospettazione fornita dal Governo, sarebbe dunque una scelta obbligata quella di non ampliare il numero di tutele spettanti ai lavoratori distaccati dal momento che l'ordine pubblico coinciderebbe con l'ordine pubblico internazionale[789], ossia norme poste a tutela dei valori essenziali di un ordinamento[790]. Il governo sembra preoccupato di vedere nuovamente la propria legislazione sottoposta alla scure del giudice comunitario, unico legittimo interprete di tale nozione e pronto a tranciare qualsiasi normativa che gli Stati membri vorranno qualificare come espressione dell'ordine pubblico. Gli spazi, dunque, per sfruttare la nozione di ordine pubblico per innalzare le tutele si rivelano seriamente piuttosto angusti.

A ciò si aggiunga che normalmente in Svezia la fonte principale della disciplina del rapporto del

---

[787] In direzione opposta rispetto ad un trend che si è rivelato nei paesi nordici: in Danimarca e in Finlandia, infatti, la decisione comunitaria nel caso Laval è servita da spunto per l'adozione di normative più rigorose sui controlli nei cantieri.

[788] In relazione alla quale vedi il commento critico di PALLINI, M., *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A. (a cura di), Cacucci Editore, 2009, p. 201 e ss.

[789] L'opinione di cui si è fatto portatore il governo era in verità condivisa anche dalla stessa Commissione di Inchiesta.

[790] Sentenza Corte di Giustizia, 19 giugno 2008, C-319/08, *Commissione contro Lussemburgo*, punto 29.

lavoratore subordinato è contenuta nel contratto collettivo. Quindi, d'un canto i sindacati disapprovano la scelta di negare loro il potere di ricorrere alla contrattazione collettiva per definire le condizioni lavorative dei lavoratori distaccati, e dall'altro la scelta statale di astenersi dal rinvigorire la legislazione protettiva per i lavoratori subordinati, estensibile anche ai distaccati[791].

In conclusione può dirsi che nonostante il tentativo del legislatore svedese di salvaguardare le prerogative del modello nazionale di relazioni industriali, senza dubbio le difficoltà non sono poche e ciò perché sembrerebbe che la Corte di Giustizia consideri la regolazione tramite contrattazione collettiva assolutamente sussidiaria e residuale[792] rispetto al ruolo che è chiamata ad assumere la fonte eteronoma, con ciò sovvertendo in toto l'impianto fino ad oggi seguito dal sistema di relazioni industriali svedesi.

Di fronte ad una simile interpretazione gli Stati membri possono soltanto adeguarsi e sollecitare un intervento di carattere comunitario[793] sul testo della direttiva. In vigenza di un orientamento così restrittivo sulla direttiva, un ulteriore livello di intervento e, probabilmente, l'unico veramente in grado di produrre dei risultati in termini di lotta al *dumping sociale* è infatti quello di incidere sulla direttiva.

Se a sostegno della modifica si è schierato il sindacato europeo e quello svedese[794] con il supporto del Parlamento Europeo[795], scettica è la posizione del governo svedese e netta l'opposizione della Commissione[796]. A ciò si aggiunga che una eventuale proposta di intervento sulla direttiva incontrerebbe probabilmente il rifiuto degli Stati che hanno supportato l'impresa *Laval* nella causa e si profila dunque come un compromesso politicamente difficile ed alquanto rischioso[797]; conseguentemente, almeno in questo momento, si configura come una prospettiva di lungo termine che necessiterà di una intensa attività diplomatica che si prolungherà per molti anni.

4. Considerazioni conclusive: il diritto di sciopero nell'ordinamento dell'UE alla luce della condanna del giudice svedese

I timori della dottrina che aveva aspramente criticato le sentenze *Viking* e *Laval* sembrano oggi

---

[791] *Joint position* presentata dai sindacati LO e TCO sulla relazione della Commissione SOU 123:2008.

[792] VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia (Corte di Giustizia Ce, 3 aprile 2008, causa C-346/2006)*, op. cit., p. 302.

[793] Suggerito anche da EKLUND, R., *Free business movement and the right to strike in the European Community: two views - A Swedish Perspective on Laval*, op. cit., p. 571.

[794] Già nella premessa delle osservazioni presentate al progetto di legge *Laval* i sindacati svedesi sottolineano che se una parte dei problemi sorti a seguito del caso possono essere risolti nel quadro del sistema di contrattazione collettiva svedese, ciò non vale per tutti i problemi, per questa seconda categoria serve una obbligatoria modifica del diritto comunitario.

[795] Per una completa ricostruzione delle attività delle istituzioni comunitarie a seguito della giurisprudenza più recente sul distacco e azione collettiva si veda GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, op. cit.

[796] GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea* Relazione presentata alle giornate di studio AIDLaSS del 4-5-6 giugno 2010 a Parma, consultabile on line all'indirizzo www.aidlass.org/attivita/2010/gottardi%20relazione%20aidlass.doc, p. 26 nota 157 parla di *blanda neutralità o, meglio, di sostanziale astensionismo* della Commissione.

[797] Della difficoltà di intervenire attraverso una legislazione di armonizzazione in materie in cui vi sono interessi economici differenti tra gli Stati membri v. SCHARPF, F. W., *The asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, WP KFG *the transformative power of Europe*, 6, 2009, Frei Universitat, Berlin.

più fondati. Il carattere costituzionale del diritto di sciopero non riesce a renderlo impermeabile alle infiltrazioni delle disposizioni sulle libertà di circolazione, neanche ove il bilanciamento venga compiuto sul piano nazionale[798].

Eppure, la restrizione che il giudice comunitario ha imposto al diritto di sciopero va ben oltre quanto si addice ad un diritto fondamentale e ben oltre quanto fosse ragionevole immaginare anche in un ambito di tutela multilivello dei diritti fondamentali, per il quale, con il confronto con altri valori e principi, lo sciopero doveva certamente subire un qualche mutamento[799]. Infatti, lo sciopero nei confronti di prestatori di servizi stranieri diventa particolarmente rischioso ben potendosi *ex post* rivelare contrario al diritto comunitario ed esporre i sindacati al dovere di risarcire il danno.

È ciò che è avvenuto con la pronuncia di condanna oggetto del presente commento in cui l'illegittimità dell'azione collettiva viene accertata dal giudice comunitario in relazione al contesto europeo e prescindendo dall'esistenza di una norma nazionale che rende lecita l'azione, e in cui la conseguente responsabilità si fa discendere dalla "*negligenza*" dei sindacati incapaci di valutare adeguatamente la rispondenza della normativa nazionale alla normativa comunitaria. I sindacati si vedono dunque costretti a effettuare una complessa ponderazione circa la liceità dell'azione collettiva che si accingono ad intraprendere. Una verifica quanto mai approfondita dal momento che la direttiva sul distacco era stata interpretata in maniera completamente antitetica rispetto all'interpretazione oggi indicata dalla Corte di Giustizia sia dal legislatore nazionale sia dai legislatori di numerosi altri Stati membri.

Si chiedeva al sindacato di prevedere, prima ancora che vi fosse un chiarimento in tal senso da parte del giudice dell'Unione, la mancata corrispondenza al diritto comunitario della legislazione di quasi tutti gli Stati membri; nonché di fornire la risposta esatta ad una domanda che persino il Tribunale del Lavoro svedese ha ritenuto di dover sottoporre alla Corte di Giustizia, perché appariva dubbia la legittimità o la contrarietà al diritto comunitario dell'azione collettiva. Senza voler considerare che anche questo tribunale, in prima battuta, era stato indotto in errore ed aveva affermato la legittimità dell'azione collettiva negando l'interdizione cautelare.

Il vero ostacolo che si trovano davanti i sindacati europei è di essere esposti ad una responsabilità piuttosto rigida qualora assumano delle determinazioni in ordine ad azioni collettive apparentemente legittime, ove valutate unicamente rispetto al loro diritto nazionale. Il che è evidente non

---

[798] LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2009, sostiene che il riconoscimento del fondamento costituzionale del diritto di sciopero nulla aggiunge e nulla toglie alla logica argomentativa seguita in sentenza dalla Corte di Giustizia, p. 11.

[799] CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking),* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 61/2008, p. 29 e ss., ritiene invece che la restrizione dell'ampiezza del diritto di sciopero non sia in sé necessariamente negativa. Essa deriva dal novo contesto ordinamentale in cui esso si inserisce, ove anche i valori economici sono considerati meritevoli di protezione. Da ultimo v. anche ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010 che a p. 19 affermano "*in un ordinamento multilivello, fatto di istituzioni ma anche di valori, tradizioni, istanze, principi, diversi e coesistenti, anche il valore/principio dell'immunità/autonomia sindacale, da assoluto "degrada" in relativo; la sua affermazione è affidata, pertanto, alle operazioni di ragionevole bilanciamento delle alti Corti in dialogo reciproco.*"

può che tramutarsi in una situazione di timore quanto alla reale possibilità di intraprendere azioni collettive, uscendo indenni da azioni giudiziarie dei datori di lavoro.

Esemplificativo di questa situazione di paura di ricorrere all'azione collettiva nei casi di delocalizzazione all'interno del territorio comunitario e di distacco transfrontaliero è l'ormai ben noto caso BALPA, in cui i piloti della *British Airline* hanno rinunciato a promuovere uno sciopero per evitare lo spostamento della sede dell'impresa nei paesi dell'est Europa poiché minacciati da richieste risarcitorie avanzate da controparte datoriale[800].

Tali piloti hanno sollevato all'OIL la questione della compatibilità delle limitazioni imposte al diritto di sciopero da parte della Corte di Giustizia rispetto alla convenzione OIL n. 87 a tutela dei diritti fondamentali di associazione, negoziazione collettiva e sciopero, al fine di far emergere la contraddizione insanabile cui può condurre una lettura così restrittiva dei margini di ammissibilità dello sciopero. La commissione di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni dell'organizzazione del lavoro nel report sottoposto si è definita seriamente preoccupata della limitazione che di fatto si è avuta rispetto all'effettivo esercizio del diritto di sciopero da parte dei piloti e sebbene abbia sottolineato che il suo ruolo non è quello di giudicare l'operato della Corte di Giustizia ha rimarcato di non aver mai applicato il principio di proporzionalità al diritto di sciopero[801].

Nelle sue conclusioni, infine, dichiara apertamente che la dottrina elaborata nelle sentenze della Corte di Giustizia può avere un significativo effetto restrittivo sull'esercizio del diritto di sciopero, praticamente in una modalità contraria alla Convenzione.

A ciò si aggiunga che la Corte Europea dei diritti umani di Strasburgo si è recentemente fatta promotrice della tutela del diritto di sciopero[802], andando probabilmente nella direzione opposta a quella della Corte di Lussemburgo e con ciò rimettendo in discussione i risultati cui si è pervenuti nelle sentenze *Laval* e *Viking*.

Ciò che resta ai sindacati in questa fase è la possibilità di sfruttare questa situazione per intensificare i rapporti con gli altri sindacati europei e rafforzare i legami nell'ottica di una azione sindacale transnazionale[803]. L'operazione non è affatto semplice e ciò in quanto i diritti sociali nei paesi dell'area ex sovietica, specialmente i diritti collettivi[804], si trovano in una fase ancora di esordio ed è necessario che trascorrano ancora lunghi anni per divenire consolidati ed effettivi come quelli vantati dai lavoratori svedesi; per tale ragione, i contatti con i lavoratori distaccati sono

---

[800] ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche*, op. cit., p. 244.

[801] Il report è pubblicato negli atti della 99esima Conferenza OIL, *Application of International Labour Standards 2010 (1) Report of the commettee of experts on the application of Conventions and Recommendations,* ILO, Geneva, 2010, p. 208.

[802] La CEDU ha affermato in due cause contro la Turchia che l'articolo 11 della Convenzione può essere usato come base giuridica per la protezione del diritto di negoziazione collettiva e di azione collettiva e ha specificamente collegato la necessità di tutela dello sciopero ad una sana attività di contrattazione collettiva. A commento delle due sentenze si veda EWING, K. D., HENDY QC, J., *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 39, 2010, pp.2-51.

[803] Incoraggiata fortemente da SCIARRA, S., *Viking and Laval: Collective Labour Rights and Market Freedoms in the Enlarged EU*, in *CYELS*, 2008, p. 563 e ss.

[804] Si veda, in particolare, sulla contrattazione collettiva nei paesi dell'est europeo, LO FARO, A., *La contrattazione collettiva nei paesi newcomers ed il modello sociale europeo* in *Diritti Lavori e Mercati*, 2, 2009, spec. p. 309 e ss.

spesso complicati dalla loro paura di incorrere in sanzioni datoriali qualora si rivolgano al sindacato.

Appare indispensabile in questo contesto che la Corte di Giustizia riveda le posizioni assunte nei casi *Laval e Viking*[805] tra azione collettiva e libertà economiche fondamentali dei trattati così da garantire seriamente ai lavoratori comunitari la più ampia possibilità di ricorrere allo sciopero senza dover temere di poter essere chiamati a risarcire il danno cagionato alla controparte datoriale, e ciò vale ancor di più oggi, a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona che ha visto il riconoscimento del carattere imminente all'ordinamento comunitario dei principi di natura sociale.[806].

---

[805] In cui secondo BALLESTRERO, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *op. cit*., si è avuto uno strano "*bilanciamento*": si sarebbero, infatti, invertiti i due elementi da bilanciare (libertà economica e diritto di sciopero), concependo l'uno come restrizione dell'altro, p. 381-4. In termini analoghi, CORTI, M., *Le decisioni* ITF *e* Laval *della Corte di Giustizia* in *RIDL*, I, 2008, p. 251, afferma che "*la Corte sembra muoversi prigioniera di una ponderazione sbilanciata*".

[806] Parte della dottrina riscontra già dei significativi passi avanti in questa direzione, si veda in particolare CARUSO, B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 81/2010, p. 1-24, ma spec. pp. 21-24 e GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea,* op. cit., p. 14 e ss. Sul complessivo mutamento istituzionale e gli effetti sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali si vedano anche ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010 che affermano che il "*bilanciamento tuttavia non opera più nel (quasi) vacuum sociale dei precedenti trattati, che legittimava il dominio incontrastato delle ragioni della razionalità economica del mercato; ma deve confrontarsi, dopo il TL, con una chiara e definita griglia di diritti che impone un utilizzo sapiente e raffinato dei principi di proporzionalità e ragionevolezza per operazioni di sostenibile bilanciamento*", p. 19.