

DOTTRINA

IL TEMA

LA RIFORMA DEL PROCESSO DEL LAVORO

PRESENTAZIONE

Il tema centrale di questo numero della Rivista è rappresentato dalla riforma del processo del lavoro e previdenziale, già articolata nella penultima legislatura da una qualificata Commissione ministeriale (presieduta da Raffaele Foglia) e ora ulteriormente messa a punto dalla ricostituita Commissione. Questa ha ripreso e aggiornato l'elaborato dell'anno 2001 in vista di un percorso parlamentare che si valga della autorevolezza e speditezza proprie dei disegni di iniziativa governativa.

Non è certamente una tematica minore, né una proposta di riforma in qualche modo di contorno o solo complementare a quella centrale, sostanzialistica, mirante al superamento delle troppe forme di precariato, cui abbiamo dedicato il precedente numero della Rivista. Perché l'esperienza ha insegnato come nella tutela dei diritti dei lavoratori il profilo processuale sia non meno pregnante e incisivo di quello sostanziale: basta chiedersi in proposito cosa sarebbe stato lo Statuto dei lavoratori senza la legge n. 533 del 1973, e anzi forse qualcuno ricorda quel senso di assoluta inadeguatezza del mezzo processuale, rispetto ai nuovi diritti del lavoro, che sgomentava gli operatori nel breve periodo intercorso tra le due leggi del 1970 e del 1973.

La legge sul processo del lavoro fu quella che veramente mutò il rapporto di forze e rese la tutela non teorica, non solo risarcitoria, non tardiva, ma efficace e credibile.

A trent'anni di distanza quella situazione, in qualche modo, ritorna perché sia lo strumento processuale che quello sostanziale hanno sofferto l'usura del tempo, l'impatto di profondi mutamenti socio-economici e l'ondata neo-libertista.

Dunque un progetto di modernizzazione della tutela dei diritti dei lavoratori deve di necessità procedere sia sulla sponda sostanzialistica sia su quella processuale; e anzi – per le ragioni che tra breve si dirà – forse proprio lo strumento processuale potrebbe essere quello di più rapido ed

efficace impiego, se non altro perché la riforma della legge processuale, dopo i lavori della Commissione «Foglia», ha già raccolto, almeno tra le forze politiche del centro-sinistra, consensi ormai unanimi.

Conviene enunciare subito il cuore del problema.

Su come rientrare dalla precarietà del lavoro non esiste unanimità di vedute tra le forze politiche che sostengono il governo di centro-sinistra, e neanche tra le confederazioni sindacali; per di più, diviene di ora in ora più evidente l'opposizione delle associazioni sindacali dei datori di lavoro a rivedere o superare, e in parte abrogare, le varie tipologie flessibili di rapporto di lavoro. Per altro verso, tuttavia, bisogna pur prendere atto, in modo positivo, che la giurisprudenza, complessivamente, ha opposto una seria resistenza alla precarizzazione mediante abuso dei sottotipi contrattuali di lavoro «atipico», così come alle nuove possibilità intertemporarie nel rapporto di lavoro. Dunque, dilagano contratti a termine senza giustificazioni di effettiva temporaneità dell'occasione di lavoro, collaborazioni a progetto con progetti assolutamente inconsistenti, contratti di inserimento privi di qualsiasi finalità formativa, rapporti occasionali sfacciatamente ripetuti; ma, quando si arriva in giudizio, l'abuso viene normalmente represso: il punto è però che la «giustiziabilità» in concreto è molto modesta, la percentuale delle impugnazioni rispetto al totale dei rapporti contestabili assai bassa, la durata delle controversie è lunga, e dunque, nell'insieme, la precarizzazione domina, pur nella consapevolezza della illegittimità delle sue forme, anche a stregua del diritto vigente. In definitiva, il pur attento sindacato giudiziale non riesce a esprimere alcun effetto prevenzionistico.

Le cose però possono cambiare radicalmente proprio su tale snodo essenziale, con la trasformazione in legge del nuovo progetto della ricostituita Commissione ministeriale, perché in quel progetto la novità principale è costituita dall'introduzione di una fase di cognizione sommaria per le controversie in tema di trasferimento e di licenziamento, ivi comprese – questo è il punto – quelle che hanno quale accertamento preliminare l'illegittimità di un contratto «atipico» e dunque la sua trasformazione in rapporto di lavoro subordinato e conseguenzialmente, poi, l'impugnazione della estromissione del lavoratore come licenziamento dal rapporto di lavoro.

È – se si vuole – una «via giudiziaria» al rientro dalla precarietà, non nel senso evidentemente che tutti i rapporti di lavoro precari illegittimi saranno perciò impugnati, ma nel senso che, divenendo l'impugnazione assai rapida grazie alla fase sommaria e immediato

l'effetto di ricostituzione del rapporto come subordinato e a tempo indeterminato, il valore prevenzionistico della regolamentazione dovrebbe risultare davvero elevato.

Non può essere sottaciuto che l'introduzione di questa fase sommaria (una sorta di vera e propria «corsia preferenziale») per le cause di licenziamento comporta, nel progetto, anche la soluzione *de facto* di molti problemi riguardanti l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, problemi arrivati oramai allo stallo, o peggio, al punto morto negativo. Si pensi al problema della riforma in appello della sentenza di annullamento del licenziamento quando il lavoratore non sia stato effettivamente reintegrato, la cui soluzione negativa – che premia il datore di lavoro disubbidiente all'ordine di reintegrazione – comporta in teoria l'obbligo per il lavoratore di restituire il risarcimento ricevuto, e il problema connesso della deducibilità integrale dell'*aliunde perceptum*, approvata la quale il datore di lavoro viene esonerato dalle conseguenze del suo illecito proprio in ragione del bisogno del lavoratore di sopravvivere durante le lunghe more del processo. Queste questioni sono superate in breccia dalla previsione di un ordine di reintegrazione emesso al termine di una breve fase sommaria e, soprattutto, assistito da adeguate *astrainte*.

Non è questo – relativo alle «corsie preferenziali» per i licenziamenti, i trasferimenti e le trasformazioni in rapporto di lavoro subordinato – l'unico contenuto profondamente innovativo del progetto che, in altre parti, si propone di raggiungere una deflazione reale e non artificiosa sia del contenzioso del lavoro, che di quello previdenziale. La via prescelta è quella, sicuramente originale, di fasi endoprocessuali di conciliazione di controversie, affidate ad ausiliari qualificati del giudice (avvocati e altri professionisti), da esperirsi a contraddittorio già instaurato in tutte le controversie per le quali non valga la ricordata fase sommaria di cognizione. Il principio, in proposito, è che l'ordinamento deve dare una risposta entro 60 giorni; se non può essere il giudizio immediato, tale risposta deve quantomeno essere un serio tentativo di conciliazione esperito tra le parti già assistite dai loro legali con la mediazione di un conciliatore tecnicamente qualificato. L'esperienza insegna che è questo lo scenario nel quale, se una soluzione conciliativa è possibile, viene normalmente raggiunta. Con una possibilità in più peraltro: che le parti affidino, *in continenti*, allo stesso conciliatore il mandato di decidere lui, come arbitro, la controversia.

Quest'ultimo passaggio vale solo per le controversie di lavoro, posto che per quelle previdenziali resta inibita la fase arbitrale, stante la nota giurisprudenza costituzionale sull'art. 38 Cost.

Viceversa la conciliazione endo-processuale si rivela legittima e utile anche per le controversie previdenziali, sgravando di non poco il lavoro del giudice togato.

Resta comunque la necessità di una riforma del procedimento di liquidazione della prestazione e del successivo contenzioso amministrativo.

Restano poi da affrontare le controversie di serie e quelle che si collocano a valle della sentenza di accertamento. Questioni su cui si intrattiene l'intervento, che qui ospitiamo, di Amos Andreoni.

In conclusione, è una riforma – a nostro avviso – davvero profonda quella che viene prefigurata dal nuovo progetto ministeriale, come ben illustrato dall'intervento del Presidente Foglia che pure qui pubblichiamo. Essa, però, chiama le organizzazioni sindacali a un impegno molto forte nel servizio di tutela giuridica dei lavoratori. Mettendo a disposizione di questo servizio la possibilità reale di tutelare i diritti in tempi brevi e certi e con mezzi efficaci, la riforma elimina l'alibi della inefficienza del sistema giudiziario e quello della timidezza del lavoratore precario nel far valere i suoi diritti per il timore di tempi vuoti di insopportabile lunghezza. Certamente, essa non cancella la necessità di riformare le norme sostanziali anche con riguardo alle fattispecie non «abusive».

Piergiovanni Alleva

Raffaele Foglia (*)

EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI E GIUSTIZIA DEL LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Proposte di rinnovamento del processo del lavoro. — 2. Le conciliazioni. — 3. Gli Arbitrati (rinvio). — 4. Controversie in materia di licenziamenti, e trasferimenti. — 5. Controversie previdenziali. — 6. Misure di razionalizzazione dell'«esistente».

1. — *Proposte di rinnovamento del processo del lavoro* — Nel rassegnare (maggio 2001) ai Ministri di giustizia e del lavoro dell'epoca i risultati della Commissione ministeriale incaricata di elaborare proposte di riforma del processo del lavoro, sottolineavo che:

«Intorno alla crisi di tale processo (che è uno degli aspetti più allarmanti della crisi della giustizia civile) e sulle sue ragioni di fondo, si era già detto tutto, in tanti anni di inascoltati allarmi, nell'unanime convinzione circa la molteplicità delle sue cause (da quelle socio-economiche, a quelle culturali, dall'accresciuto accesso alla giustizia, alle ragioni politico-normative, ai difetti strutturali del sistema giudiziario ecc.).

Il dibattito sviluppatosi nel corso di oltre trenta anni dall'entrata in vigore della riforma non aveva trascurato neanche le ragioni di un certo «abuso» e di vistose distorsioni del processo del lavoro, emerse in occasione di esperienze poco edificanti o paradossali (cfr. le controversie dei dipendenti delle ferrovie, nonché, più recentemente, quelle concernenti i dipendenti delle Poste, e quelle non meno laceranti concernenti le integrazioni al minimo delle pensioni, l'indebito previdenziale ecc.): tutte vicende che hanno messo a dura prova la gestione, già sofferente, di un processo che il legislatore del 1973 voleva particolarmente celere, e che, tra l'altro, non ha potuto fruire dei benefici connessi all'introduzione del giudice di pace, né di quelli legati all'introduzione del «giudice unico» (1).

(*) Consigliere di cassazione addetto alla Corte Costituzionale.

(**) Il presente scritto è la rielaborazione di una delle relazioni tenute al convegno del 16 novembre 2006, al Cnel, su «Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro».

(1) Conf. Relazione del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2000, p. 66.

Al contempo, il confronto con la situazione esistente negli altri paesi dell'Unione europea, e le severe censure rivolte al nostro sistema giudiziario dalla Corte di Strasburgo (2), rendono ancor più evidenti – anche al di fuori del nostro paese – le disfunzioni e i ritardi del nostro sistema, il quale si pone assai spesso in aperta violazione del nuovo art. 111 Cost. che ha costituzionalizzato il principio della ragionevole durata del processo.

In questi ultimi anni, del resto, ulteriori motivi di sofferenza sono sovrappiùti da più parti, in particolare:

- a) dall'attribuzione alla giurisdizione del giudice del lavoro delle controversie sul pubblico impiego;
- b) dall'incremento delle controversie di massa o «seriali»;
- c) dall'insuccesso dell'esperienza conciliativa e/o arbitrale come strumenti di deflazione dei carichi di lavoro giudiziario;
- d) dalla introduzione di nuovi tipi contrattuali, non privi di ambiguità definitorie, e per questo responsabili di incrementare ulteriormente il contenzioso.

A tutte queste cause vanno aggiunti i persistenti vuoti di organico (non solo dei magistrati, ma anche del personale amministrativo) e i ritardi che si registrano (anche presso il Consiglio Superiore della Magistratura) nell'attribuzione di funzioni e sedi (anche per coloro che da mesi sono in attesa di riprendere le funzioni giudiziarie, una volta cessato il collocamento fuori ruolo), ovvero nella copertura di posizioni direttive particolarmente cruciali; ragioni tutte che contribuiscono ad accrescere la precarietà dell'intero sistema giudiziario.

Si tratta di una situazione di collasso che si riassume in dati statistici assai significativi che fotografano una situazione, presso le giurisdizioni di merito, che manifesta modesti segni di recupero (3).

(2) Sui ricorsi e sulle condanne dell'Italia per violazione dell'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo, cfr. la Risoluzione approvata dal Csm il 6 luglio 2000, dove si legge che dall'inizio dell'anno 2000 al 15 febbraio 2000 risultavano depositati 741 ricorsi contro l'Italia e che nello stesso periodo il Comitato dei ministri e la Corte europea avevano pronunciato nei confronti dell'Italia rispettivamente 110 decisioni e 74 sentenze di condanna con un onere complessivo di 2.350.000.000 di lire. Il documento, peraltro, si limitava a indicare misure di natura endoprocessuale o di tipo gestionale del processo, senza far cenno a eventuali misure di tipo ordinamentale o normativo.

(3) In primo grado, a fronte di 1.104.553 di cause pendenti nel 2000 (di cui 320.662 in materia di lavoro e 783.891 in materia previdenziale), si sono registrate, a fine 2004, 956.643 cause (di cui 315.935 di lavoro e 640.708 di previdenza e assistenza). In grado di appello, a fronte di 135.765 cause pendenti nel 2000 (di cui

Tale situazione non risparmia neanche i livelli massimi della giurisdizione (è sufficiente ricordare come rispetto al 1990, nel quale la Cassazione civile «produsse poco più di 12.000 sentenze di cui 5.000 di lavoro», alla fine del corrente anno 2006 – *a parità di giudici «ad-detti»* – si raggiungerà il *record* di 30.000 decisioni, di cui almeno 10.000 di lavoro).

Non meno allarmante è la situazione delle Corti di merito in ordine alla durata dei giudizi in primo e secondo grado (4), nonché sui tempi «biblici» di fissazione delle udienze di discussione (situazione che, peraltro, presenta termini vistosamente differenziati a seconda della localizzazione geografica degli uffici giudiziari).

Già nel maggio 2001, nel consegnare i risultati della Commissione, sottolineai con forza che «fra tante polemiche, su un punto esiste un accordo pressoché unanime, e cioè la ferma convinzione che occorre *prima di tutto* creare le condizioni (organizzative e materiali) affinché l'impianto processuale delineato dalla legge n. 533 del 1973 sia rimesso in grado realmente di funzionare, convinti come eravamo (e tuttora sono) che esso rappresenta ancora oggi uno dei migliori modelli di garanzie giurisdizionali anche in confronto ai sistemi vigenti nei paesi europei a democrazia più avanzata».

È bene sottolineare che su questa valutazione di fondo esiste un larghissimo consenso da parte di chi ha affrontato, a vario titolo, il problema dei possibili interventi sul processo del lavoro (5).

55.965 di lavoro e 79.800 di previdenza), si sono avute 135.351 a fine 2004 (di cui 51.969 di lavoro e 83.382 di previdenza e assistenza): cfr. Istat, statistiche sulle cause di lavoro, previdenza e assistenza in Italia, bollettino del 16 maggio 2006.

(4) Nel 1994 occorre in media 518 giorni per giungere alla definizione delle controversie di lavoro in primo grado e 658 giorni per le controversie di previdenza e assistenza: a fine 2003 i «tempi» si sono allungati, rispettivamente, a 698 giorni e 843 giorni per ciascuna delle controversie indicate.

In appello, le durate medie complessive si sono lievemente ridotte: a fronte di 1.023 giorni per le cause di lavoro e 790 giorni per quelle previdenziali, nel 1994, nel 2003 si sono registrati 794 giorni per le cause di lavoro e 884 per quelle previdenziali. Cfr. la relazione del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2004, p. 38, in cui si sottolineava che le controversie di lavoro e previdenza rappresentavano, nel 2004, il 43% del contenzioso civile in primo grado e il 46% del contenzioso civile d'appello, avvertendo come «a questo dato dev'esser fatto riferimento per determinare il numero dei magistrati da assegnare alle Sezioni lavoro».

(5) A. Vallebona, *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in corso di pubblicazione in *Mass. giur. lav.*, 2007.

Del resto non si può non sottolineare che anche riguardo al servizio giustizia si pone il problema elementare di ogni produttore di beni o servizi: il rapporto tra risorse e obiettivi, tra mezzi e fini, tra ciò che si ha e ciò che si vuole. Si possono fare leggi di per sé buone e giuste, ma senza verificarne prima la fattibilità e senza predisporre gli strumenti concreti di attuazione. In tal modo si ignorano le regole aziendali dell'analisi dei tempi, dei metodi e dei costi di produzione, e si rischia di «sabotare nei fatti» ogni riforma.

A distanza di oltre 30 anni, durante i quali il processo del lavoro ha manifestato una vistosa caduta di funzionalità, riprende quota l'attenzione verso interventi rivolti a ricercare soluzioni di emergenza per far fronte alla grave dilatazione dei tempi del giudizio che, specie in alcuni settori, rischia di tradursi in «denegata giustizia». L'iniziativa del 2001 seguiva di un paio di anni ad altra, avviata dall'allora Ministro del lavoro Treu, mirata, in particolare, sulle controversie previdenziali. Nel corso della XIV legislatura i lavori della Commissione sono stati accantonati. Se ne parla criticamente nel *Libro bianco* dell'ottobre 2001 in una prospettiva di privatizzazione estesa anche al processo del lavoro.

Nel testo appena citato, espressione di un clima poco rispettoso della giurisdizione, si addebitava la crisi della giustizia esclusivamente alla «qualità professionale con cui sono rese le pronunzie» e si indicava il ricorso alla giustizia arbitrale quale giusto mezzo per amministrare le controversie di lavoro «con maggiore equità». Purtroppo, a questa reprimenda non ha fatto seguito – nei cinque anni della XIV legislatura – alcun intervento capace di alleviare le sorti del nostro processo, né alcuni recenti modelli alternativi tradotti in legge (v., ad es., le norme sul nuovo rito societario) sembrano pacificamente estensibili alle controversie di lavoro il cui connotato «non paritario» è difficilmente contestabile (6).

Certamente non rientrano fra tali interventi le procedure di certificazione, in gran parte ancora inutilizzate, introdotte dal decreto n. 276/2003 allo scopo di deflazionare un contenzioso in gran parte incre-

(6) Sul punto non è di aiuto l'ordinanza del 28 dicembre 2006, n. 460, della Corte Costituzionale, la quale ha attribuito al riconoscimento del carattere «non paritario» del rito del lavoro (diffusamente condiviso dalla dottrina) l'espressione di un mero giudizio soggettivo di valore, come tale non idoneo a giustificare il sindacato della Corte in ordine alla legittimità dell'art. 9, comma 9, lett. *d*, della legge 14 febbraio 2003, n. 30, nella parte in cui devolve al Tribunale ordinario le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica, in tal modo sottraendo tali controversie al giudice del lavoro cui in precedenza erano attribuite.

mentato dall'introduzione di nuove tipologie contrattuali prive di una configurazione rigorosa, e fonte di incertezze interpretative e applicative.

Nonostante questo lungo silenzio, le riflessioni maturate dalla Commissione del 2001 hanno trovato confortanti riconoscimenti in varie sedi culturali e professionali (cfr., da ultimo, l'incontro organizzato dal Csm il 21 marzo 2006 con la partecipazione di circa 100 giudici del lavoro), e in sede parlamentare (cfr. i disegni di legge n. 3777/2003 della Camera dei deputati – firmataria, tra gli altri, l'on. A. Finocchiaro –, n. 106/2006 della Camera, e n. 2144/2003 del Senato – firmatario, tra gli altri, il sen. Treu –, e n. 1047/2006 Salvi-Treu, i quali hanno recepito, in gran parte testualmente, il testo licenziato dalla Commissione).

A queste iniziative si è aggiunto, nello scorso settembre, il d.d.l. n. 1047/S a firma dei sen. Salvi, Treu e altri, con i medesimi contenuti. Oggi, alla ripresa dei lavori della Commissione (7) riaffiorano due punti preliminari assolutamente cruciali: il primo è quello che ci viene proposto, in termini sempre più pressanti, dal contesto europeo e comunitario; il secondo punto attiene ad alcune riflessioni maturate all'interno della precedente Commissione ministeriale del 2001.

Sul primo versante, un forte richiamo alla effettività delle tutele promana non solo dalle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo (per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo), ma anche dall'ordinamento comunitario, il quale, pur senza direttamente intervenire sui sistemi processuali nazionali, reclama – anche attraverso la giurisprudenza sempre più incisiva della Corte di Giustizia – interventi adeguati e concretamente operativi, capaci di reale forza persuasiva o dissuasiva, per assicurare l'attuazione dei diritti armonizzati per tutti i cittadini dell'Unione europea.

Sappiamo che non si tratta di raccomandazioni di stile, ma di disposizioni dotate di precettività immediata, e la cui inosservanza potrebbe essere sanzionata, attraverso una procedura di infrazione, come violazione degli obblighi di conformazione alle norme comunitarie (8).

(7) Istituita dai Ministri della giustizia, del lavoro e dell'economia, con decreto del 28 novembre 2006 con la seguente composizione: R. Foglia, Presidente; P. G. Alleva, Boghetich, Bucci, Cinelli, Curcuruto, Mancino, Nappi, Pandolfo, Piccone, Proto-Pisani, Tartaglia Polcini, Turco, Velletti, Ferrara, Manzo, Tomasone, Onelli. I lavori della Commissione ministeriale termineranno verosimilmente alla fine del mese di aprile 2007.

(8) Ricordo ancora l'accorata denuncia di V. Ciocchetti, *Crisi e paralisi nella giustizia del lavoro e previdenziale italiana*, in *Foro it.*, 1999, V, 118.

Come noto, il processo del lavoro è luogo privilegiato di applicazione della normativa comunitaria nella quale la politica sociale ha conquistato – specie con gli ultimi aggiornamenti dei Trattati Cee e con la Carta dei diritti fondamentali di Nizza – una posizione di assoluta centralità.

Sul piano dell'efficienza del sistema, il nostro processo del lavoro – pur ispirato a livelli di garanzia formale più avanzati – mostra ritardi e carenze non più tollerabili una volta che la nostra giurisdizione, chiamata a confrontarsi sui nuovi piani della cooperazione giudiziaria transfrontaliera, è inserita in un circuito di competenze in ambito comunitario, secondo le regole della Convenzione di Bruxelles, ulteriormente valorizzate dal nuovo Regolamento del Consiglio n. 44/2001 (in vigore dal marzo 2002).

Del resto, con la diffusione delle imprese e dei servizi transnazionali, nonché con la crescente mobilità dei lavoratori in un ambito comunitario sempre più ampio, la domanda di giustizia, nel nostro paese, proviene sempre più frequentemente da nuovi utenti nei cui confronti l'ineadeguata risposta giudiziaria rischia di favorire il ricorso a forme di *forum shopping* esterni che rischiano di compromettere le propensioni, anche economiche, verso il nostro paese, a favore delle realtà esterne.

In questo contesto meritano un adeguato approfondimento alcune esperienze che hanno registrato successi in paesi a noi più vicini, come quella meglio nota come le *Alternative Dispute Resolutions*: meccanismi diretti a semplificare e alleggerire le procedure, rendendo comunque effettiva la protezione dei diritti.

Come è noto (9) questa tendenza riguarda prevalentemente settori particolari (*small claims*) o i «nuovi diritti» e categorie particolari di soggetti «deboli» (i consumatori, gli utenti, i risparmiatori ecc.) e mira a reagire ai problemi nascenti dalla crescente litigiosità, dai costi rilevanti dell'accesso alla giustizia tradizionale, dall'incertezza dei diritti, dalla durata dei processi e dalle rigidità dei sistemi.

Gli strumenti offerti a tale riguardo sono assai diversificati: dai collegi di probiviri, ai comitati di esperti, ai comitati di difesa dei consumatori, ai giurì di autodisciplina, alle camere di conciliazione, ai giudici di pace, agli *ombudsman*, ai difensori civici, alle autorità garanti. Altrettan-

(9) In proposito, R. Danovi, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 326. Cfr anche il Convegno tenuto a Genova il 12-13 aprile 1997 organizzato dal Consiglio nazionale forense sui «Riti alternativi e tecniche stragiudiziali di risoluzione stragiudiziale delle controversie».

to variegata sono le modalità operative indicate: dai giudizi arbitrali, ai programmi di arbitraggio, dalle *class actions* alle altre procedure *out-of-court* in senso ampio (10).

Non è questa l'occasione per esaminare l'importabilità di simili esperienze nel nostro sistema. In ogni caso, esse ci pongono un interrogativo di fondo che non possiamo più eludere: in una situazione complessiva che vede accrescersi esasperatamente il tecnicismo delle tutele, in ragione delle diversificazioni delle nuove professionalità, dei contesti organizzativi di un'impresa globalizzata, e, quindi, della tendenziale dimensione transnazionale delle controversie, è possibile continuare ancora ad affidare al giudice l'intero carico di competenze attuali appesantite da indagini minute o eminentemente tecniche per le quali assai spesso manca un'attrezzatura (anche culturale) o non è più produttiva – anche per restituire alla giurisdizione il suo ruolo primario – lasciare al giudice più spazio per riconquistare una maggiore professionalità e svolgere un più approfondito e consapevole ruolo di garante della legalità?

Certo, il ricorso alle forme di «risoluzione alternativa delle controversie» non deve in alcun modo sacrificare le garanzie che spettano alle parti, né comportare il ricorso a una giustizia privata ineguale. Fermo restando il diritto di impugnare avanti al giudice le decisioni che si reputano ingiuste, si tratta, piuttosto, di riattivare meccanismi sostanziali e procedurali alcuni dei quali da anni rimasti inutilizzati, assicurando, imparzialità, competenza e garanzie di difesa anche nei giudizi «privati».

Del resto, non è forse questa la via già aperta anche in Italia, con riferimento a controversie su materie «specialistiche», indotte dalla *new economy* che hanno favorito interventi solleciti (ad es. in materia di concorrenza, di brevetti, di *privacy*, cfr. ad es. l'art. 152 del codice della *privacy* del 30 giugno 2003, n. 196)? Tutte esperienze positive, cui potrebbe affiancarsi una forte incentivazione del ricorso alla *revisio per saltum* istituito da tanti anni ingessato nel codice di rito (art. 360, u.c., cod. proc. civ.).

In questa direzione, appunto, si collocano anche le conciliazioni e gli arbitrati su cui pure si è rivolta l'attenzione della Commissione di studio del 2001.

(10) Sulle esperienze del sistema di *class actions* negli Stati Uniti, cfr. S. Cappiello, in corso di pubblicazione in *Riv. Dir. Comm.*, 2007.

2. — *Le conciliazioni* — Nonostante taluni positivi dati statistici, peraltro vistosamente differenziati per aree geografiche (11), il giudizio critico sul vigente sistema di conciliazione delle controversie del lavoro, specie di quello privato, è unanime.

È opinione comune – condivisa anche dai proponenti del più recente disegno di legge in materia (12) – che rispetto alle controversie di lavoro il meccanismo del tentativo obbligatorio di conciliazione «non ha mai registrato quella efficacia auspicabile fin dalla riforma del 1973». Anziché alleggerire il carico di lavoro dei magistrati addetti alla trattazione delle controversie e, al contempo, offrire strumenti efficaci e veloci di risoluzione, il meccanismo di cui all'art. 410 del codice di rito si è tradotto in una inutile fase prodromica del contenzioso, con conseguente aggravio di tempi.

In quest'ultimo settore, l'esperienza mostra una sostanziale renitenza della parte convenuta a presenziare in modo non formale alle sedute delle Commissioni di conciliazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro, le quali, specie nei grandi centri, sono letteralmente soffocate da un enorme numero di «pratiche» da evadere, sicché, nella maggior parte dei casi, il tutto si risolve in una passiva attesa del termine che apre la via per il ricorso al giudice.

Nel settore pubblico il tentativo di conciliazione appare meglio strutturato nel senso che le posizioni difensive delle parti vengono irreversibilmente esplicitate sin dall'inizio, anche nella sede conciliativa: con il ri-

(11) Già dai dati raccolti nel corso dell'indagine avviata dal «Centro studi di diritto del lavoro D. Napoletano» in preparazione del Convegno di Siena del 6 febbraio 1999 su «Nuove sfide per la giustizia del lavoro» (gli Atti sono pubblicati in *Studi senesi*, fasc. 2, 1999, spec. 317) risultava qualche segnale positivo che poteva alimentare qualche speranza: a Catania le due specie di conciliazione di cui agli artt. 410 e 411 cod. proc. civ. giunte a buon fine erano pari, negli anni 1992/1995, a poco meno della metà delle cause definite con sentenze in ciascun anno. A Napoli, nel 1996 si sono perfezionate 3710 conciliazioni sindacali e 4528 amministrative. Secondo un primo calcolo a livello nazionale, su 81.523 tentativi di conciliazione compiuti davanti agli Ulpmo nell'anno 1995, su 81.523 tentativi di conciliazione risultano conclusi positivamente 36.360, il che è pari a circa il 22% delle sentenze emesse in primo grado nello stesso periodo. Peraltro, da una più recente indagine compiuta dal Ministero del lavoro – Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro – Divisione IV – è emerso che (sul settore privato) su 319.815 controversie instaurate nel corso dell'anno 2004 (che si aggiungono a un carico di 259.161 già pendenti a inizio anno, le vertenze conciliate sono solo 77.487, quelle non conciliate 51.268, mentre quelle nemmeno trattate ammontano a 260.708.

(12) Atto Senato n. 1163 del 14 novembre 2006 a firma di Sacconi e altri.

sultato che un numero percentualmente irrisorio di domande si è riversato dalla sede precontenziosa alla sede giudiziale: raramente l'ente pubblico diserta la seduta e questo consente un utile approfondimento dei termini delle controversie, grazie all'obbligo di esplicitare, sia pure sinteticamente, ragioni ed eccezioni. Permane, tuttavia, il *deficit* di potere decisionale dei rappresentanti della parte datoriale, nonostante l'esplicita esenzione da ogni responsabilità amministrativa in caso di adesione alle proposte conciliative.

L'insuccesso del modello italiano è ancora una volta imputabile in gran parte alla scarsa impegnatività dello strumento, nonché alla assoluta carenza di incentivi positivi e negativi, non solo per le parti in lite, ma anche – è bene sottolinearlo – per il ceto tecnico-forense che da questa fase prodromica della controversia resta normalmente e largamente escluso.

È ragionevole prevedere che se le parti si incontrano quando già si sono muniti di difensori, quando già i termini di fatto e di diritto delle controversie sono stati compiutamente e definitivamente «fissati» nei rispettivi atti difensivi, e quando incombe la prospettiva di una prossima sentenza, la conciliazione diventa più conveniente per tutti.

Ecco che, allora, pur senza trascurare le insufficienze delle strutture giudiziarie, si è sviluppata, all'interno della Commissione l'idea di realizzare un meccanismo che miri a fare della fase conciliativa una fase precontenziosa, a giudizio formalmente già iniziato.

In base a tale prospettiva, il giudice fissa con decreto, da emanarsi entro 15 giorni dal deposito del ricorso, la data della conciliazione che dovrà essere espletata entro un termine non superiore a 60 giorni davanti a sé, oppure – se tale termine non può essere rispettato – davanti a un conciliatore appositamente designato tra quelli iscritti in apposito Albo – tenuto dal Presidente di ciascun Tribunale – al quale possono iscriversi docenti universitari di materie giuslavoristiche, avvocati e commercialisti specializzati in diritto del lavoro, consulenti del lavoro, sindacalisti, o funzionari degli Uffici del Lavoro.

Oltre alla vincolatività e immodificabilità delle rispettive difese delle parti, secondo le regole proprie del rito del lavoro, si è previsto che l'assenza ingiustificata del ricorrente o di entrambe le parti all'udienza fissata per la conciliazione comporti l'estinzione del processo, mentre l'assenza della parte convenuta può dar luogo all'emanazione di un'ordinanza provvisoria di pagamento totale o parziale delle somme domandate.

Se la conciliazione non riesce è prevista comunque la redazione di un verbale con l'indicazione succinta delle ipotesi di soluzione della controversia allo stato degli atti. Ove sia stata raggiunta una conciliazione parziale, il relativo processo verbale potrà acquistare efficacia di titolo esecutivo con decreto del giudice.

In qualunque fase della conciliazione le parti possono decidere di affidare allo stesso conciliatore, in via arbitrale, il mandato di risolvere la lite.

Sulla base delle prime esperienze applicative del nuovo art. 412-*bis* cod. proc. civ., anche alla luce delle recenti indicazioni della Corte Costituzionale, è apparso opportuno esplicitare l'esclusione dell'obbligo di conciliazione per i procedimenti cautelari, d'urgenza, e monitori, nonché dei rispettivi susseguenti procedimenti di cognizione ordinaria.

Uguale esclusione vale per le controversie previdenziali (nelle quali gli spazi di disponibilità sono ristretti per la natura pubblicistica del regime), per quelle in materia di licenziamenti e trasferimenti (affidati a una procedura particolarmente veloce).

3. — *Gli Arbitrati (rinvio)* — Assai più problematico è l'approccio agli arbitrati su cui il dibattito è tuttora aperto su opzioni politico-sindacali di non facile contemperamento.

Accantonata l'ipotesi un arbitrato di equità (su cui pure si era pronunziato il Cnel in un progetto del 1998) si è esplorata – anche sulla scia della recente giurisprudenza delle Ss.Uu. (sentenza n. 527 del 2000, cit.) – la possibilità di ricorso all'arbitrato rituale, ampliandone, nel contempo, l'ambito di utilizzabilità nella massima misura compatibile con i principi costituzionali che vietano l'obbligatorietà di tale mezzo di risoluzione delle controversie.

In questa direzione si è ipotizzato di sopprimere l'attuale divieto (art. 806 cod. proc. civ.) di compromettibilità ad arbitri delle medesime controversie, consentendo la devoluzione ad arbitri delle controversie di lavoro anche quando abbiano a oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o da contratti collettivi, purché ciò sia previsto da tali contratti le cui clausole siano state espressamente richiamate e confermate nel contratto individuale.

Una soluzione del genere non ha trovato sufficienti consensi in seno alla Commissione, la quale si è orientata verso un'alternativa più moderata mirante ad assecondare la formazione di un sistema integrato tra legge e autonomia collettiva, che si avvalga dell'apporto de-

gli importanti accordi sinora perfezionati (Aran, Confapi e Cispel) e di altri ancora in discussione.

Al riguardo interessante è sembrata la soluzione adottata in alcuni di questi accordi (es. Confapi), che consente di pervenire nella medesima sede a una interpretazione autentica sull'efficacia e sulla validità di una clausola del contratto collettivo nazionale, il che potrebbe costituire un efficace strumento di prevenzione delle controversie seriali.

Le divergenze maggiori riguardano l'impugnabilità dei lodi anche per la violazione delle disposizioni sul procedimento, o delle norme inderogabili di legge, ma la sensazione comune è che l'idoneità dello strumento arbitrale a filtrare il ricorso alla giustizia del lavoro per rendere questa più selettiva, più professionale e più celere dipende in grandissima misura dalla effettività dell'intervento del sindacato nel processo, ovvero da una efficace gestione sindacale del processo, specie in questa fase prodromica.

4. — *Controversie in materia di licenziamenti, e trasferimenti* — Altro intervento proposto dalla Commissione (e ripreso favorevolmente nelle citate iniziative parlamentari) è quello relativo alle controversie in materia di trasferimento dei lavoratori e di licenziamento (estensibili alle controversie relative alla legittimità del termine), rispetto alle quali la lunghezza del rito del lavoro si pone con accenti di speciale gravità: la tutela del posto di lavoro o, più in generale, il ripristino del rapporto di collaborazione tra le parti rischia di essere irrimediabilmente compromesso a causa dell'eccessiva lunghezza del giudizio. Di qui la predisposizione di un processo particolarmente accelerato e la «codificazione» delle «corsie preferenziali» già adottate da alcune prassi virtuose in atto presso alcuni Uffici. L'attuale sistema che consente una combinazione parallela di azioni ordinarie e ricorsi di urgenza, esposti questi ultimi ad altrettante fasi di gravame (artt. 414, 700, 669-*terdecies* e 434 cod. proc. civ.), si traduce assai spesso in una moltiplicazione di fasi (ordinaria e urgente) con enorme incremento dei tempi e dei costi del giudizio.

Si è ipotizzato un procedimento a cognizione libera da formalità, ma non per questo superficiale o parziale, in contraddittorio delle parti, che può concludersi con una ordinanza idonea a divenire irrevocabile in mancanza di reclamo.

L'ordinanza emessa dal Tribunale è reclamabile, entro 30 giorni, innanzi alla Sezione lavoro della Corte d'Appello; l'ordinanza emessa da quest'ultima in sede di reclamo è opponibile, entro 30 giorni, con ri-

corso nelle forme di cui all'art. 414 cod. proc. civ. dinanzi alla stessa Corte d'Appello. La sentenza è ricorribile in Cassazione.

A garanzia della attuazione effettiva del provvedimento (ordinanza o sentenza) di reintegra (ovviamente nei casi in cui vige il sistema di tutela cd. «reale») è stata prevista una forte misura coercitiva di carattere pecuniario, individuata sul modello francese delle *astreintes*, con precisazione della irripetibilità delle somme (corrisposte o da corrispondere) in caso di successiva sentenza (di primo grado o d'appello) dichiarativa della legittimità del licenziamento. Per evitare ingiustificati arricchimenti, in caso di successiva sentenza dichiarativa della legittimità del licenziamento, il lavoratore può trattenere solo una somma corrispondente alla retribuzione per il periodo intercorso tra il provvedimento di condanna e la sentenza di riforma, mentre le ulteriori somme già percepite sono devolute a un fondo speciale. La riforma del provvedimento dichiarativo dell'illegittimità del trasferimento comporta, invece, un obbligo di restituzione delle somme già percepite.

Per attuare l'*astreinte* è data al lavoratore la procedura cautelare degli artt. 669-*sexies* ss. cod. proc. civ., con la quale egli potrà chiedere, al giudice dell'ordinanza o della sentenza di reintegra, la liquidazione delle somme dovute per i giorni di ritardo.

La relativa ordinanza è immediatamente eseguibile e reclamabile o al Collegio del Tribunale o al Collegio di appello (a seconda del provvedimento reclamato).

La caratteristica urgente e sommaria del procedimento giustifica l'eliminazione del tentativo di conciliazione essendo questo incompatibile con i tempi ristretti della riforma.

Per rafforzare la celerità dell'azione si è previsto che il giudice tratti *con priorità* tali cause, prevedendosi che l'inosservanza di tale obbligo, senza giustificato motivo, possa costituire illecito disciplinare del giudice.

5. — *Controversie previdenziali* — Più articolate, anche se ancora non univoche, sono le proposte formulate dalla Commissione concernenti il processo previdenziale, anche sulla base delle indicazioni a suo tempo elaborate dalla Commissione Treu.

Rinviano agli altri interventi previsti in proposito, mi limito a osservare che molteplici ragioni impongono di guardare alle controversie previdenziali con particolare preoccupazione, sì da richiedere terapie forti:

1) perché esse costituiscono più del 60% dell'intero carico delle controversie di lavoro (anche in Cassazione) (oltre 900.000 cause pendenti attualmente davanti ai vari gradi);

2) perché presentano la più alta percentuale di cause seriali;

3) perché i filtri costituiti dai procedimenti contenziosi amministrativi previsti dall'art. 443 cod. proc. civ., nonché dalle conciliazioni, dagli arbitrati e dalle collegiali mediche contemplate dall'art. 147 disp. att. cod. proc. civ., non hanno funzionato, traducendosi, anzi, in ulteriori motivi di ritardo nell'azione giudiziaria.

Tutto ciò dipende da una serie di fattori, tra cui:

- la scarsa decisività degli accertamenti tecnico-sanitari;
- la carenza di ogni vincolatività sostanziale delle collegiali mediche;
- l'estrema differenziazione dei procedimenti accertativi, valutativi e di gestione tra gli enti competenti;

- l'eccessiva segmentazione dei procedimenti amministrativi seguiti da ciascun ente;

- l'insufficiente armonizzazione dei requisiti medico-sanitari e dei criteri di riconoscimento e di valutazione delle menomazioni;

e ancora,

- l'avvento di problematiche «nuove e complesse» concernenti, ad es., il danno biologico, la previdenza complementare, la cartolarizzazione dei crediti previdenziali;

- la proliferazione di riferimenti normativi disarticolati, di norme «clandestine» o «occulte» nonché il ricorso sempre più frequente a norme di interpretazione autentica (ad es., l'art. 9 della legge n. 38/2000 di riforma dell'Inail).

Una categoria di controversie che presenta gravissime carenze e che, anche per l'incessante aumento delle pendenze, richiede interventi coraggiosi è quella riguardante l'invalidità civile e le prestazioni pensionistiche per le quali è pressoché assente una effettiva fase contenziosa amministrativa.

Per operare efficacemente su questi terreni, una parte della Commissione ha ritenuto indispensabile – almeno per quanto riguarda le controversie dipendenti da accertamenti medico-legali (costituenti una sostanziosa percentuale dell'insieme) – una forte valorizzazione e maggiore impegnatività della fase contenziosa amministrativa, possibilmente unificata, accentuandone i connotati di terzietà, il rispetto del contraddittorio, e la possibilità di assistenza tecnico-legale.

A queste misure, la precedente Commissione del 1998 aveva suggerito, quale soluzione più radicale (accompagnata, peraltro, da una serie di interventi di contenimento dell'ulteriore ricorso per cassazione), l'impugnabilità in unico grado delle decisioni rese in detta fase amministrativa, il che, senza sacrificare diritti fondamentali, oltre a ridurre drasticamente i tempi e i costi del giudizio, avrebbe reso disponibili enormi risorse all'interno della giurisdizione, consentendole di operare in maniera più incisiva sul controllo di legalità (13).

6. — *Misure di razionalizzazione dell'«esistente»* — In aggiunta agli interventi fin qui descritti la Commissione del 2001 aveva preso in considerazione una serie di interventi o di perfezionamenti sull'«esistente» incidenti direttamente o indirettamente sul funzionamento di un effettivo e sollecito processo del lavoro.

Tra queste misure si segnalano quelle concernenti la riunione di cause, i rapporti tra rito del lavoro ordinario e rito fallimentare, la valorizzazione del rito monitorio, una consistente *riduzione dei termini* (lun-

(13) In merito, mi sia consentito di rinviare al mio: *Possibile una riforma per il contenzioso previdenziale?*, in *Lav. giur.*, 2000, spec. p. 314. La proposta abolizione di un grado di merito non aveva mancato di suscitare qualche obiezione non priva di consistenza (A. Proto Pisani, in *Foro it.*, 1999, V, 57), osservandosi che:

a) nel giugno 1997/giugno 1998 solo un sesto delle cause decise in primo grado (653.000) sono state impugnate in appello (103.000) e per un nono sono sfociate in sentenze di appello (74.000) delle quali solo 19.000 sono state impugnate per cassazione: di qui la conclusione che l'appello nell'80% dei casi ha soddisfatto l'esigenza soggettiva di impugnazione e si è rilevato un filtro fondamentale rispetto al giudizio di cassazione;

b) l'esperienza dell'introduzione di giudizi in unico grado (quali l'opposizione alla ordinanza-ingiunzione *ex art. 23* della legge n. 689 del 1981 o il giudizio di equità dei giudici di pace) dimostra che sopprimere l'appello significa dirottare tutte le esigenze di garanzia soggettiva dell'impugnazione verso il giudizio di cassazione, con un aumento inevitabile del numero dei ricorsi, e un ulteriore deterioramento del nostro giudizio di legittimità;

Senonché, ancora oggi, sembra possibile replicare:

sul rilievo *sub a)* – non costruito in termini specifici sulla realtà delle particolari controversie previdenziali cui si riferiva la proposta –, premesso che tali controversie sono caratterizzate da un forte tenore tecnico-sanitario piuttosto che tecnico-giuridico, cosa consente di escludere che il filtro attualmente esercitato dal giudizio di secondo grado non possa operare con il primo (e unico) grado di merito una volta che questo faccia seguito – con funzioni sostanzialmente impugnatorie – a una fase contenziosa amministrativa dotata di adeguata specializzazione e professionalità, svolta in piena garanzia di contraddittorio, e dunque capace di operare essa stessa quella selezione che attualmente viene compiuta dal primo grado di merito?

ghi) di impugnazione delle sentenze (per allinearli a quelli assai più brevi previsti dagli ordinamenti d'oltre Alpe), la codificazione di principi affermati dalla recente giurisprudenza di legittimità in ordine alla valorizzazione della oralità, degli artt. 414 e 416 cod. proc. civ., alla delimitazione dell'acquisizione di nuove prove in appello ecc., unitamente a un ridimensionamento dei motivi di ricorso per cassazione, al fine di restituire alla Corte di legittimità la sua naturale funzione di nomofilachia, capace di collocarla al livello delle corrispondenti Corti operanti nei paesi europei.

Nella stessa direzione si collocano le innovazioni in tema di onere probatorio nel processo, e altre se ne potrebbero suggerire: tra queste, l'accantonamento o un sostanziale restauro delle procedure di certificazione, a tutt'oggi assolutamente inoperanti come strumento di deflazione del contenzioso, anche perché sprovviste di adeguate garanzie di contraddittorio, e di reale vincolatività nei confronti di soggetti terzi.

Nella medesima direzione, appare doverosa una attenta riflessione critica circa il mantenimento dell'art. 420-*bis* cod. proc. civ. il quale, con

Certo, soltanto una convinta fiducia nella capacità di fasi stragiudiziali «garantite» a operare come filtro o «contenimento» di un ricorso irrefrenabile alla giustizia «togata», talora manifestazione di un esasperato «pangiustizialismo», potrà forse avviare a soluzione il grave problema della giustizia civile nel nostro paese. Ma non è questa proprio la prospettiva in cui si muovono alcune recenti proposte di riforma del processo civile – o soluzioni già da tempo adottate in settori significativi quali quelli concernenti il contenzioso disciplinare dei liberi professionisti, o in materia di brevetti industriali, come pure il sistema di tutela amministrativa e giurisdizionale attuato dall'art. 29, comma 7, della legge 31 dicembre 1996, n. 675, sul trattamento dei dati personali, oltre che sulla base di esperienze estere (in ambito comunitario: cfr. la competenza contenziosa amministrativa riservata dall'ordinamento tedesco alle controversie previdenziali), tutte miranti a valorizzare metodi di risoluzione alternativa delle controversie civili (cfr., tra le altre, la proposta n. 4567 del 17 febbraio 1998, Folena).

Circa gli inconvenienti indicati *sub b*) si osservava che essi dipendono proprio dal fatto che in entrambi i casi menzionati il giudizio della Cassazione – a differenza di quanto ipotizzato nella proposta – non è preceduto affatto da una duplice verifica delle rispettive posizioni delle parti, compiuta, in contraddittorio pieno, dapprima in sede contenziosa amministrativa e successivamente davanti al giudice di merito.

In ogni caso, non va trascurata la necessità – già evidenziata dalla Commissione nella relazione illustrativa – di collegare la riforma processuale proposta a un deciso ridimensionamento dei motivi di ricorso per cassazione previsti dall'art. 360 cod. proc. civ. al fine di restituire alla Corte di legittimità la sua naturale funzione di nomofilachia capace di collocarla al rango delle altre Corti Supreme dei paesi europei.

Pur con queste doverose precisazioni (anche al fine di prevenire facili obiezioni) si rilevava che la soluzione proposta andava in una direzione già assunta in molteplici occasioni dal nostro legislatore: si pensi, da ultimo, a quella adottata dal decreto legisla-

tutti i suoi limiti, anche di ordine costituzionale, ha suscitato un diffuso dissenso (rimanendo di fatto inapplicato) anche per l'assenza «innaturale» delle parti collettive, autrici del contratto collettivo, durante tutto il corso dello speciale procedimento di interpretazione pregiudiziale, dal giudice di primo grado alla Corte di legittimità (14).

tivo n. 80/1998 rispetto al lodo arbitrale, in cui pure, dopo un contraddittorio affidato, questa volta, all'intervento di soggetti privati designati dalle parti, si apre l'adito a un unico grado di giudizio di merito.

A questo punto – si concludeva – le alternative non possono che essere le seguenti:

a) o si conferma questo sospetto di inefficienza della p.a. e si insiste in soluzioni pangiustizialistiche che però richiedono interventi drastici a favore della giustizia (almeno un raddoppio degli attuali organici) che sinora nessuna parte politica ha mostrato di volere e che, quindi, sembrano irrealizzabili;

b) o si relega la trattazione delle controversie previdenziali a una «giustizia minore» sprovvista, per sua estrazione, dei requisiti di specializzazione, rinunciando così per sempre a quello che fu uno dei pregi più rilevanti della riforma del 1973. Senza contare i problemi gravissimi che deriverebbero dalla competenza «concorrente» del Tribunale, come giudice del lavoro di primo grado, tutte le volte in cui (e non sono infrequenti) nella controversia previdenziale specifica si introduce una questione attinente all'esistenza o alla qualificazione del rapporto di lavoro sottostante...);

c) oppure ci si deve rendere conto che una giustizia più moderna ed efficiente può essere assicurata non solo (anche se in primo luogo) dai giudici, ma anche da tutti coloro che vi partecipano; *ognuno deve fare la sua parte*: i soggetti, specie quelli investiti di funzioni pubbliche, i difensori, e – nel nostro settore particolare – il patronato e il sindacato, che il legislatore del 1973 voleva come *amici curiae*. Occorre, infine, tener conto – anche nella prospettiva di una crescente cooperazione estesa ad ambiti comunitari sempre più allargati – dei modelli da tempo suggeriti dalle esperienze estere e valorizzare momenti di confronto e di contraddittorio «pre-giudiziale» in sedi e secondo procedure dotate di un più alto livello di specializzazione, oltre che di «terzietà».

(14) Mi permetto di rinviare alle notazioni critiche espresse in altra sede (il testo è in corso di pubblicazione sul n. 3/2006 del *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*). Cfr. anche le notazioni critiche sul medesimo art. 420-bis.

Amos Andreoni (*)

PROPOSTE PER UNA RIFORMA DEL CONTENZIOSO PREVIDENZIALE E DEL PROCESSO DEL LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La risoluzione stragiudiziale delle controversie interpretative. — 3. La composizione amministrativa delle controversie applicative. — 4. Il contenzioso amministrativo. — 5. La riforma del contenzioso: una proposta. — 6. La fase giudiziale di cognizione. — 7. I procedimenti sommari. — 8. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Le controversie previdenziali sono regolate da una disciplina legislativa – del contenzioso amministrativo e del successivo processo – che da molti anni resta essenzialmente invariata, malgrado segni inequivoci di inadeguatezza rispetto a basilari esigenze di giustizia e di tempestività, e, ancor prima, di composizione bonaria.

Le questioni previdenziali, inoltre, si muovono entro un rapporto bilaterale in cui una parte – l'ente previdenziale – ha il ruolo di soggetto «monopolista» della prestazione e del relativo contenzioso: un monopolista spesso poco attento al proprio ruolo e agli effetti delle condotte poste in essere.

Appare dunque meritorio il tentativo di razionalizzazione del contenzioso portato avanti dalle Commissioni del 1998 e del 2000, nominate dai Ministri Treu e Salvi, e ora riproposto dai medesimi nella forma del disegno di legge n. 1047, presentato al Senato il 28 settembre 2006.

I progetti appaiono segnati da un approccio che, per un verso, reca una discutibile divaricazione tra processo del lavoro e processo previdenziale, e, per altro verso, sconta una sottovalutazione della fase amministrativa di risoluzione delle controversie.

(*) Docente di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale presso la Facoltà di Sociologia dell'Università di Roma «La Sapienza».

(**) Il presente scritto è la rielaborazione di una delle relazioni tenute al convegno del 16 novembre 2006, al Cnel, su «Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro», organizzato dalla Rivista, da Magistratura democratica e dalla Consulta giuridica della Cgil.

Queste caratteristiche inducono a sottoporre le auspiccate innovazioni normative a una attenta verifica, alla luce dello stato dell'arte e a partire dall'attuale assetto del procedimento di certazione del diritto a prestazione.

2. — *La risoluzione stragiudiziale delle controversie interpretative* — La risoluzione stragiudiziale delle *controversie interpretative* presenta aspetti profondamente diversi rispetto alle problematiche riguardanti le controversie applicative, che per lo più involgono temi di rilievo medico-legale: le prime, dipendendo da questioni di diritto, subiscono il peso della moltitudine delle leggi, difficilmente armonizzabili; e più ancora il peso dei Ministeri vigilanti che con le loro direttive agli enti previdenziali sugli indirizzi del contenzioso tendono a realizzare economie di cassa a breve, con l'effetto di amplificare il contenzioso nel medio periodo (come è accaduto, in modo paradigmatico, per la cd. cristallizzazione della integrazione al minimo della pensione).

2.1. — L'idea di anticipare alla fase stragiudiziale il momento risolutivo dei conflitti sulle controversie interpretative non è nuova: da tempo opera, infatti, una *Commissione tripartita* — Ministeri vigilanti, enti previdenziali, patronati — che, alla luce delle nuove disposizioni di legge, cerca di individuare gli aspetti controversi, il possibile contenzioso e le linee di composizione preventiva, mediante adeguate circolari interpretative.

E tuttavia la Commissione, malgrado i buoni intendimenti, non funziona; a ben vedere non ha mai funzionato efficacemente. Il Ministero del tesoro, per lo più, preferisce disertare le riunioni e d'altra parte il Ministero del lavoro non si assume l'onere di decidere da solo.

Alla base di questa inerzia pare esserci una impostazione attendista: si preferisce demandare ai tempi lunghi della giurisprudenza la risoluzione di temi a difficile copertura di spesa ovvero ad alto tasso di innovazione.

Se dunque si vuole mantenere questo livello preventivo di decantazione — e mi pare valga la pena tentare — occorre rafforzare le caratteristiche del concerto amministrativo, mediante l'ingresso della Presidenza del Consiglio dei ministri e l'introduzione della norma regolamentare in virtù della quale — similmente a quanto previsto per le conferenze dei servizi — il componente del collegio assente abbia l'obbligo di ottemperare alle decisioni assunte.

Si può inoltre sottolineare l'esigenza che i Civ — e cioè i Consigli di indirizzo e vigilanza degli enti previdenziali — dedichino in via si-

stematica la loro attenzione alla disamina dei principali filoni di contenzioso e conseguentemente si assumano l'onere di dare indicazioni operative (e vincolanti) alle strutture deputate alla gestione del contenzioso. Molto spesso, infatti, la moltiplicazione delle controversie dipende non già da questioni realmente dubbie ma da ritardi o «distrazioni».

2.1.1. — In questa stessa direzione, volta alla composizione stragiudiziale delle controversie interpretative, si muove del resto il disegno di legge Salvi-Treu laddove prevede l'introduzione (cfr. l'art. 12 e il prospettato art. 443-ter cod. proc. civ.) di uno *stand-by* delle controversie di serie, con rimessione del *thema decidendum* al concerto tra amministrazione competente, Ministeri vigilanti e patronati coinvolti.

L'innovazione va salutata con favore, ma l'assenza di norme procedurali (e di clausole di chiusura) ripropone l'esigenza di un maggiore dettaglio operativo. D'altra parte l'innovazione si colloca a valle di un contenzioso già radicato, laddove invece andrebbe tentata soprattutto l'implementazione della fase preventiva, mediante un nuovo ruolo della Commissione tripartita e dei Civ degli enti.

2.2. — Nelle controversie interpretative pesa, inoltre, la difficoltà di districarsi in un ginepraio di leggi e leggine. A tale proposito va menzionato il tentativo di soluzione del problema meritoriamente compiuto, nel maggio 1999, dalla cd. Commissione Balandi con la redazione di un progetto di *Testo Unico delle leggi previdenziali*. A distanza di anni risulta ancora incomprensibile la mancata traduzione in legge di quel progetto o di altri a seguire.

Il tema resta dunque di impellente attualità, sia pure con gli adeguamenti procedurali resi necessari dalla esperienza negativa finora maturata. A tale proposito appare opportuno istituire una *sede interparlamentare*, legittimata a determinare in via permanente il *raccordo tra ogni nuova legge e quel Testo Unico*, secondo modelli invalsi presso altri ordinamenti europei.

3. — *La composizione amministrativa delle controversie applicative* — Le *controversie applicative*, specie quelle di tipo medico-legale, inducono a un diverso approccio riformatore, che tenga conto delle peculiarità del procedimento amministrativo, che per l'invalidità pensionabile — rispettivamente di competenza dell'Inps, dell'Inpdap, del Ministero

dell'economia, delle Regioni o dei Comuni – andrebbe centralizzato presso un'unica sede, auspicabilmente presso l'ufficio medico-legale dell'Inps.

Al di là di questa innovazione, restano irrisolte numerose questioni strutturali, attinenti alla scansione del procedimento amministrativo.

3.1. — La domanda di prestazione è fatta dall'interessato, spesso tramite il patronato. È auspicabile che, in sede di redazione di un codice di buone prassi, si identifichi per ogni domanda il corredo della documentazione e di ogni altra indicazione indispensabile. È altresì opportuno identificare un equo periodo di tempo (che potrebbe generalmente essere di 60 giorni) entro il quale istruire e decidere il caso, decorso il quale potrebbe attivarsi la successiva fase del ricorso, quella amministrativa.

L'innovazione, auspicabile non risolve tuttavia le disfunzioni attuali. La fase dell'istruttoria è infatti gestita dall'amministrazione, con procedure per lo più automatizzate (e con frequenti rischi di errori informatici) senza che l'interessato o il patronato abbiano poteri effettivi di partecipazione, pure astrattamente previsti dalla legge n. 241/1990.

3.2. — Sembra dunque opportuno istituire un *nuovo difensore civico*, nominato da una *Authority* indipendente e dotato di poteri sanzionatori nei confronti del funzionario responsabile del procedimento, in caso di persistenti errori od omissioni (1).

Una esternalizzazione del potere disciplinare sembra preferibile a quella esternalizzazione dei servizi pubblici che viene da molti auspicata per una maggiore efficienza ed economicità del sistema.

È auspicabile poi che il *patronato partecipi effettivamente al procedimento amministrativo*, dialoghi con il difensore civico, e venga finanziato adeguatamente per quelle attività che abbiano portato a correzioni procedurali.

Occorre infine che la miriade di *nuclei di valutazione e controllo* tenga conto, nei rapporti periodici al vertice politico degli enti, delle iniziative assunte dal difensore civico e delle istanze avanzate dagli Istituti di patronato.

(1) In questa direzione sembra muoversi l'art. 3, comma 1, lett. c, della proposta di legge d'iniziativa degli On. Turci e altri presentata il 18 dicembre 2006, riguardante la istituzione di una Autorità per la valutazione del personale.

3.3. — Conoscendo i precedenti, non si può escludere che le misure proposte falliscano comunque: a maggior tutela varrebbe allora la pena di tipizzare *un'azione risarcitoria automatica*, superati i tempi massimi del procedimento *standard*, susseguente a una domanda formulata e corredata di ogni supporto richiesto, con onere forfettario a carico dell'amministrazione, salvo rivalsa sul responsabile del procedimento.

Un'azione annunciata perentoriamente dall'art. 17, lett. *f*, legge n. 59/1997, e poi dispersa nei meandri della decretazione attuativa.

4. — *Il contenzioso amministrativo* — L'attuale disciplina prevede poi che l'atto finale (oggi non di rado immotivato o incomprensibile), ove neghi la prestazione, non possa essere sottoposto subito all'esame del giudice.

È necessario, infatti, avviare un procedimento di riesame, proponendo un *ricorso amministrativo* alla medesima amministrazione, ovvero ad apposito comitato recante la presenza sindacale, che per lo più rimette la questione medico-legale a collegiali mediche bilaterali (recanti la presenza del medico di sede e di altro medico del patronato, delegato dall'assistito) ovvero rimedita in proprio sul tema, se afferente a materia diversa.

4.1. — Il progetto di legge finanziaria 2007, nell'originaria formulazione dell'art. 43, prevedeva l'abolizione dei comitati a composizione sindacale e la riconduzione del potere di riesame alla potestà del direttore di sede.

All'opposto, per le questioni medico-legali, l'art. 12 del disegno di legge Treu-Salvi n. 1047/06 prevede un *collegio di conciliazione*: l'esame del ricorso verrebbe affidato a un collegio di tre membri, di cui due rispettivamente designati da ciascuna delle parti e il terzo designato dal Ministero del lavoro.

L'eventuale provvedimento di reiezione del ricorso verrebbe adeguatamente motivato, con parere di maggioranza e di minoranza. L'atto di conciliazione, d'altra parte, ove riuscito e sottoscritto dalle parti, diverrebbe vincolante. È poi previsto un compenso per il Presidente del Collegio nonché per gli altri due componenti, a carico dell'amministrazione competente e in conformità a convenzioni con la Federazione nazionale degli ordini dei medici. Non è facile valutare l'impatto della doppia innovazione. Sembra tuttavia plausibile ipotizzare che la diminuzione degli oneri finanziari, derivante dall'abolizione dei comitati a com-

posizione sindacale, possa interamente annullarsi in ragione della spesa derivante dai compensi dei nuovi collegi medici. Questi ultimi, infatti, sono a composizione trilaterale, a copertura finanziaria integrale, di contro alla assenza di oneri della attuale collegiale medica bilaterale.

D'altra parte non si vede perché la struttura debba essere trilaterale se la conciliazione deve comunque essere sottoscritta da tutte le parti; meglio a questo punto una struttura leggera (e senza oneri per la p.a.) a formazione consensuale, di facile composizione, di agevole decorso e soggetta a decisione fiduciaria.

La prospettata abolizione dei comitati a composizione sindacale, poi, eliminerebbe un importante filtro, con conseguente presumibile addensamento del relativo contenzioso – che è di tipo essenzialmente interpretativo – a carico del sistema giudiziario, con effetti opposti a quelli auspicati da più parti.

Attualmente, infatti, detti comitati svolgono una importante funzione di dialogo tra direttore di sede e rappresentanze sindacali, in ordine alle scelte interpretative effettuate dalla dirigenza interna. Un dialogo che non scade a compromessi corporativi, dato il potere di annullamento delle delibere collegiali eventualmente illegittime, attualmente incardinato nelle potestà del direttore di sede.

In sostanza verrebbe eliminata l'unica sede di effettiva decantazione delle controversie interpretative – spesso di minuscola incidenza finanziaria perché attinenti a prestazioni temporanee di importo modesto, meglio conciliabili in sede amministrativa piuttosto che giustiziabili in sede processuale – a fronte della perdurante assenza di livelli nazionali di composizione.

Se davvero si vogliono introdurre risparmi di gestione per la p.a. e nel contempo mantenere filtri pre-contenziosi, sembra dunque opportuno confermare le attuali collegiali mediche bilaterali e i comitati a partecipazione sindacale, magari con la eventuale eliminazione dei gettoni di presenza (*salus rei publicae...*), peraltro già attualmente di importo simbolico.

Va dunque salutata con favore la scelta operata dalla legge finanziaria (legge 27 dicembre 2006, n. 296) ove si dispone il rinvio del tema al legislatore delegato (v. art. 1, comma 469). In questa sede, infatti, si potrà consentire una più adeguata ponderazione delle soluzioni alternative.

5. — *La riforma del contenzioso: una proposta* — Va esclusa ogni ipotesi di arbitrato, rituale o irrituale, sulle questioni previdenziali, stanti le

preclusioni derivanti dall'art. 2115, ultimo comma, cod. civ., e soprattutto quelle discendenti dall'art. 38 Cost., come interpretato dalla Corte Costituzionale.

In effetti tutta l'attività concernente la previdenza obbligatoria, a livello amministrativo e a livello di contenzioso, non può che essere dichiarativa; non anche dispositiva di diritti, in quanto ritenuti dalla Corte Costituzionale fondamentali e di natura alimentare.

Il che per altro non esclude una attività compositiva della controversia anche a livello giudiziale, sulla base di accertamenti medico-legali approfonditi e condivisi, senza patteggiamenti su percentuali e decorrenze.

Per questo motivo non si condivide l'impostazione che venne fatta propria dalle Commissioni nominate dai ministri Treu (1998) e Salvi (2000) laddove si esternalizzava la fase conciliativa previdenziale, relegandola alla fase anteriore al deposito del ricorso giudiziario. Una esternalizzazione che, peraltro, strideva con la felice intuizione della conciliazione endo-processuale in materia di lavoro, adottata in via definitiva dalla seconda Commissione, diretta dal Presidente Foglia.

La conciliazione endo-processuale, a ben vedere, può essere «esportata» anche sul terreno spinoso della previdenza sociale. In effetti delle due l'una: o si affida a un livello stragiudiziale di terzietà ogni conciliazione, superando il caos degli attuali livelli di contenzioso amministrativo (caos che viene semplificato ma non risolto dalla legge finanziaria e dal progetto Salvi-Treu) – una soluzione che, per essere affidabile e condivisa, implica la creazione di macro-strutture esterne agli enti previdenziali o di collegiali trilaterali; strumenti lenti e comunque costosi –; ovvero si riordina il contenzioso centralizzando le competenze (2) e unificando i moduli compositivi sulla base della coppia comitati provinciali e collegiali bilaterali, e allora l'unica fase successiva di composizione non può che essere autorevolmente incardinata all'interno del processo come funzione *a latere* del giudice togato, secondo le proposte che qui di seguito vengono illustrate.

6. — *La fase giudiziale di cognizione* — *La fase giudiziale* è oggi affidata alla competenza del giudice del lavoro e della previdenza sociale,

(2) Si condividono le proposte avanzate da più parti di centralizzare tutte le questioni di invalidità civile presso il servizio medico-legale dell'Inps e le questioni attinenti la causa di servizio nelle p.a. presso il servizio medico-legale dell'Inail, con contestuale abolizione delle svariate Commissioni mediche, istituite nel corso della nostra legislazione post-unitaria, fascista e post-fascista.

che deve vagliare ricorsi giudiziari depositati entro *il termine di decadenza* di tre anni (per le prestazioni pensionistiche), di un anno (per le prestazioni temporanee) o di sei mesi (per la invalidità civile).

La brevità di questi termini e l'impossibilità giuridica di sospenderli o di interromperli è causa non secondaria della proliferazione delle controversie, specie di invalidità civile. In passato, vigente il diverso termine di prescrizione, era possibile interromperlo con una lettera del patronato, in attesa dell'esito delle cd. vertenze pilota; salvo poi una estensione degli effetti delle stesse ai casi simili.

Così non è più: il carattere decadenziale del termine impedisce, infatti, di temporeggiare.

Appare dunque opportuno proporre l'abolizione del termine decadenziale, per ritornare al termine di prescrizione, triennale per le prestazioni pensionistiche e annuale per tutte le altre, ivi compresa l'invalidità pensionabile.

6.1. — Poiché la compresenza di materie di lavoro e previdenziali in capo al giudice unico determina un carico di lavoro eccessivo, alcune Commissioni di riforma hanno proposto di eliminare la competenza del giudice per tutte le questioni previdenziali, da affidare, secondo alcuni, a un giudice di pace (e poi al Tribunale); secondo altri, alla Corte d'Appello, in unico grado.

Contro la prima proposta si deve rilevare che molte questioni previdenziali sono più complicate di quelle di lavoro; altre riguardano prestazioni di sopravvivenza o comunque diritti veramente fondamentali. Nell'uno e nell'altro caso si avverte l'esigenza di un giudice togato e professionalizzato.

Contro la seconda proposta si può opporre che eliminare un grado di giudizio significherebbe aumentare le spinte a fare comunque ricorso per Cassazione. Con l'effetto di intasarne i ruoli, già sovraccarichi, e di paralizzarne la funzione di giudice di diritto.

6.2. — Si potrebbe pensare di lasciare la fase giudiziale così com'è e confidare che le cause diminuiscano per effetto della nuova procedura di conciliazione e della fine della gratuità di gran parte dei giudizi previdenziali, ben oltre la fascia dei redditi medio-alti (come invece auspicato dalla Corte Costituzionale).

L'idea è cinica, di dubbia legittimità costituzionale – e giustamente i patronati richiedono un allargamento della fascia ammessa alla gratuità

del giudizio, almeno in primo grado –, ed è comunque erronea: il contenzioso attuale non mostra, infatti, segni di cedimento, malgrado l'innovazione legislativa sulle spese giudiziali.

Sembra dunque opportuno introdurre innovazioni nel modulo di funzionamento del processo di primo grado.

Si potrebbe allora ipotizzare – estendendo la portata della proposta della Commissione Foglia, nominata nel 2000 dall'allora Ministro Salvi – che il giudice del lavoro possa, a sua discrezione, delegare la trattazione delle *questioni di fatto, sia di lavoro sia di previdenza, a un giudice a latere, non togato* – indipendente e specialista della materia secondo elenchi appositi – con facoltà di recupero della controversia presso sé medesimo, per rimessione o avocazione, in caso di insorgenza di rilevanti questioni di diritto.

6.3. — Appare inoltre opportuno abolire la competenza della Corte dei Conti, entro un congruo periodo transitorio, sulle questioni previdenziali riguardanti il pubblico impiego, salvo quelle riguardanti il personale che continua a essere soggetto a riserva di legge (militari, magistratura, diplomazia ecc.).

6.4. — C'è poi il contenzioso di serie, che continua a essere alimentato dagli enti previdenziali, malgrado svariati precedenti sfavorevoli, anche di Cassazione (v. il caso sopra ricordato della cd. cristallizzazione della seconda integrazione al minimo).

Per queste ipotesi sembra opportuno prevedere una corsia preferenziale per giungere subito a un giudizio per Cassazione: si potrebbe ipotizzare, dopo la sentenza di primo grado, un ricorso *per saltum*, anche in via unilaterale, salva la deliberazione della Corte, in camera di consiglio, sulla ammissibilità del ricorso medesimo (e dunque sulla identità della controversia rispetto ai casi già risolti).

Si potrebbe poi consentire che, in presenza di questi precedenti di Cassazione, tutti conformi, il Presidente della Corte assegni una controversia nuova, del medesimo tipo, alle Sezioni Unite.

Il dibattito dovrebbe essere allargato alla Presidenza del Consiglio, ai Sindacati e alle associazioni degli utenti. La decisione, se favorevole all'assicurato, dovrebbe impegnare l'ente previdenziale non solo per la questione controversa ma per tutti i casi identici, pena il giudizio di responsabilità avanti la Corte dei Conti, fintanto che la Corte non si pronunci diversamente, di nuovo a Sezioni Unite.

Ove la decisione a Sezioni Unite fosse sfavorevole all'assicurato, altre questioni similari potrebbero pur sempre essere riproposte, ma senza la garanzia della gratuità del giudizio e con successiva devoluzione alla Corte, di nuovo *per saltum*.

7. — *I procedimenti sommari* — Successivamente alla sentenza di cognizione compaiono due aspetti di non poco conto: la quantificazione della prestazione il cui diritto è stato accertato in sentenza; la liquidazione della prestazione, comprensiva degli accessori di legge (interessi e auspicabilmente anche la rivalutazione monetaria, da reintrodurre, come previsto dalla Commissione Foglia).

7.1. — Per la quantificazione dei crediti di lavoro la Commissione Foglia auspicava una certificazione delle spettanze retributive mediante l'allegazione al ricorso per decreto ingiuntivo di un conteggio elaborato dagli uffici vertenze delle associazioni sindacali. L'auspicata innovazione è condivisibile e andrebbe estesa ai crediti previdenziali, con il supporto contabile elaborato dal patronato.

7.2. — La fase di liquidazione presenta i problemi non risolti dalla *vacatio legis* di 120 giorni, attualmente prevista per tutti i debiti delle p.a.

In effetti il termine dilatorio non è stato utilizzato dagli enti per una effettiva liquidazione della prestazione, sicché è prassi abituale l'espropriazione presso terzi, con notevole aggravio di oneri processuali per l'ente e con insopportabile ritardo per l'assistito.

La china può essere arginata dall'intervento sanzionatorio del difensore civico, che sopra si è ipotizzato.

D'altra parte gli accessori di legge maturati successivamente alla quantificazione del patronato possono essere demandati alla competenza del giudice di pace.

8. — *Conclusioni* — Occorre infine sottolineare l'esigenza di una iniziativa pubblica sui Ministri del lavoro e di grazia e giustizia per avviare un progetto di spesa aggiuntiva per la giustizia penale e del lavoro, corsi di formazione e riqualificazione per i magistrati, conferenze di servizio tra magistrati e avvocati e quant'altro già richiesto dalle organizzazioni sindacali.

La Giustizia del lavoro nelle metropoli centro-meridionali è davvero in condizioni di disfacimento.

Umberto Carabelli (*)

UNA SFIDA DETERMINANTE PER IL FUTURO
DEI DIRITTI SOCIALI IN EUROPA:
LA TUTELA DEI LAVORATORI DI FRONTE
ALLA LIBERTÀ DI PRESTAZIONE DEI SERVIZI NELLA CE (**)

SOMMARIO: 1. La Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. Qualche considerazione generale. — 2. Alcuni problemi interpretativi relativi al suo ambito di applicazione. — 3. La tutela del lavoro nell'ordinamento comunitario: una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della normativa del Trattato Ce (alla luce dei principi generali del diritto). — 4. Il lungo e complesso processo di approvazione della Direttiva n. 96/71: le difformità tra la proposta della Commissione e il testo definitivo. — 5. La protezione dei lavoratori distaccati: obblighi e facoltà previsti nei confronti dello Stato membro ospitante in relazione all'estensione a essi delle tutele del lavoro interne. — 6. *Segue*: i problemi interpretativi posti dal dettato dell'art. 3, par. 10, della Direttiva. — 7. Alcune annotazioni conclusive sulla Direttiva n. 96/71. — 8. Le difficili e pericolose implicazioni del caso *Laval*: alla ricerca di una soluzione nel confronto tra diritto di sciopero, Trattato Ce e Direttiva n. 96/71. — 9. La nuova Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno: la salvaguardia del diritto del lavoro del paese ospitante e il rinvio alla Direttiva n. 96/71.

1. — *La Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. Qualche considerazione generale* — Consultando i repertori di dottrina e giurisprudenza del lavoro degli ultimi anni, ci si può facilmente accorgere dell'assai scarsa attenzione che gli studiosi della disciplina giuslavoristica hanno dedicato, a far data dalla sua emanazione, alla Direttiva Ce n. 96/71 del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (1).

Questo disinteresse appare, in verità, difficilmente spiegabile ove si consideri l'ampio e intenso dibattito sviluppatosi negli anni più recenti

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari, e docente stabile presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione.

(**) Il presente saggio raccoglie e presenta unitariamente due separati contributi, sulla Direttiva n. 96/71 e sul caso *Laval*, i quali, con gli adattamenti resi necessari dalle esigenze editoriali, sono stati rispettivamente destinati alle raccolte di studi in memoria di Antonio Marzal e di Vincenzo Starace.

(1) In senso analogo Pallini, 2006b, p. 274.

in sede politica, sindacale e scientifica sul progetto di direttiva sulla liberalizzazione della prestazione di servizi nell'ambito della Comunità europea (cd. progetto di direttiva Bolkestein), in particolare sui rischi di *dumping* sociale derivanti dalla formulazione originaria di tale progetto, dovuti alla spinta al ribasso che i più evoluti sistemi nazionali di protezione sociale avrebbero subito per effetto della concorrenza esercitata nel mercato comune da imprese aventi sede in Stati membri con livelli assai inferiori di tutela sociale (2). Infatti, come si vedrà in una più avanzata fase della trattazione, a quest'ultima tematica è strettamente collegato (e anzi ne costituisce uno degli aspetti più significativi) il problema della determinazione della disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti da operatori economici stabiliti in uno degli Stati membri che, senza creare una (ulteriore) sede giuridica e operativa in altro paese comunitario, forniscono, in concorrenza con gli operatori economici in quest'ultimo insediati, servizi con proprio personale colà inviato *in via meramente transitoria*; problema la cui soluzione è oggi affidata, appunto, alla Direttiva n. 96/71.

Tanto meno giustificato appare, d'altro canto, siffatto disinteresse ove si consideri l'ormai sempre più frequente fenomeno della fornitura, da parte di imprese di somministrazione con sede in uno Stato membro, di lavoratori interinali a imprese insediate in altri paesi comunitari; nonché, ancora, l'altro fenomeno, di particolare interesse giuridico e invero da lungo tempo ben noto, del distacco, da parte di un'impresa di un paese membro, di propri lavoratori presso imprese appartenenti al proprio stesso gruppo insediate in altri paesi membri. Entrambi tali fenomeni sono parimenti oggetto di considerazione da parte della predetta Direttiva, la quale li accomuna uno all'altro, quali fattispecie meritevoli di attenzione per le delicate implicazioni che esse producono sul rapporto tra sistemi nazionali di tutela del lavoro e libertà di prestazione dei servizi.

In effetti la Direttiva n. 96/71 ha come obiettivo la definizione di un quadro di regole alle quali gli Stati membri devono attenersi nella definizione delle «condizioni di lavoro e di occupazione» dei lavoratori distaccati temporaneamente sul loro territorio da imprese stabilite in un altro Stato membro, nelle tre ipotesi individuate nell'art. 1, par. 3, lett.

(2) Sul progetto di direttiva Bolkestein, si v. *infra*, par. 9. Sui temi del mercato dei servizi esterno v. Lyon-Caen, 2005, pp. 503 ss., nonché l'interessante saggio di Lo Faro, 2005, pp. 437 ss.

a, *b* e *c*, della stessa Direttiva. Più precisamente, le imprese destinatarie della normativa comunitaria sono quelle stabilite in uno Stato membro, le quali, «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori, a norma del par. 3, nel territorio di uno Stato membro» (art. 1, par. 1). Laddove le tre ipotesi rilevanti ai fini dell'applicazione della Direttiva sono rispettivamente: quella dell'impresa che distacchi un lavoratore «per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (art. 1, par. 3, lett. *a*) (3); quella di un'impresa che distacchi «un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (lett. *b*); quella, infine, dell'impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori – nella versione inglese: *a temporary employment undertaking or placement agency* – la quale distacchi «un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente» (lett. *c*) (4). In tutti e tre i casi, dunque, è espressamente richiesto che il lavoratore distaccato conservi *per tutta la durata del distacco* il suo rapporto giuridico diretto con l'impresa di appartenenza.

La base giuridica della Direttiva è costituita dagli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2), e 66 (oggi 55) (5): si è dunque in presenza di una

(3) Sulla necessità della presenza di un contratto tra prestatore di servizi e impresa destinataria di questi ultimi si v. il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

(4) Nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto c), si rileva che formalmente nella previsione della Direttiva non rientrerebbe il caso di un'impresa di somministrazione che distacchi un lavoratore presso un'impresa di altro Stato membro, la quale a sua volta distacchi poi questo lavoratore in un altro Stato membro. E tuttavia, il gruppo stesso ha ritenuto che *compte tenu des objectifs et du but de la directive, ce type de situation était couvert par la directive*.

(5) Sottolineano giustamente l'importanza di questo aspetto Davies, 1997, pp. 572-573, Orlandini, 1999, p. 467, Juárez Pérez, 1999, pp. 1270-1271, e Foglia, 2001, p. 812.

Direttiva non di armonizzazione delle normative di tutela del lavoro, bensì di determinazione delle discipline del lavoro applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi (6): la normativa comunitaria, insomma, mira soprattutto a fornire un quadro «bilanciato» di riferimento normativo per la circolazione dei prestatori di servizi negli Stati membri della Comunità, con specifico riferimento al trattamento economico e normativo dei lavoratori dipendenti da essi occupati.

Da questo punto di vista aveva perfettamente ragione chi, ancor prima della approvazione definitiva della Direttiva, nella ricerca di una definizione che esprimesse siffatta duplice anima, aveva affermato che *la*

Davies (*ivi*) segnala, inoltre, l'ambigua situazione dei lavoratori distaccati, i quali mentre, da un lato, possono ambire ai migliori trattamenti in vigore nel paese d'accoglienza, dall'altro sono consapevoli che proprio tali trattamenti possono inficiare la concorrenzialità dell'impresa da cui dipendono. Per considerazioni analoghe, soprattutto in merito al pericolo di una sostanziale funzione dissuasiva nei confronti della circolazione dei servizi (l'osservazione riguarda essenzialmente i casi di cui all'art. 1, par. 3, lett. a, della Direttiva: v. *infra*) v. Juárez Pérez, 1999, p. 1279; Gutiérrez, Solar Calvo, 2000, pp. 172-175; Serrano Olivares, 2000, pp. 66 ss., e Idem, 2002, pp. 62-64; Rico Letosa, 2002, pp. 39-40; Esteban De La Rosa, Molina Navarrete, 2002, p. 116.

È inoltre da segnalare la giusta osservazione di Davies (pp. 599-602) circa l'importanza non assoluta, ma relativa, che i sistemi di tutela del lavoro hanno ai fini della determinazione del costo del lavoro, stante la necessità di fare in realtà riferimento all'unico parametro rilevante: la produttività del lavoro, rispetto alla quale i costi diretti e indiretti del lavoro costituiscono solo una componente (in questo senso v. anche Ahlberg, Bruum, Malmberg, 2006, pp. 157-158; v. inoltre Bellavista, 2006, pp. 4-5, per gli ulteriori riferimenti); su questi aspetti cfr. pure Bano, 2001, p. 11.

(6) Cfr. Biagi, 1996, p. 6; Palao Moreno, 1997, pp. 378-379; Juárez Pérez, 1999, pp. 1273-1274 e 1282-1283. *Adde* Vicente Pachés, 2000, p. 14; Foglia, 2001, p. 806; Casas Baamonde, 2002, p. 7; Tosi, Lunardon, 2005, p. 180; Bellavista, 2006, p. 28.

Serrano Olivares, 2000, p. 63, Roccella, Treu, 2002, p. 123, e Orlandini, 2006, p. 28, affermano che, in tal senso, si è in presenza di uno strumento di diritto internazionale privato (da intendersi, ovviamente, come relativo all'ordinamento comunitario).

Secondo Rodriguez-Piñero Royo, 2002, p. 363, tenuto conto degli sviluppi più recenti del diritto comunitario e dell'emersione di tendenze regolative diverse rispetto al tradizionale intervento armonizzatore, la Direttiva n. 96/71 *sería una expresión de «Derecho Flexible», que se encuadraría en una línea de técnica armonizadora que a teni-do ya distintas manifestaciones. Las excepciones o particularidades no serían ya una concesión a los Estados, forzada su poder de veto en el Consejo, sino instrumentos de flexibilidad en la armonización comunitaria.* Al riguardo, sembra in realtà doversi piuttosto concordare con Serrano Olivares, 2002, p. 62, quando osserva che l'adozione come base giuridica degli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2), e 66 (oggi art. 55) del Trattato per l'approvazione della Direttiva, nonostante le sue previsioni siano essenzialmente di valenza sociale, *se debe al hecho de que se pretendió asegurar la adopción de la referida nor-*

Directive est plus, dan son esprit et dans son fondement, une directive économique qu'une directive sociale, même si l'un des ses objectifs est de protéger les travailleurs détachés, en les faisant bénéficier, à l'occasion de leur mobilité pour le compte de leur employeur, des dispositions essentielles du droit de travail du pays d'exécution de la prestation de services, lorsqu'elles lui sont favorables (7). Per contro, non pare da condividersi, quanto meno nella sua assolutezza, l'opinione secondo la quale la Direttiva ha la funzione di fondare un generale principio di parità tra lavoratori locali e lavoratori distaccati (8): ciò che si prefigge la normativa comunitaria è piuttosto – come chiaramente espresso in più parti di essa – assicurare una tendenziale parità di trattamento tra le imprese che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e quelle del paese ospitante (quanto meno con riferimento alle due ipotesi previste dall'art. 1, par. 3, lett. a e c: quella di cui alla lett. b è, come si vedrà, dotata di una propria peculiarità) (9); per quanto riguarda, invece, la parità tra lavoratori di-

ma comunitaria sin someter, por tanto, su aprobación al requisito de la unanimidad; ciò tenuto conto che, com'è noto, all'epoca della emanazione della Direttiva stessa (1996), le uniche direttive in materia sociale che potevano essere adottate dal Consiglio a maggioranza ex art. 118A del Trattato – con efficacia generale per tutti gli Stati membri – erano quelle in materia di salute e sicurezza del lavoro.

(7) Moreau, 1996, p. 890. Anche se poi la stessa Autrice rileva che *il est paradoxal de vouloir concilier la protection des travailleurs et la liberté économique* (sul punto in senso del tutto adesivo Orlandini, 1999, pp. 467-468). A tale obiezione pare congrua la risposta di Chieco, 2004, p. 63, il quale ha osservato che «il paradosso è solo apparente, in quanto l'imposizione di tali vincoli è la risposta comune e uniforme agli spazi che la Corte di Giustizia aveva aperto con la nota pronuncia *Rush Portuguesa*, riconoscendo che “il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro”. Ecco perché la Direttiva, pur essendo dichiaratamente espressione e strumento di promozione e tutela della concorrenza, di fatto introduce un sistema di regolamentazione delle condizioni d'impiego dei *posted workers*, fornendo così un esempio di come nell'economia della globalizzazione l'integrazione regionale dei mercati possa essere effettuata senza trascurarne le ricadute di carattere sociale». In senso analogo già Juárez Pérez, 1999, p. 1270, e Beltrán Miralles, 2000, p. 320.

Sul diretto e strettissimo rapporto tra le previsioni della Direttiva e la sentenza *Rush Portuguesa* si tornerà più ampiamente nel seguito (*infra*, par. 6, lett. b).

(8) Balandi, 1998, pp. 118 e 124; ma v. anche Chieco, 2004, pp. 63-64; Maretti, 2000b, pp. 1148-1149; Foglia, 2001, p. 806; Tosi, Lunardon, 2005, p. 180; Cremers, 2006, p. 172.

(9) Cfr. Art. 1, par. 4, e art. 3, par. 8, commi 3 e 4.

Altro discorso è se i meccanismi di tutela dei lavoratori distaccati imposti dalla Direttiva possano deprimere la libera circolazione dei servizi (cfr. Magnani, 1998, p.

staccati e lavoratori «autoctoni», essa è formalmente strumentale alla prima e, soprattutto, è (come si dirà tra breve) solo eventuale, sia perché l'estensione ai primi delle tutele del lavoro dei secondi – oltre a non interessare i distacchi di breve durata o per lavori di «scarsa entità» (10) – riguarda solo un limitato numero di materie (per le altre è meramente opzionale, e soprattutto condizionata), sia perché ai lavoratori distaccati è comunque garantita la conservazione dei trattamenti di miglior favore (11).

Quanto alla disciplina dettata dalla Direttiva, va detto anzitutto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, comma 1, gli Stati membri *devono* provvedere affinché le imprese rientranti nel suo campo di applicazione garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, *qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro* (12), «le condizioni di lavoro e di occupazione» fissate «da disposizioni di legge, regolamentari o amministrative», ovvero, nel solo settore delle costruzioni (e in particolare in relazione a una serie di attività di tale settore indicate in un allegato della Direttiva stessa), «da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del par. 8» (13), con riferimento a una lunga serie di materie, tra cui le tariffe minime salariali, i periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, la durata minima del-

89), o comunque legittimino le scelte protezionistiche degli Stati membri (Giesen, 2003, p. 144): indubbiamente queste critiche sono realistiche, ma d'altro canto è pur vero che la scelta politica che è alla base della Direttiva è quella di non assecondare una concorrenza fondata sul *dumping* sociale (v. Vicente Pachés, 2000, pp. 12-13). Scelta sulla cui efficacia, peraltro, taluno ha nutrito dubbi: Ojeda-Avilés, 1997, pp. 128-129, e alla cui effettiva (limitata) portata, dal punto di vista squisitamente giuridico, è dedicato, in buona sostanza questo scritto.

(10) Cfr. artt. 3, par. 2, 3, 4 e 5.

(11) Come rilevano d'altronde anche Balandi, 1998, p. 127, e Foglia, 2001, pp. 809-810; ma sul punto v. *infra*, nel testo.

(12) Comunque definita sulla base della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (su cui v. *infra*, par. 5): sul punto v. Rico Letosa, 2002, p. 46.

(13) Ai sensi del par. 8, «per contratti collettivi o arbitrati di applicazione generale si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate»; in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi o arbitrati, gli Stati membri possono avvalersi, alternativamente, di contratti collettivi (o arbitrati) che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nello stesso territorio e nella categoria interessata, ovvero di contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che sia assicurata la parità di trattamento con le altre imprese che si trovano in posizione analoga.

le ferie annuali ecc. (quest'insieme di materie viene definito dal *Considerandum* n. 13 della stessa Direttiva come un «nucleo di norme vincolanti», e dal *Considerandum* 14 come un «“nocciolo duro” di norme protettive»).

In forza, inoltre, dell'art. 3, par. 10, gli Stati membri *possono*, nel rispetto del Trattato, imporre «alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati, in pari misura:

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al par. 1, comma 1, del presente articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;

- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato».

Invece, in forza dell'art. 3, par. 9, nello specifico caso di somministrazione transnazionale di lavoratori lo Stato membro di accoglienza può prevedere che siano a essi applicabili le stesse condizioni applicate ai lavoratori temporanei interni.

E infine, mentre ai sensi dell'art. 1, par. 4, «le imprese stabilite in uno Stato membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato membro», reciprocamente, in base all'art. 3, par. 7, l'*obbligo* di estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione da parte dello Stato ospitante la prestazione di servizi non osta all'applicazione di condizioni «che siano più favorevoli ai lavoratori» (14) (cfr. anche *Considerandum* n. 17) – evidentemente, quelle dello Stato membro di provenienza (15) –; una previsione, questa, che secondo un autore e-

(14) È da segnalare che il richiamo, da parte del par. 7, dei parr. 1-6 parrebbe ridurre la previsione alle sole materie per le quali è prevista l'estensione obbligatoria. Ma, data l'irrazionalità di questa soluzione interpretativa (non si capisce perché il lavoratore distaccato dovrebbe soffrire di un trattamento peggiorativo nel caso di estensione della disciplina relativa a materie ulteriori rispetto a quelle del «nucleo duro» di cui all'art. 3, par. 1), sembra doversi ritenere che il principio abbia portata generale.

(15) Si v. sul punto Foglia, 2001, p. 809; Carabelli, Leccese, 2005, p. 565; García Ninet, Vicente Palacio, 2000, p. 25.

In realtà la formulazione dell'art. 3, par. 7, è talmente generica che parrebbe consentire un'interpretazione riguardante anche normative del paese di accoglienza più favorevoli: ma, a parte l'irragionevolezza (perché il paese ospitante dovrebbe prevedere normative di miglior favore per il lavoratori distaccati?), e in fin dei conti la contrarietà al Trattato (ci sarebbe una discriminazione nei confronti delle imprese distaccanti, e quindi una violazione della loro libertà di servizi) di questa interpretazione, induce a

sprimerebbe, in fin dei conti, il *criterio determinante de la ley aplicable al trabajador desplazado* (16).

2. — *Alcuni problemi interpretativi relativi al suo ambito di applicazione* — In via preliminare conviene sgombrare il campo da alcuni dubbi sollevati dalla normativa comunitaria nella parte relativa alla delimitazione del suo campo di applicazione, con riferimento in particolare alla definizione delle fattispecie rilevanti.

a) Tra questi dubbi, quello che balza subito in evidenza già a una prima lettura è che il requisito della *temporaneità* è riferito al distacco

optare per una portata limitata della disposizione – e dunque per la soluzione di cui in testo – anche la formulazione (solo) un po' meno ambigua del *Considerandum* n. 17.

(16) Così Beltrán Miralles, 2000, p. 326; v. anche Juárez Pérez, 1999, p. 1276, e Rodríguez-Piñero Royo, 2002, p. 360. È bene sottolineare, comunque, che, nel caso vi siano alcuni trattamenti di miglior favore assicurati nel paese di insediamento dell'impresa che effettua la prestazione di servizi transnazionale tramite il distacco, quest'ultima si troverà, sul piano delle tutele del lavoro, in una situazione svantaggiata rispetto alle imprese che operano nell'altro Stato membro, dato che si verificherebbe un effetto cumulativo a loro danno: così con chiarezza Davies, 1997, p. 585.

Resta poi aperto il problema del metodo della comparazione dei trattamenti (evidentemente affidata, in ultima analisi, al magistrato), sul quale v. in particolare Beltrán Miralles, 2000, pp. 327 ss.; Serrano Olivares, 2002, pp. 668 ss.; Rico Letosa, 2002, p. 46; Esteban De La Rosa, Molina Navarrete, 2002, pp. 152 ss. (i quali ultimi affermano, in particolare, che si è in presenza di una tecnica di *remisión material*, la quale consiste nel prendere dall'ordinamento in cui viene esercitata temporaneamente la prestazione la *regulación de determinadas cuestiones, para, a través de la comparación con las soluciones que otorga el sistema jurídico que rige el contrato de trabajo, otorgar la respuesta final más favorable para el trabajador*).

È ancora da segnalare, infine, che il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale nei termini appena indicati non solleva problemi di sovrapposizione con la libertà di circolazione dei lavoratori, come ancora di recente precisato nella recente Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni su «L'applicazione della Direttiva n. 96/71/Ce negli Stati membri», 25 luglio 2003, COM (2003) 458 definitivo: «a tale proposito la Corte ha sottolineato che, a differenza dei lavoratori migranti, i lavoratori distaccati nel contesto della prestazione di servizi tornano nel paese di origine dopo aver svolto le loro funzioni, senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante»: v. al riguardo *Rush Portuguesa* C-113/89 del 27 marzo 1990 (punto 15), *Vander Elst* C-43/93 del 9 agosto 1994 (punto 21), *Finalarte* Cause riunite C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98 (punto 22), *Commissione c/Granducato di Lussemburgo* C-445/03 del 21 ottobre 2004. In dottrina Vicente Pachés, 2000, p. 12; Casas Baamonde, 2002, pp. 7-8; Rico Letosa, 2002, pp. 38-39; Pallini, 2006a, p. 274, e Idem, 2006b, p. 244.

del lavoratore e non alla prestazione di servizi nel cui «quadro» avviene il distacco (17). Infatti, l'art. 2, par. 1, stabilisce che «ai fini della presente Direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, *per un periodo limitato*, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente»; laddove né all'art. 1, par. 1, sopra citato, né al par. 3, lett. *a*, *b*, e *c*, dello stesso articolo (dove si definiscono puntualmente le tre ipotesi di distacco rilevanti ai fini della Direttiva) si fa alcun riferimento alla natura temporanea o meno della prestazione di servizi, ma solo, appunto, alla temporaneità del distacco. Tanto meno nei *Consideranda* introduttivi si rinviene alcun riferimento alla natura temporanea della prestazione di servizi (cfr. i *Consideranda* nn. 3, 4, 8, 12, 13, 14).

D'altro canto, questo connotato non deriva neppure in via, per così dire, diretta e automatica dalla *natura* della prestazione medesima, quale risultante dalle tre ipotesi legali. E infatti nell'ipotesi definita dalla predetta lett. *a* nulla si dice in ordine alla durata del vincolo giuridico (di effettuare la prestazione di servizi) derivante dal contratto (evidentemente di tipo commerciale) intercorrente tra il prestatore e il destinatario dei servizi (18). E analoga considerazione vale per l'ipotesi di cui alla lett. *c*, con riferimento al contratto che lega l'impresa all'utilizzatore, sulla cui base avviene poi il distacco transnazionale del lavoratore. Nell'un caso e nell'altro, insomma, a prima vista, non sembrerebbe da escludere l'eventualità che il contratto di prestazione di servizi, ovvero, in particolare, quello di fornitura di lavoro, possano essere di durata indeterminata, mentre sicuramente carattere *temporaneo* – e dunque a termine – dovrebbe avere il distacco del lavoratore che avvenga nell'ambito di tali contratti.

Invece, per l'ipotesi *sub b* il problema sembrerebbe non porsi nemmeno, in quanto parrebbe addirittura dubbia l'esistenza di un contratto tra le due imprese come base giuridica del distacco; in relazione a ta-

(17) Ha rilevato subito questo aspetto Moreau, 1996, p. 893. La genericità del requisito della temporaneità esclude la predeterminabilità di una durata massima (cfr. Rico Letosa, 2002, p. 44); e il problema è strettamente collegato a quello della non predeterminabilità della (necessaria) temporaneità della prestazione di servizi transnazionale: v. *infra*, nel testo.

(18) Sulla necessità della presenza di un contratto si v. anche il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

le ipotesi, in altre parole, ciò che rileva in via diretta è proprio e soltanto la temporaneità del distacco del lavoratore presso l'altra impresa del gruppo.

In realtà, è nel Trattato Ce che si trova una precisa risposta all'interrogativo da cui siamo partiti. Dopo aver sancito, all'art. 49, la libertà di prestazione dei servizi, il Trattato stesso, all'art. 50, ai commi 1 e 2, passa a definire cosa debba intendersi per «servizi» in ambito comunitario, per poi sancire, al comma 3 che, «senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione delle sua prestazione, esercitare, *a titolo temporaneo*, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini». La prestazione di servizi (transnazionale) per la quale il Trattato garantisce la piena libertà di circolazione, insomma, è quella esercitata «a titolo temporaneo», quale connotato determinante al fine di evitare sovrapposizioni con la libertà *di stabilimento*, parimenti sancita dal Trattato, ma agli artt. 43 ss. La presenza di un vincolo giuridico di durata indeterminata, e dunque non temporaneo, a effettuare una prestazione di servizi in altro Stato membro, in altre parole, sembrerebbe imporre – secondo il diritto comunitario – il trasferimento della concreta fattispecie nell'ambito di una diversa libertà economica, soggetta, evidentemente, a differenti regole e garanzie (19).

Di questo si può d'altronde trovare conferma in una recente decisione della Corte di Giustizia, nella quale, con uno sforzo argomentativo apprezzabile, la Corte stessa ha offerto un'importante chiarificazione per la distinzione tra le due dimensioni giuridiche rilevanti ai fini dell'esercizio di attività economiche in ambito comunitario (libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi), pur sollevando nel contempo preoccupazioni di non poco momento (20).

(19) Per un cenno in questa prospettiva, si v. Foglia, 2001, p. 806.

(20) È bene ricordare che, sotto il diverso ma in qualche misura connesso profilo della residenza e della sede, già da lungo tempo la Corte ha affermato che per effetto della libertà di prestazione dei servizi garantita dal Trattato «uno Stato non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in altro Stato membro» (*Van Binsbergen* C-33/74, del 3 dicembre 1974, punto n. 17); una posizione successivamente confermata e perfezionata in una serie di sentenze, in cui si è sottolineato che prescrivere a un'impresa l'obbligo di avere una sede nello Stato membro in cui presta il servizio «costituisce di fatto la negazione stessa della libera prestazione di servizi», onde si tratta «di un requisito che va ben oltre quanto necessario per giustificare l'obiettivo di tutela dei lavoratori» (su quest'ultima affermazione come parte del cd. *test* di pro-

In effetti, nella sentenza relativa al caso *Schnitzer* (C-215/01, dell'11 dicembre 2003), la Corte, investita, sia pure in via mediata, della questione relativa al criterio sulla base del quale stabilire il limite temporale massimo entro il quale l'esercizio di un'attività di prestazione di servizi transnazionale può considerarsi effettuato «a titolo temporaneo», ha affermato (riprendendo, precisando e sviluppando quanto già affermato in altre due precedenti sentenze) (21) che «nella nozione di "servizio" ai sensi del Trattato possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio» ovvero per «le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione» (punto 30). D'altronde, argomenta la Corte, «il carattere temporaneo dell'attività del prestatore nello Stato membro ospitante dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa», e «non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi» (punto 28). In questo la situazione differirebbe «da quella di un cittadino di uno Stato membro che esercita in maniera stabile e continuativa un'attività professionale in un altro Stato membro da un domicilio professionale in cui offre i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'ultimo Stato membro», la quale rientra invece «nelle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non in quello relativo ai servizi» (punto 29). Né, per altro verso, conclude la Corte, è possibile rinvenire in nessuna disposizione del Trattato un criterio «per determinare, in maniera astratta,

pozionalità v. *infra*, par. 3, lett. a) (*Commissione c. Repubblica italiana* C-279/00, del 7 febbraio 2002, dove i richiami di tutti i precedenti).

(21) *Gebhard* C-55/94, 30 novembre 1995, punti 27 e 28; *Commissione c. Italia* C-131/01, 13 febbraio 2003, punto 22. V. anche la Comunicazione della Commissione (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*), del 4 aprile 2006, COM (2006) 159, par. 2.1, lett. a.

In dottrina v. Casas Baamonde, 2002, pp. 5-6; Giesen, 2003, pp. 154-155, e Pallini, 2006b, p. 240. *Adde* Maretti, 2000a, p. 223.

la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato» (punto 31); di modo che «il solo fatto che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisca servizi identici o simili in modo più o meno frequente o regolare in un altro Stato membro senza che disponga ivi di un'infrastruttura che gli consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività professionale e di offrire a partire dalla detta infrastruttura i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'altro Stato membro, non è sufficiente a considerarlo stabilito in tale Stato membro» (punto 32) (22).

Riflettendo su queste organiche argomentazioni, se, da un lato, si può trovare evidente conferma di quanto sopra sostenuto, circa la natura necessariamente temporanea dell'attività di prestazione di servizi transnazionale rilevante ai fini dell'esercizio della libertà comunitaria di prestazione dei servizi (23), dall'altro lato si ricava una forte sensazione di insicurezza derivante dall'assenza di un criterio preciso sulla base del quale definire la predetta temporaneità (24). Il che, assume, nell'ambito della riflessione qui in corso, un rilievo del tutto peculiare, dato che tale requisito, oltre a essere essenziale ai fini della ricorrenza di una situazione riconducibile alla libertà di prestazione di cui all'art. 49 del Trattato, costituisce, in realtà, anche il presupposto per l'applicazione della Direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori, dovendo quest'ultimo avvenire, come detto, «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale» (25). La questione dell'incertezza del confine della temporaneità, insomma, non è di poco momento, in quanto il confine tra temporaneità e stabilità dell'esercizio di un'attività in altro Stato membro è determinante, come ha lasciato intendere la Corte di Giustizia, ai fini della trasmutazione di una determinata fattispecie dall'area della libertà di prestazione dei servi-

(22) Sulla definizione (per così dire, reciproca) della nozione di stabilimento, si v. *infra*, par. 6.

È da segnalare che le posizioni espresse dalla Corte in questa sentenza sono state riprese integralmente dal *Considerandum* n. 77 della Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15 novembre 2006 e dal Consiglio l'8 gennaio 2006, su cui v. *infra*, par. 9).

(23) Anche con gli opportuni riferimenti al Trattato, ha segnalato questo aspetto, già all'epoca della sentenza *Gebhart*, Bano, 2001, pp. 10-11.

(24) Sottolinea questo aspetto Pallini, 2006c, par. 4.

(25) Si potrebbe, insomma, dire che la temporaneità della prestazione di servizi transnazionali deriva da una precisa ragione di diritto comunitario «esterna» alla medesima Direttiva, in quanto direttamente risalente al Trattato Ce.

zi, di cui agli artt. 49 ss. del Trattato – nel cui ambito, poi, è destinata a operare, entro il proprio campo di applicazione (v. *infra*), la normativa della Direttiva n. 96/71, in relazione alle tutele del lavoro –, all'area della libertà di stabilimento, di cui agli artt. 43 ss. del Trattato – rispetto al quale vige per converso la regola generale fissata da questo stesso articolo, al suo comma 2, secondo il quale la «libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio [...] alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini», ivi comprese, dunque, (tutte) quelle relative alle condizioni di lavoro e occupazione (26).

Ciò detto, è da ribadire ancora una volta che la temporaneità della prestazione di servizi va comunque tenuta distinta dalla *temporaneità* del distacco, la quale, tra l'altro, potrebbe coincidere o meno con la prima: basti pensare che a fronte di un contratto commerciale per la prestazione di servizi o per la fornitura di lavoratori avente durata determinata, vi potrebbero essere distacchi di lavoratori di durata coincidente con quella, ma anche più breve (ovviamente non superiore) (27).

b) Le considerazioni appena sviluppate consentono di individuare un ulteriore punto di sofferenza della normativa comunitaria, dato che da esse traspare con evidenza come le tre ipotesi di distacco di lavoratori non abbiano affatto caratteristiche omologhe.

Mentre, infatti, nell'ipotesi di cui alla lett. *a* la prestazione di servizi presa in considerazione è l'attività produttiva svolta direttamente all'estero dal soggetto distaccante (cioè dal datore di lavoro del lavoratore distaccato) nell'esecuzione di un contratto per la prestazione di servizi transnazionale, nelle altre due ipotesi la prestazione di servizi transnazionale è in realtà costituita dal distacco del lavoratore in sé considerato.

Ciò, peraltro, a prima vista, parrebbe essere in contraddizione con la norma dell'art. 1, comma 1, la quale, come si è detto, si riferisce a un distacco che avvenga «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale». Questa espressione sembrerebbe, infatti, intendere il distacco co-

(26) In questo senso si v. anche il *Rapport des Services de la Commission sur la mise en oeuvre de la directive 96/71/Ce concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, del 4 aprile 2006, SEC (2006) 439, par. 3.1 e 4.4.

(27) Nel caso, invece, di distacco temporaneo presso uno stabilimento dell'impresa o presso altra impresa del gruppo aventi sede in altro Stato membro, la temporaneità del distacco resta del tutto indeterminata, onde la ricorrenza dell'ipotesi legale di prestazione di servizi resta sostanzialmente affidata alla valutazione discrezionale dei giudici (cfr. Lhernould, 2005, p. 1195).

me un elemento per così dire «esterno» alla prestazione di servizi in sé considerata (28), nel senso che la prestazione di servizi rilevante per il legislatore comunitario risulterebbe essere l'attività economica effettuata dal concreto utilizzatore dei lavoratori distaccati (anche) per il tramite degli stessi; di modo che, mentre l'ipotesi della lett. *a* sarebbe automaticamente aderente a questa definizione, non altrettanto potrebbe dirsi per le altre due: esse, infatti, potrebbero ritenersi assoggettate alla normativa della Direttiva *solo* se l'utilizzatore dei lavoratori distaccati fosse a sua volta impegnato in una prestazione di servizi transnazionale. Ci sembra, tuttavia, che la predetta espressione possa essere interpretata in senso lato, attribuendo a essa il più generico significato di «svolgendo» o «attuando» una prestazione di servizi transnazionale: in tal modo, sia pure con una certa dose di buona volontà, è possibile ritenere come prestazione di servizi transnazionale il distacco dei lavoratori in sé considerato, diventando così irrilevante l'impiego che di essi viene effettuato dal concreto utilizzatore. E d'altronde nel senso dell'interpretazione indicata pare in effetti esprimersi il *Considerandum* n. 4 della Direttiva (29).

Soffermandoci, inoltre, proprio sulle due ipotesi di distacco previste dalle lett. *c* e *b*, va segnalato che, mentre nel primo caso tra l'impresa di lavoro interinale, o che effettua la cessione temporanea di lavoratori, e l'utilizzatore sussiste necessariamente un rapporto contrattuale di tipo commerciale sulla cui base avviene la somministrazione o cessione temporanea del lavoratore, nel secondo pare assente un rapporto contrattuale, quanto meno *di questo tipo* (30). Per contro entrambe queste ipotesi sono caratterizzate dal fatto che il lavoratore risulta «distaccato» non solo nel senso che il luogo della prestazione di lavoro è diverso da quello in cui ha la propria sede giuridica il prestatore di servizi/datore di lavoro, ma anche nel senso che quest'ultimo non è colui che gode in via diretta dell'attività del lavoratore distaccato (come nell'ipotesi della lett. *a*): tale è, invece, nel primo caso l'utilizzatore del lavoratore sommini-

(28) Si tratta di una interpretazione alla quale anche le istituzioni comunitarie non sono talora rimaste insensibili.

(29) Si v. anche sul punto Moreau, 1996, p. 894.

(30) Il giurista italiano non deve farsi condizionare dal fatto che il nostro ordinamento interno permette, al di fuori della somministrazione, solo la forma del distacco nell'interesse dell'assuntore di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003 – su cui si tornerà tra breve – dato che, in linea di principio, in altri ordinamenti stranieri potrebbero essere ammesse forme di distacco del lavoratore presso altre imprese del gruppo sulla base di relazioni di tipo contrattuale diverse dalla somministrazione.

strato (o temporaneamente ceduto) e, nel secondo caso, lo stabilimento o l'impresa del gruppo insediata nello Stato membro di destinazione, presso la quale viene temporaneamente distaccato il lavoratore.

Ancora ragionando sulla fattispecie di cui alla lett. *b*, non si può, infine, tacere un certo «imbarazzo» che deriva dall'inclusione, tra le ipotesi assoggettate alla disciplina della Direttiva, di quella del distacco temporaneo di lavoratori presso uno stabilimento della stessa impresa distaccante insediato in altro Stato membro, ovvero presso altre imprese del gruppo, il quale, in verità, solo con molta buona volontà appare riconducibile a una «prestazione di servizi». Qui non c'è, infatti, un prestatore di servizi che, come invece avviene nel caso dell'impresa interinale o che esercita la cessione di lavoratori, svolge *professionalmente* una siffatta attività, bensì un operatore economico che esercita abitualmente un'attività produttiva qualsivoglia, ma che, per ragioni che la Direttiva ritiene indifferenti (anche su questo aspetto si tornerà tra breve) – e che, come accennato, non pare debbano necessariamente consistere in obbligazioni derivanti da un contratto commerciale – effettua il distacco temporaneo di uno o più dei suoi dipendenti in un diverso Stato membro, presso altro stabilimento della propria impresa ovvero in un'altra impresa del gruppo cui egli stesso appartiene. E questo distacco, pur se del tutto occasionale rispetto all'attività produttiva svolta normalmente dall'operatore medesimo, viene tuttavia considerato come prestazione di servizi ai fini della inclusione della fattispecie nell'ambito del campo di applicazione della Direttiva stessa.

Anche in questo caso, a prima vista, parrebbe esservi un contrasto con l'art. 50 del Trattato Ce, il quale stabilisce al par. 1 che «ai sensi del presente Trattato sono considerate come servizi le prestazioni fornite *normalmente* dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone», precisando al par. 2 che «i servizi comprendono *in particolare* a) attività di carattere industriale, b) attività di carattere commerciale, c) attività artigiane, d) attività delle libere professioni». In realtà – a meno di voler sostenere, con una forzatura del dettato della Direttiva, che la lett. *b* rappresenta una sorta di eccezione alla nozione generale di prestazione di servizi (31) – si può ritenere che le parole «normalmente» e

(31) Cfr. Magnani, 1998, p. 89, la quale afferma genericamente che «qui l'appartenenza al medesimo gruppo sostituisce l'esistenza di un formale contratto di prestazione di servizi».

«in particolare» consentono un'interpretazione estensiva che includa nell'ambito del concetto comunitario di «prestazione di servizi», accanto alle due ipotesi di cui alle lett. *a* e *c*, senz'altro più aderenti alla definizione dell'art. 50, anche il distacco presso altre imprese (32). E d'altronde non ci si deve meravigliare troppo di questa scelta del legislatore comunitario: le esigenze di tutela del lavoratore, comunque fatte proprie dalla Direttiva, hanno chiaramente prevalso sulla sistematicità dell'impianto della Direttiva.

c) Sempre concentrandoci sulle tre ipotesi di distacco transnazionale previste dalla Direttiva, merita di essere segnalato un altro aspetto significativo dell'ipotesi prevista alla lett. *a*.

Premettiamo che l'effettuazione in via temporanea della prestazione di servizi in altro Stato membro non può essere sempre e automaticamente inquadrata come una ipotesi di modificazione temporanea del luogo in cui è abitualmente esercitata l'attività dell'operatore economico interessato: quest'ultimo, infatti, potrebbe essere abitualmente intento a prestare servizi sui territori di una pluralità di Stati diversi da quello di insediamento (dove ad esempio svolge soltanto le funzioni generali di coordinamento e organizzazione) (33).

Ma quel che più interessa in questa sede è che, esaminando il distacco dei lavoratori nella predetta ipotesi *sub a* – la cui specificità sta, in verità, nel (solo) fatto che la prestazione in adempimento dell'obbligazione lavorativa viene effettuata nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è insediato giuridicamente il datore di lavoro, ma pur sempre in suo favore e sotto il suo potere direttivo (34) – va sottolineato che la sua temporaneità non deve indurci a ricondurlo *automatica-*

(32) Si tenga presente, peraltro, che l'altra posizione non consentirebbe di ricondurre nell'ambito della libera prestazione di servizi i distacchi di lavoratori presso imprese di altri Stati membri non facenti parte di un gruppo. Il che, invece, è reso possibile dall'interpretazione di cui in testo: sul punto v. *infra*.

(33) Pur se la previsione della Direttiva sembrerebbe in linea generale presupporre *que l'activité s'effectue habituellement sur un territoire depuis lequel il y a détachement* (Rodière 2002, p. 549), non si è tuttavia in presenza di un vincolo in tal senso; e anche da questa lacuna sorge il problema delle cd. *entreprises «boîte aux lettres»*: v. *infra*, par. 7.

A questo riguardo merita di essere segnalato che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, «la presente Direttiva non si applica alle imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante».

(34) Cfr. Balandi, 1998, p. 123.

mente all'istituto della «trasferta» (intesa come modificazione temporanea del luogo della prestazione del lavoratore, *tramite* esercizio del potere direttivo) (35). Vi potrebbero essere, infatti, casi in cui il lavoratore sia stato assunto a tempo determinato proprio in funzione della temporaneità della prestazione di servizi che l'impresa datrice deve effettuare sul territorio dell'altro paese membro, onde ciò che viene definito dalla Direttiva come «distacco» è in realtà configurabile come l'invio presso il luogo «unico» in cui il lavoratore dovrà assolvere la sua obbligazione lavorativa per tutta la durata del rapporto a termine. A parte il fatto che un lavoratore sarebbe da considerare in trasferta anche se inviato a lavorare all'estero dal proprio datore di lavoro (nell'interesse di quest'ultimo e sotto la sua direzione), ma al di fuori di un contratto commerciale per una prestazione di servizi transnazionale, onde non si sarebbe di fronte a un'ipotesi di distacco rilevante per la normativa comunitaria (36).

Per il vero va notato che l'art. 2, par. 1, della Direttiva stabilisce che «per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora *abituamente*» (cfr. anche il *Considerandum* n. 3); ma ad avviso di chi scrive non sembra che tale de-

(35) Parla di trasferta Galantino, 2005, p. 119.

(36) In tal senso v. Davies, 1997, p. 576, il quale fa l'esempio dei *commercial travellers, tour operators representatives sent to a resort to deal with the operator's clients and, presumably, truck delivering good to a customers in another Member State*. V. anche Moreau, 1996, p. 894; Magnani, 1998, p. 89; Foglia, 2001, p. 808; Serrano Olivares, 2002, p. 75.

Si precisa che dagli atti relativi al processo di approvazione della Direttiva risulta che in data 20 settembre 1996, nell'ambito delle *Déclarations à inscrire au procès verbal du Conseil* (100048/96 Limite SOC 264 CODEC 550), il Consiglio e la Commissione hanno dichiarato che *les situations suivantes ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 1er, paragraphe 3, point a)*:

– *les travailleurs qui exercent normalement une activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres et qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant pour son propre compte et à titre professionnel des transports internationaux de personnes ou de marchandises par voie ferroviaire, routière aérienne ou batelière,*

– *le travailleur qui fait partie du personnel mobile d'une entreprise de presse, de radiotélévision ou de spectacle, effectuant pour son propre compte et à titre temporaire des activités qui lui sont propres sur le territoire d'un autre État membre.*

Queste affermazioni sono state inoltre riprese letteralmente nel *Rapport du groupe d'expert nationaux ecc.*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

A parte il personale navigante delle imprese della marina mercantile, di cui si è detto anche *supra* a nota n. 32, per le ulteriori esplicite esclusioni previste dagli artt. 3, parr. 2, 3, 4 e 5, si v. ancora Davies, 1997, pp. 583-584.

finizione possa essere interpretata in senso restrittivo, in modo da escludere quei lavoratori che, appunto, siano assunti a termine dal prestatore di servizi (ovviamente nel rispetto della normativa nazionale in materia di lavoro a tempo determinato) per essere inviati a lavorare sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di assunzione. Ciò sembra confermato dal fatto che nel caso del lavoro interinale (o della cessione temporanea), il lavoratore è normalmente assunto a termine proprio per l'effettuazione della missione (nel caso di specie in territorio straniero). D'altro canto, il prezzo di una interpretazione letterale dell'(infelice) espressione adottata dal legislatore comunitario sarebbe, paradossalmente, non certo l'impossibilità di inviare all'estero tali lavoratori, ma la loro sottrazione al sistema di tutele fissate dalla Direttiva stessa (37).

d) Un'ulteriore incertezza interpretativa di carattere generale riguarda, infine, più specificamente, il rapporto tra la nozione comunitaria di distacco del lavoratore, quale emergente dall'art. 1, par. 3 della Direttiva, e quella fatta propria dal diritto interno italiano, oggi contenuta nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, di riforma del mercato del lavoro, in base al quale «l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa» (38).

Orbene, non ci vuol molto a notare come le due nozioni non siano affatto coincidenti, e come un'eventuale sovrapposizione potrebbe aversi solo in relazione all'ipotesi definita dalla lett. *b* della disposizione comunitaria. È bene, tuttavia, segnalare subito che, sia pure entro questi limiti, la sovrapposizione è comunque solo parziale, poiché mentre la norma comunitaria fa riferimento al distacco presso uno stabilimento dell'impresa distaccante o presso un'impresa appartenente al

(37) Per completezza va ancora notato come, anche in presenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato del lavoratore distaccato, potrebbe non essere stato predeterminato un luogo unico (abituale) in cui egli deve effettuare la sua prestazione di lavoro, dovendo quest'ultimo essere individuato volta a volta, a seconda dell'attività produttiva che il prestatore di servizi deve svolgere. Anche in tal caso, dunque, non si sarebbe in presenza di una «trasferta» (nel senso di cui in testo), ma ancora una volta del semplice adempimento dell'obbligazione lavorativa nel luogo concretamente individuato dal datore di lavoro nell'esercizio del potere derivantegli dalla specifica clausola contrattuale.

(38) Per quanto riguarda la riflessione della dottrina italiana su questa disposizione, si rinvia alla bibliografia generale riportata in Ghera, 2006, p. 500.

gruppo, quella dell'ordinamento italiano non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento (laddove, per contro, in via amministrativa è stato chiarito che il requisito del «proprio interesse» deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra imprese di uno stesso gruppo, nel senso che la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di soddisfare – ovvero «assorbire» – quel requisito) (39). Si tratta di una differenza particolarmente interessante, dato che, in verità, nel progetto originario della Direttiva sul distacco, quale risultante dalla proposta della Commissione del 15 giugno 1993, non vi era alcun riferimento al fatto che il distacco dovesse avvenire presso un proprio stabilimento ovvero in un'impresa del gruppo insediati in altro Stato membro, il quale è stato introdotto dal Consiglio nella fase di discussione finale; per effetto di questa modifica, il distacco di lavoratori dipendenti da un'impresa di uno Stato membro presso un'altra impresa insediata in altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno «di gruppo», non rientra nel campo di applicazione della Direttiva (40). Sul punto si tornerà ancora più avanti (v. par. 7), ma è opportuno segnalare sin d'ora come si sia in presenza di un'esclusione potenzialmente assai pericolosa rispetto al problema della tutela di quei lavoratori: basti pensare che nell'*Explanatory Memorandum* predisposto dalla Commissione per la presentazione della originaria proposta di Direttiva del 1° agosto 1991 (41), con riferimento all'ipotesi delle «*undertakings which place a worker with one of their establishments or with another undertaking whether an associated undertaking or not, established in another Member State to carry out temporary work*», si sottolineava l'importanza fondamentale della medesima, dato che la sua mancanza avrebbe potuto *make the whole Directive meaningless* (punto 20).

Vi è peraltro un altro elemento differenziale che emerge dal confronto tra le due nozioni: la Direttiva non richiede formalmente che

(39) Cfr. le Circolari Ministeriali nn. 3/2004 del 15 gennaio 2004 e 28/2005 del 24 giugno 2005.

(40) V. sul punto Esposito, 2002, p. 67, e Carabelli, Leccese, 2005, pp. 565-566.

Nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, lett. b, si precisa che *le group a convenu que l'article premier, paragraphe 3, point b), devait être interprété au sens large et couvrait deux situations: a) détachement dans un établissement situé dans un autre État membre et b) détachement dans une entreprise appartenant à un groupe d'entreprises*.

(41) COM (91) 230 final – SYN 346.

l'impresa distaccante soddisfi, tramite il distacco, «un proprio interesse»; né la necessaria presenza di un siffatto elemento caratterizzante della fattispecie può essere ricavata in via interpretativa dalla normativa comunitaria (42). Il problema che si pone con riferimento ai casi di potenziale sovrapposizione delle due nozioni (quelli di distacco tra due imprese del gruppo) è dunque duplice: un'impresa insediata in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso un'impresa del gruppo insediata in altro Stato membro deve necessariamente rispettare la condizione posta dall'art. 30 del d.lgs. n 276, o ne è esonerata dalla presenza della generica previsione della Direttiva, nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applicherà comunque la normativa di tutela dello Stato membro ospitante? Il legislatore italiano può richiedere all'impresa di altro paese membro che intenda distaccare un proprio lavoratore presso altra impresa del gruppo *insediata* in Italia la condizione di avere un «proprio interesse» al distacco?

Preliminarmente va notato che il problema – il quale va collocato direttamente sul piano del rapporto con la libertà di prestazione dei servizi sancita dall'art. 49 del Trattato – si pone, in realtà, nei medesimi termini anche nei casi di distacco che avvenga presso un'impresa insediata in altro Stato membro non appartenente al gruppo; fattispecie che, come appena visto, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva (e quindi è sottratta alla sua specifica disciplina), ma che certo non è impedita dalla sua presenza. La Direttiva, infatti, nel definire l'ipotesi di distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. *b*, non ha inteso individuare l'unica fattispecie di distacco transnazionale consentita in ambito comunitario (43), ma soltanto fissare il proprio campo di applicazione, vincolando gli Stati membri, nei quali sono insediate le imprese utilizzatrici del lavoratore distaccato (ove appartenenti al medesimo gruppo di quella distaccante) a regolare la fattispecie nei termini

(42) Foglia, 2001, p. 808, deriva la presenza dell'interesse proprio del distaccante dal fatto che la Direttiva richiede in tutte e tre le ipotesi di cui all'art. 1, comma 3, che per tutta la durata del distacco il rapporto di lavoro continui a rimanere in piedi. Il fatto è che la sufficienza di questo elemento al fine di rinvenire l'interesse proprio del distaccante, se è ovviamente implicito nelle ipotesi *sub a e c*, non lo è affatto nell'ipotesi *sub b*, cioè proprio quella di cui si discute in testo e che può avere contatti con la nozione italiana di distacco: altrimenti non si sarebbe mai avuta la giurisprudenza italiana in materia di distacco...

(43) Cfr. in senso analogo Lhernould, 2005, p. 1195, il quale giustamente precisa che le altre situazioni non previste dalla Direttiva *relèvent tout naturellement des dispositions du traité sur la libre prestation des services*.

sopra descritti (obbligo di estendere le tutele del lavoro riguardanti una serie di materie, possibilità di estenderne altre, ma condizionata all'esistenza del requisito dell'ordine pubblico). La Direttiva, in altre parole, si è posta l'obiettivo (soprattutto, ma non solo: esistono nella Direttiva anche disposizioni con funzione direttamente regolativa, quali quelle contenute negli artt. 4 e 5) di dettare agli Stati membri le regole sulla cui base selezionare la normativa applicabile alle tre fattispecie di distacco contemplate (44).

Ciò detto, passando a esaminare il primo dei due interrogativi sopra posti, va segnalato che la Corte, nella sentenza relativa al caso *Peralta* (1994), ha dato risposta negativa ad analogo problema giuridico (benché attinente a tutt'altra situazione), ritenendo che non contrasta con il Trattato il divieto di svolgimento di una determinata prestazione di servizi quale lo scarico di sostanze chimiche nocive, da parte di un'impresa insediata in uno Stato membro, tanto in zone marine di quest'ultimo, quanto in zone marine di altro Stato membro, dato che tale divieto «non deriva dalla normativa di uno Stato membro sul cui territorio viene eseguita una prestazione di trasporto, ma dalla normativa dello Stato membro in cui l'impresa ha fatto immatricolare la nave comandata dall'interessato e in cui essa è stabilita» e poiché esso «si applica obiettivamente a tutte le navi senza distinzione, sia che esse effettuino trasporti interni all'Italia sia che effettuino trasporti a destinazione degli altri Stati membri» (45).

Ma soprattutto, tenuto conto del fatto che la norma che fissa il limite di cui si discute (la necessaria presenza di un interesse proprio dell'impresa distaccante) può essere piuttosto considerata come una disposizione posta a tutela dei lavoratori, va sottolineato che, al momento, non risulta che la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia mai dato spazio alcuno alle proteste di operatori interni i quali lamentavano che i vincoli imposti dalla normativa di tutela del lavoro prevista dallo Stato membro in cui erano insediati, nonostante fosse-

(44) *V. supra*, testo e nota n. 6.

(45) *Peralta* C-379/92 del 14 luglio 1994, punti nn. 49-54. Diverso il caso *Alpine* C-384/1993 del 10 maggio 1995, in cui la Corte, adita da un operatore interno di uno Stato membro, ha ritenuto in violazione dell'art. 59 (oggi art. 49) del Trattato una normativa di quello Stato che vietava «ai prestatori di servizi stabiliti sul suo territorio di rivolgere chiamate telefoniche non richieste a potenziali clienti stabiliti in altri Stati membri allo scopo di offrire i propri servizi», dove evidentemente il divieto non operava per le telefonate interne del medesimo tipo.

ro applicabili senza alcuna discriminazione, violavano la loro libertà di prestazione dei servizi in altri Stati membri (46).

Alla luce di queste considerazioni, sembra dunque doversi propendere per la legittimità del predetto limite, proprio nella misura in cui esso abbia carattere generale e si applichi a qualsivoglia distacco temporaneo di lavoratori da parte di imprese insediate in uno Stato membro presso altre imprese, tanto se insediate nel territorio di quest'ultimo Stato, quanto se insediate in quello di altro Stato membro (nel qual caso, qualora l'impresa ricevente appartenga al medesimo gruppo si rientrerà nel campo di applicazione della Direttiva). In conclusione, la risposta al primo interrogativo sembra dover essere positiva: anche nel caso in cui un'impresa insediata in Italia distacchi temporaneamente un lavoratore presso un'impresa del gruppo insediata in altro Stato membro deve sussistere la ricorrenza di un «proprio interesse» al distacco, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003 (47).

In relazione alla seconda questione, invece, il discorso è direttamente connesso alla interpretazione dell'art. 3, par. 10, della Direttiva, impegno al quale ci si dedicherà tra breve (parr. 4 ss.).

3. — *La tutela del lavoro nell'ordinamento comunitario: una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della normativa del Trattato Ce (alla luce dei principi generali del diritto)* — Una volta individuate, e in qualche modo risolte, le incertezze sollevate dalle norme della Direttiva n. 96/71 destinate a definirne il campo di applicazione, si può passare a considerare i problemi interpretativi derivanti dalla disciplina dettata da quest'ultima in merito all'estensione ai lavoratori distaccati dei trattamenti interni di tutela che gli Stati membri debbono, o possono, stabilire. A tal fine è peraltro opportuno, ma in realtà, come si vedrà, necessario, partire da una sintetica ricostruzione del generale quadro ordinamentale entro cui tale disciplina si pone; e precisamente, da un lato, l'evoluzione e l'attuale punto di arrivo della pluriennale giurisprudenza della Corte di Giustizia nella definizione del rapporto intercorrente tra tutele del lavoro e libertà economiche fonda-

(46) Sia consentito sul punto un rinvio a Carabelli, Leccese, 2005, pp. 568-573 e pp. 581-582, per i riferimenti alle sentenze della Corte di Giustizia emesse nei casi *Oebel* C-155/80 del 14 luglio 1981, e *Borsana* C-2/97 del 17 dicembre 1998.

Merita di essere segnalata l'analoga opinione di Beltrán Miralles, 2000, p. 322, in relazione a un limite temporale al distacco di lavoratori fissato dalla legge spagnola.

(47) Foglia, 2001, p. 808.

mentali garantite dal Trattato Ce, tra cui, in particolare, la libertà di prestazione dei servizi, e, dall'altro lato, la collocazione che le politiche sociali e le tutele del lavoro hanno assunto nell'ordinamento giuridico della Comunità europea grazie alle modifiche che il Trattato istitutivo ha conosciuto a partire dal 1957 fino a oggi.

a) Quanto al primo profilo, in una recente ricerca si è cercato di dimostrare come l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, soprattutto nel corso degli ultimi 15 anni, attesti la crescente attenzione riposta dai giudici comunitari sull'importanza fondamentale delle tutele del lavoro nell'ambito dell'ordinamento comunitario (48). In particolare si è rilevato come, di fronte all'accusa, più volte sollevata dagli operatori economici dei vari Stati membri, secondo la quale le normative nazionali di tutela del lavoro degli altri Stati membri – *pur se applicate indistintamente a tutti i soggetti economici operanti sul territorio di questi ultimi* (e dunque prive di finalità direttamente discriminatorie) – costituirebbero ostacoli (indiretti) frapposti alle libertà economiche sancite dal Trattato (specificamente le libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali), la Corte ha finito per riconoscere esplicitamente che quelle normative di tutela sono espressione di fondamentali interessi sociali degli Stati membri con cui tali libertà devono fare i conti.

Tale risultato ha rappresentato, in realtà, il precipitato di un lungo, ma lineare processo evolutivo, iniziato negli anni settanta (e poi proseguito negli anni ottanta), con una serie di sentenze riguardanti la legittimità delle limitazioni che i vari Stati membri, con le loro discipline interne poste a tutela di vari interessi, apponevano alla libertà di circolazione dei beni, e dunque la loro *compatibilità* con il Trattato.

a1) Senza voler qui riproporre argomentazioni già ampiamente svolte in altre indagini (49), può dirsi semplicemente che la Corte, partendo dalle storiche sentenze emesse nei casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon* (50), e poi passando per quelle relative a tanti altri casi – tra cui vale la

(48) Carabelli, Leccese, 2005.

(49) Roccella, 1997, pp. 25 ss. e 85 ss.; Barbera, 2000, pp. 48 ss.; Esteban De La Rosa, Molina Navarrete, 2002, pp. 118 ss.; Casas Baamonde, 2002, pp. 2-4; Orlandini, 2003, pp. 245 ss.; Giubboni, 2003, pp. 165 ss.; Carabelli, Leccese, 2005, pp. 551 ss.; Lhernould, 2005, pp. 1200 ss.; Pallini, 2006c, parr. 1 e 5-7.

(50) Rispettivamente C-8/74 dell'11 luglio 1974 e C-120/78 del 20 febbraio 1979.

pena ricordare almeno i casi *Torfaen* (51), *Stoke-on-Trend* (52), *Keck e Mithouard* (53) e *Semeraro Casa Uno* (54) – è giunta a riconoscere che, al di là delle cause giustificative esplicitamente riconosciute dal Trattato (cfr. artt. 30, 39, par. 3, 46, par. 1, e 58, par. 1, lett. *b*, norme in cui si richiamano, con riferimento alle varie libertà economiche, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica), vi sono *ulteriori* (55) ragioni, o esigenze, imperative che possono giustificare interventi nazionali che pure creino ostacolo alla libera circolazione delle merci, nella misura in cui tali interventi corrispondano a un criterio di *ragionevolezza* (che, nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, è stato poi configurato come un vero e proprio *test di proporzionalità*). Pur senza arrivare alla enunciazione di un elenco tassativo di tali esigenze imperative, la Corte, dopo aver fatto originariamente riferimento a esigenze di ca-

(51) C-145/88 del 23 novembre 1989.

(52) C-169/91 del 16 dicembre 1992.

(53) Cause riunite C-267/91 e 268/91 del 24 novembre 1993.

(54) Cause riunite C-418/93 e varie altre del 20 giugno 1996.

(55) Sul carattere ulteriore di queste esigenze rispetto a quelle previste dall'art. 30, in materia di libera circolazione delle merci, si v. con chiarezza la sentenza del caso *Schmidberger* C-112/00 del 12 giugno 2003, dove al punto n. 78 si precisa che «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 [ora art. 30] del Trattato stesso *oppure* per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta “*Cassis de Dijon*”» (corsivo mio).

Sul punto, particolarmente rilevante ai fini della posizione sostenuta in questo articolo, si tornerà nel seguito. Vale, peraltro, sin d'ora la pena di segnalare che anche nella Direttiva sulla libera circolazione dei servizi (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15 novembre 2006 e dal Consiglio l'8 dicembre 2006, su cui v. *infra*, par. 9), al *Considerandum* n. 40, si afferma che «la nozione di “motivi imperativi di interesse generale” cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente Direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del Trattato, e potrebbe continuare a evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, copre *almeno* i seguenti motivi: l'*ordine pubblico*, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del Trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, *gli obiettivi di politica sociale*, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, *la tutela dei lavoratori*, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia del-

rattere fiscale, o riguardanti la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori (56), e poi ancora a varie altre (57), è giunta alla fine a includere, in particolare, le «scelte politico-economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri» (58). Una formula, quest'ultima, poi ripresa letteralmente per giustificare la compatibilità con il Trattato (sempre a condizione del superamento del *test di proporzionalità*) di alcune normative nazionali di tutela del lavoro, in due note sentenze, emesse nei casi *Conforama e Marchandise* (59), relativi al divieto di lavoro domenicale in alcune attività fissato dalle normative nazionali.

Queste posizioni erano destinate, verso la metà degli anni novanta, a diventare altresì «l'approdo» della giurisprudenza sviluppatasi sulle libertà comunitarie di *circolazione dei lavoratori* e di *prestazione dei servizi*: e a questo riguardo si deve sottolineare che, in una serie di pronunce di quel periodo – cfr. in particolare quelle dei casi *Gebhard* (60) e *Bosman* (61) – la Corte, utilizzando i concetti elaborati in merito alla libertà di circola-

la libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei *valori sociali*, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria». Dopo di che, all'art. 4, n. 8, della stessa Direttiva si stabilisce che «ai fini della presente Direttiva si intende per [...] “motivi imperativi d'interesse generale” [...] motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, *tra i quali*: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, *la tutela* dei consumatori, dei destinatari di servizi e *dei lavoratori*, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, *gli obiettivi di politica sociale* e di politica culturale».

(56) Tutte queste esigenze sono richiamate in *Cassis de Dijon*, punto 8, secondo periodo.

(57) Sul punto si v. in particolare Carabelli, Leccese, 2005, p. 555, e *ivi* anche riferimenti, spec. nota 35.

(58) Il riferimento è preso dalla sentenza relativa al caso *Torfaen*, punto 14, riguardante il noto problema della chiusura domenicale degli esercizi commerciali.

(59) Rispettivamente C-312/89, punto 11, e C-332/89, punto 12, entrambe del 28 febbraio 1991.

(60) *Gebhard* C-5/94 del 30 novembre 1995; ma v. in epoca coeva anche *Alpine* C-384-93 del 10 maggio 1995.

(61) *Bosman* C-415/93 del 15 dicembre 1995 (punto n. 104); ma v. già *Kraus* C-19/92, del 31 marzo 1993, in cui erano in gioco la libertà di circolazione delle persone e quella di stabilimento.

zione dei beni, è giunta a ricondurre all'interno di un unico quadro di riferimento principi da far valere per la valutazione della compatibilità con il Trattato delle legislazioni nazionali che, nel perseguire finalità di interesse nazionale, apponessero limiti di vario tipo a una delle libertà economiche (62). In tale operazione essa ha anzitutto affinato il lessico del suo argomentare, in un apprezzabile sforzo finalizzato a offrire agli operatori e interpreti gli strumenti per districarsi in una valutazione così delicata: l'insieme delle ragioni giustificative dei limiti posti alle libertà economiche è stato tradotto nella definizione unitaria di «motivi imperiosi di interesse pubblico». Inoltre, la Corte ha sviluppato anche la propria riflessione sul giudizio di ragionevolezza, progressivamente trasformandolo – come si è accennato – in un vero e proprio *test di proporzionalità*, da attuare secondo un percorso logico ben cadenzato: una volta accertato che il provvedimento assunto dallo Stato nazionale, limitativo di una delle libertà economiche, persegue uno scopo legittimo, proprio in quanto giustificato da motivi imperiosi di interesse generale, occorre verificare che l'applicazione del provvedimento nazionale sia effettivamente atta a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo.

In tale prospettiva, il punto apicale di questa evoluzione può essere probabilmente individuato nella nota sentenza emessa nel 1995 nel caso *Gebhard*, nella quale la Corte ha teorizzato la propria posizione proprio in questi termini generali (in quanto riferiti a tutte le libertà economiche del Trattato): «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo» (63). Un'affermazione, questa, poi ripresa e confermata più volte nel corso degli ultimi anni, in relazione a vicende in cui erano interessate le diverse libertà economiche del Trattato (64).

(62) Sul punto Carabelli, Leccese, 2005, pp. 552 ss.; Orlandini, 2006, 7 (e *ivi* anche il riferimento alla nota n. 9).

(63) C-55/94, del 30 novembre 1995, qui punto n. 37.

(64) Si v. in particolare le sentenze relative ai seguenti casi: *Centros* C-212/97 del 9 marzo 1999 (punto n. 34); *Haim* C-424/97 del 4 luglio 2000 (punto n. 57); *Mac Queen* C-108/96 del 1° febbraio 2001 (punto n. 26); *Payroll Data Services* C-79/01 del 17 ottobre 2002 (punto n. 28).

a2) Per quanto qui più interessa, sul fronte della *libertà di prestazione dei servizi*, con riferimento a *normative interne non lavoristiche*, la posizione generale elaborata dalla Corte nel caso *Gebhard* è stata quasi letteralmente ripresa nella sentenza, di epoca quasi coeva (1996), relativa al caso *Reisebüro Brode* (65) – poi seguita da altre pronunce sostanzialmente uniformi (66) –, la quale, a sua volta, richiamava e consolidava quanto dalla Corte progressivamente elaborato in una serie di sentenze precedenti in relazione alla medesima libertà (67). È peraltro da segnalare che in questa sentenza si rinviene una precisazione (ripresa da altre pronunce anteriori a essa) specificamente riguardante le limitazioni derivanti da normative interne alla libertà di prestazione dei servizi prevista dall'originario art. 49 (oggi 59) del Trattato: «la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale, qualora tale interesse *non sia tutelato* dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (68).

Orbene, questa struttura argomentativa è stata sviluppata dalla Corte anche con riferimento alle *normative nazionali di tutela del lavoro*, accusate di limitare illegittimamente la libertà di prestazione dei servizi, rispetto alle quali, peraltro, è possibile rinvenire alcune peculiarità che meritano di essere evidenziate, a partire dalle prime pronunce in materia.

Le prime due sentenze in cui la Corte ha dovuto affrontare il problema della legittimità di normative interne di tutela del lavoro limitative della libera prestazione di servizi in ambito comunitario sono state quelle del 1981 e del 1982 relative ai casi *Webb* e *Seco* (69), nelle quali

(65) C-3/95 del 12 dicembre 1996 (punto n. 28).

(66) Si v. in particolare le sentenze relative ai casi *Parodi* C-222/95 del 9 luglio 1997 (punto n. 21); *Corsten* C-58/98 del 3 ottobre 2000 (punto n. 39); *Analir* C-205/99 del 20 febbraio 2001 (punti nn. 21 e 25); *Commissione c. Repubblica italiana* C-439/99 del 15 gennaio 2002 (punto n. 23); *Commissione c. Repubblica italiana* C-131/01 del 13 febbraio 2003 (punti nn. 26 e 28).

(67) Si v. in particolare alle origini *Van Wesemael* C-110 e 111/78 del 18 gennaio 1979 (punto n. 28 ss.) e *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* C-205/84 del 4 dicembre 1986 (punto n. 27); successivamente, in modo più articolato, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* C-288/89 del 25 luglio 1991 (punti 12, 13 e 15); *Saegeer* C-76/90 del 25 luglio 1991 (punti nn. 12, 13 e 15); *Commissione c. Repubblica francese* C-154/89 (punti nn. 12, 14 e 15), *Commissione c. Repubblica italiana* C-180/89 (punti nn. 15, 17 e 18), *Commissione c. Repubblica ellenica* C-198/89 (punti nn. 16, 18 e 19), tutte del 26 febbraio 1991; si v. anche *Schindler* C-275/1992 del 24 marzo 1994.

(68) *Reisebüro Brode*, punto n. 28, e *ivi* riferimenti alla giurisprudenza precedente.

(69) Rispettivamente C-279/80 del 17 dicembre 1981 e C-62 e 63/81 del 3 febbraio 1982.

la Corte si muove in piena sintonia con la propria giurisprudenza che si andava consolidando soprattutto in relazione alla libertà di circolazione dei beni. E si tenga presente che le due sentenze in questione riguardavano casi concreti che astrattamente sarebbero stati rispettivamente riconducibili alle ipotesi *c* e *a*, dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71.

Così, nel caso *Webb* la Corte – facendo già emergere con chiarezza l'aspetto della presenza, nello Stato membro di insediamento dell'operatore economico, di normative di tutela corrispondenti a quelle imposte dallo Stato in cui quest'ultimo svolge temporaneamente la propria prestazione di servizi – afferma che «l'art. 60, comma 3, ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato. Esso non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente a un'attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri» (punto n. 16). La stessa Corte passa poi a precisare che, «tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, non si possono considerare incompatibili col Trattato talune condizioni specifiche, eventualmente imposte al prestatore di servizi, che siano giustificate dall'applicazione di norme relative a questo tipo di attività. Tuttavia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (punto 17).

Siffatta impostazione veniva ulteriormente scandagliata e articolata nel successivo caso *Seco*, nella cui sentenza la Corte giungeva ad affermare che «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi tra lavoratori e datori di lavoro, per quanto concerne le *retribuzioni minime*, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche di carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro; del pari il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di imporre il rispetto di queste norme con mezzi adeguati. Non si può tuttavia definire mezzo adeguato una normativa o una prassi che

impongano in modo generale un onere previdenziale o para-previdenziale, restrittivo della libera prestazione dei servizi, a tutti i prestatori stabiliti in un altro Stato membro e che occupano lavoratori cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno rispettato la normativa in materia di retribuzione sociale minima dello Stato membro in cui la prestazione viene effettuata, giacché un siffatto provvedimento generale non è, per natura, idoneo a far rispettare questa normativa né ad arrecare vantaggio, in un modo qualunque, alla mano d'opera di cui si tratta» (punto 14).

Queste ultime affermazioni introducevano, come può ben notarsi, alcuni importanti elementi di approfondimento: da un lato una significativa considerazione delle normative di tutela del lavoro legali e contrattuali come espressione di interessi pubblici che legittimano l'apposizione di limitazioni alla libertà di prestazione dei servizi; in secondo luogo la sottolineatura di come occorresse tuttavia verificare se gli operatori esterni destinatari di tali normative vincolative non fossero già soggetti ad analoghi vincoli nel loro paese di origine, e se i lavoratori destinatari della tutela godessero di effettivi vantaggi. Una precisazione, quest'ultima, di particolare rilievo, dato che con essa la Corte poneva un preciso limite circa la funzione che doveva essere concretamente assolta dall'estensione di una normativa lavoristica agli operatori esterni che esercitavano in uno Stato membro la loro libertà di prestazione dei servizi: le normative interne lavoristiche dovevano produrre vantaggi ai lavoratori e non avere una indiscriminata funzione anticoncorrenziale (70).

Tuttavia, a queste due sentenze veniva ad affiancarsi, alcuni anni dopo (1990), quella relativa al noto caso *Rush Portuguesa* (riconducibile anch'esso – *ante litteram* – all'ipotesi *sub c* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71), nella quale (pur riprendendo in breve alcuni passaggi della precedente sentenza emessa nel caso *Seco*) la Corte, in modo alquanto sbrigativo e soprattutto in termini assai ampi e generici (71), giungeva a sancire senza mezzi termini che «il diritto comunitario

(70) Funzione, peraltro, che può, di fatto, eventualmente anche aggiungersi alla prima, ma non sostituirsi a quella...: v. *infra*.

(71) Le espressioni utilizzate dalla Corte per affermare la piena legittimità della compressione operata sulla libertà di circolazione dei servizi dalle normative interne di tutela del lavoro, risultavano, infatti, prive del riferimento esplicito alla necessità di attuare un bilanciamento tra la specifica esigenza di tutela del lavoro e quella libertà, e di utilizzare a tal fine il principio di proporzionalità. Si spiega pertanto perché Davies, 2002, p. 306, ha descritto queste affermazioni come assertrici di una *blanket permission* (pp. 301 e 309); considerazione poi ripresa da Orlandini, 1999, p. 478, che aveva parlato di

non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati» (72).

Ben presto (1994), peraltro, la Corte ritornava sul tema con la sentenza pronunciata nel caso *Vander Elst* (riconducibile all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71), nella quale – sviluppando il processo di «armonizzazione» formale con i principi espressi nelle *coeve* sentenze sulla libertà di prestazione dei servizi, ma relative a limiti posti da normative interne di tipo non lavoristico (come risulta dalle citazioni di precedenti ivi contenute) – essa tornava a ribadire che «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali in materia di salari minimi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati» (73). Ma tale affermazione – che, merita di essere sottolineato, nella sentenza veniva formalmente riferita soltanto ai salari minimi (74) – tornava a essere inquadrata all'interno dei «tradizionali» principi generali: «l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»; inoltre, «la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale e vevolevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato destinatario, qualo-

«potere assoluto» degli Stati di estendere le tutele del lavoro (ma v. anche p. 469, dove afferma che la sentenza «aveva aperto la prospettiva di un caos normativo»).

(72) C-138/89 del 27 marzo 1990 (punti nn. 15 e 18).

(73) *Vander Elst* C-43/93 del 9 agosto 1994 (punto n. 23).

(74) Sottolinea questo aspetto Davies, 1997, 590, n. 56.

ra tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (75).

Infine, successivamente all'approvazione della Direttiva n. 96/71, alcune ulteriori messe a punto venivano effettuate dalla Corte nelle sentenze relative ai notissimi casi *Arblade*, *Mazzoleni*, *Finalarte*, *Portugaia Construções* (76) (in cui si discuteva di situazioni riconducibili all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva), nelle quali, in particolare, la Corte giungeva definitivamente a estendere il ragionamento *all'insieme* delle tutele del lavoro (e non soltanto alla materia retributiva) (77). In tali sentenze la Corte stessa non ha potuto tener conto della nuova normativa comunitaria, e ha continuato a giudicare alla luce della sola normativa del Trattato (78).

La cadenza temporale di tutte queste pronunce non è priva di significato, perché esse si incrociano con la predisposizione delle due proposte di direttiva sul distacco dei lavoratori del 1991 e del 1993; ma di questo si dirà più avanti. Quel che più conta per il momento sottolineare è che, a partire dalla sentenza del caso *Vander Elst* fino ad arrivare alle più recenti (79), la Corte, riprendendo quanto già in nuce nelle «originarie» sentenze dei casi *Webb* e *Seco* (e dunque, in buona sostanza, ridimensionando l'ampia portata delle affermazioni contenute nella pronuncia relativa al caso *Rush Portuguesa*), ha progressivamente precisato in modo definitivo e con molta chiarezza l'insieme di principi e limiti che, nella loro sistematicità, avrebbero costituito nel futuro il quadro di riferimento per i giudizi nei quali si controverte della legittimità delle limitazioni poste alla libertà di prestazione dei servizi da normative interne di tute-

(75) Punti nn. 14 e 16. Espressioni praticamente uguali la Corte avrebbe utilizzato di lì a poco (1996) nella pronuncia relativa al caso *Guiot* (C-272/94 del 28 marzo 1996, punti nn. 10, 11 e 12), anch'esso riconducibile all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71.

(76) Rispettivamente C-369/96 del 23 novembre 1999; C-165/98 del 15 marzo 2001; C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 del 25 ottobre 2001; C-164/99 del 24 gennaio 2002.

(77) Cfr. in particolare *Mazzoleni*, punti nn. 28 e 29 e *Portugaia Construções*, punti 20-21.

(78) Ciò in quanto nei quattro casi la Direttiva non risultava ancora applicabile, essendo i fatti di causa anteriori alla sua entrata in vigore. Si v. inoltre anche la controversia attinente al distacco di lavoratori dipendenti cittadini di uno Stato terzo nell'ambito di una prestazione di servizi oltre frontiera: *Commissione c. Granducato del Lussemburgo* C-445/03.

(79) Su cui si v. in generale le riflessioni di Maretti, 2000a, pp. 227 ss., Davies, 2002, pp. 298 ss., e Giesen, 2003, pp. 147 ss.

la del lavoro volte a proteggere interessi sociali (80). E a quest'ultimo riguardo è da segnalare l'ulteriore *perfezionamento* lessicale, costituita dalla sostituzione, nell'argomentare della Corte, dell'espressione «motivi imperiosi di interesse pubblico» con l'espressione «ragioni imperative d'interesse generale», al fine di definire la categoria delle esigenze in grado di legittimare i predetti interventi limitativi.

A voler rappresentare in modo sintetico il predetto quadro di riferimento – i cui passaggi compositivi, in fin dei conti, non costituiscono altro che il distillato della lunga elaborazione che si è brevemente descritta, ivi compresa l'importante impostazione generale derivante dal caso *Gebhard* – si potrebbe dire (81):

– che l'art. 59 (oggi art. 49) del Trattato «prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi» (82);

– che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante», le quali, a loro volta, «possono altresì giustificare le misure di controllo necessarie per garantirne l'osservanza» (83), e che tra tali ragioni rientra certamente «la tutela dei lavoratori» (considerata in quanto tale e *nella sua interezza* scopo legittimo compatibile con il Trattato) (84);

(80) Principi e limiti che, come si dirà più avanti, risultano tuttora rilevanti, anche dopo l'entrata in vigore della Direttiva n. 96/71, non soltanto per i casi di distacco che non rientrano nel campo di applicazione della Direttiva, ma anche per i casi che rientrano nel suo campo di applicazione. Ma sul punto v. *infra*.

(81) La presente scansione è ripresa in parte, con qualche variante, da Carabelli Lecce, 2005, pp. 562 ss. Si v. comunque anche Esteban De La Rosa, Molina Navarete, 2002, pp. 124-125.

(82) V. punti nn. 33 di *Arblade*; 22 di *Mazzoleni*; 28 di *Finalarte*; 16 di *Portugaia Construções*; 20 di *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

(83) Punti nn. 34 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

(84) Punti nn. 36 e 38 di *Arblade*; 27 di *Mazzoleni*; 33 di *Finalarte*; 20 di *Portugaia Construções*; 29 di *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

– che quanto detto non esclude che la predetta tutela sia suscettibile di limitare (pur sempre senza alcun intento discriminatorio) una libertà fondamentale garantita dal Trattato, onde occorre sottoporre tale normativa a una valutazione di compatibilità, sulla base di un *test di proporzionalità* (ovviamente correlato alla specificità dei casi a essa sottoposti);

– che a tal fine bisogna verificare se «l'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri [sia] idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento» (85);

– che, con specifico riferimento alla normativa di tutela del lavoro, ciò significa che occorre verificare se la normativa lavoristica «sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati» (86); il che significa, più precisamente, verificare se l'interesse protetto dalla normativa di tutela non sia già «tutelato dalle norme cui il prestatore [di servizi] è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (87) (nel senso che i lavoratori «godano della stessa tutela, o di una tutela sostanzialmente analoga, in forza degli obblighi cui il datore di lavoro già è soggetto nel suo Stato membro di stabilimento») (88) e – evidentemente in caso negativo (89) – se «la detta normativa comporti, per i lavoratori interessati, un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa alla loro tutela sociale» (90), e

(85) Punti nn. 35 di *Arblade*; 26 di *Mazzoleni*; 32 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

(86) L'efficace e sintetica espressione è ripresa da *Mazzoleni*, punti nn. 30, 34, 40 e 41.

(87) Punti nn. 39 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

(88) Questa espressione in *Arblade*, punto n. 51. Si v. anche *Finalarte*, punto n. 45, dove si ritrova l'espressione: «se questi godono della stessa tutela o di una tutela sostanzialmente paragonabile»; ma già nella sentenza relativa al caso *Guiot* (sopra citato), al punto n. 17, la Corte aveva utilizzato un'espressione non molto dissimile: «ciò non si verificherebbe nel caso in cui i lavoratori di cui trattasi usufruissero della stessa tutela o di una tutela essenzialmente comparabile». Su questo aspetto si sofferma in particolare Davies, 2002, pp. 303-304.

(89) Segnala questo profilo Davies, 2002, p. 305.

(90) *Finalarte*, punti nn. 42 e 45. Ma v. anche *Arblade*, punto n. 52.

È da segnalare che questo profilo, insieme alla garanzia del godimento di tutela analoga nello Stato di appartenenza, hanno particolare rilevanza rispetto ai timori che la pretesa di applicare la normativa di tutela del lavoro di uno Stato membro ai

quindi ancora se «lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive» (91).

Concludendo, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostra come i giudici comunitari, a partire soprattutto dalla prima metà degli anni novanta, abbiano inteso riconoscere senza incertezze agli interessi sociali nazionali protetti dalle norme interne di tutela del lavoro la qualità di motivi, o meglio ragioni, o se si preferisce esigenze, «imperative d'interesse generale», in grado di comprimere legittimamente, quantunque con i significativi temperamenti imposti dal *test di proporzionalità*, la libera circolazione dei servizi.

A questo proposito, sia inoltre consentito di sottolineare come i criteri individuati dalla Corte per il predetto *test di proporzionalità* – in particolare la verifica del godimento di una tutela analoga nello Stato di appartenenza, ovvero dell'acquisizione di un vantaggio effettivo da parte dei lavoratori grazie all'estensione della normativa di tutela dello Stato ospitante la prestazione di servizi transnazionale – siano in larga misura in grado di fugare i timori che l'applicazione della normativa di tutela del lavoro sia strumentale a fini *esclusivamente* protezionistici (92), e come essi si rivelino, a ben vedere, idonei a legittimare un intervento degli Stati mirato a rendere uniformi (tutte) le tutele del lavoro per (tutti) gli operatori economici che svolgono la loro attività di servizi sul territorio nazionale, onde evitare indesiderati fenomeni di *dumping* sociale.

Sarà interessante riflettere su quanto, in che modo ed entro quali limiti la Direttiva n. 96/71 abbia inciso su questo assetto.

prestatori di servizi di altro Stato membro per i lavoratori distaccati temporaneamente nel primo si riveli strumentale a fini protezionistici.

(91) Punti nn. 39 di *Arblade*; 51 di *Finalarte*; 29 e 30 di *Portugaia Construções*. Su questo preciso profilo, v. *Commissione c. Repubblica italiana* C-279/00 del 7 febbraio 2002, punto n. 20.

(92) Sul punto, con precisione, Giesen, 2003, pp. 152 e 157-158, il quale sottolinea, riflettendo sulle sentenze dei casi *Finalarte* e *Portugaia Construções*, come la Corte abbia sottolineato che l'apporto di effettivi vantaggi per i lavoratori va valutato in modo *obiettivo*, sulla base dei contenuti della normativa, senza tener conto delle eventuali finalità soggettive (i.e. *protezionistiche*) che possono aver ispirato il legislatore. V. anche su questo profilo Lo Faro, 2005, pp. 465-6, Pallini, 2006b, p. 245 (nonché Idem, 2006c, par. 7), nonché Bellavista, 2006, p. 29, il quale ritiene che «pur imponendo al giudice nazionale di rinvio un compito di valutazione non sempre facile, di fatto contribuiscono comunque a evitare il *dumping* sociale e a sollecitare un'armonizzazione verso l'alto delle condizioni di lavoro tra paesi membri importatori e paesi membri esportatori di manodopera».

b) Passando al secondo profilo della nostra analisi, va osservato che, negli ultimi anni, autorevoli studiosi del diritto sociale comunitario hanno sottolineato con forza come, a partire dall'Atto Unico del 1986, passando per il Trattato di Maastricht del 1992 e per il Trattato di Amsterdam del 1997, fino ad arrivare al Trattato di Nizza del 2001, il Trattato istitutivo della Comunità europea abbia conosciuto mutamenti essenziali nei suoi obiettivi costitutivi, giungendo ad attribuire un rilievo primario alla dimensione sociale (93).

In effetti, accanto agli – e perciò sullo stesso piano degli – obiettivi economici che sin dall'origine hanno connotato l'esperienza comunitaria, l'art. 2 del Trattato Ce (dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam) colloca oggi senza incertezze e ambiguità – come ha formalmente riconosciuto la stessa Corte di Giustizia (94) – anche quello di un «elevato livello occupazione e di protezione sociale» (laddove, a tal fine, l'art. 3, lett. j, prevede la messa in opera di una «politica nel settore sociale comprendente un Fondo sociale europeo»).

In modo più specifico, poi, il Trattato, dopo aver ribadito (art. 136, comma 1) che la Comunità e gli Stati membri hanno come obiettivi tanto «la promozione dell'occupazione» quanto «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», nonché «una protezione sociale adeguata», individua gli strumenti per il loro perseguimento. Mentre, peraltro, sul piano dell'occupazione l'azione comunitaria «passa genericamente (non attraverso normative di tipo precettivo, bensì) attraverso le “deboli” politiche di coordinamento di cui al Titolo VIII del Trattato stesso (cd. *soft law*)», per quanto riguarda invece la tutela sociale, gli artt. 136 e 137, dislocati nel Titolo XI, Capo I, dedicato alla politica sociale, pur aprendo la strada ad azioni di cooperazione (art. 137, par. 2, lett. a, quale risultante dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza), prevedono soprattutto che essa sia assicurata tramite provvedimenti di tipo *positivo*. E infatti, da un lato, si prospettano interventi diretti di armonizzazione della Comunità (art. 137, par. 2, lett. b) e, dall'altro, si riconoscono come *essenziali* gli interventi di tutela operati direttamente dagli stessi Stati membri: l'art. 137, par. 1, stabilisce, infatti, che «la Comunità *sostiene e completa* l'azione degli Stati membri» nei va-

(93) Si v. soprattutto Hepple, 2005, spec. pp. 193 ss., ma sul punto sia consentito un rinvio alla *Bibliografia* riportata in Ghera, 2006, p. 416.

(94) Cfr. la sentenza pronunciata nel caso *Albany* C-67/96 del 21 settembre 1999 (punti nn. 54 ss.); su cui v. in particolare Barnard, Deakin, 2000, pp. 335-337.

stissimi settori di propria competenza (e infatti, come premessa di tale impegno, l'art. 136, comma 1, nell'*incipit*, si rivolge alla «Comunità e [agli] Stati membri...») (95).

Per dirlo con altre parole, si potrebbe affermare che il fondamentale obiettivo comunitario di un elevato livello di protezione sociale è perseguito dalla Comunità – negli ambiti di propria competenza – non solo con gli interventi comunitari di armonizzazione nel progresso, ma anche, e anzi in primo luogo, con gli interventi regolativi degli Stati membri. E ciò comporta che qualsivoglia intervento di tutela del lavoro del singolo Stato in tali ambiti non è soltanto *coerente* con un fondamentale obiettivo della Comunità, ma *costituisce* esso stesso strumento per la sua realizzazione; il che – è bene sottolinearlo – vale (in forza del generico dettato dell'articolo, nonché della sua stessa *ratio*) per ogni intervento in sé considerato, indipendentemente dalla sua eventuale specifica funzione di recezione di una normativa comunitaria (a sua volta attuativa del Trattato) (96).

Questa ricostruzione del dato normativo comunitario consente anzitutto di evidenziare come, avendo il Trattato ormai formalmente riconosciuto «pari dignità» agli obiettivi sociali ed economici, non sia più ammissibile la pretesa – come detto ancora affiorante in molte trattazioni di diritto comunitario – di stilare una graduatoria sulla cui base sacrificare sempre e in ogni caso i primi ai secondi. Se, infatti, una siffatta pretesa poteva trovare giustificazione nel dato normativo fino alla metà degli anni novanta, essa, a partire dalle modifiche apportate al Trattato istitutivo dal Trattato di Amsterdam – il quale, come si è detto, ha introdotto l'«elevato livello di occupazione e di protezione sociale» tra gli obiettivi fondamentali della Comunità – appare del tutto infondata, da-

(95) Carabelli, Leccese, 2005, pp. 570 ss., nonché Carabelli, Leccese, 2006, pp. 98-99.

(96) Ciò, rapportato alla problematica presa in considerazione in questo studio, quella della Direttiva n. 96/71, spiega perché, nonostante la sua base giuridica sia costituita dagli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2), e 66 (oggi art. 55), le normative di tutela del lavoro nazionali che gli Stati membri hanno l'obbligo, ovvero la facoltà di estendere ai lavoratori distaccati, non perdano certo il loro collegamento con gli artt. 2, 3, lett. g, 136 e 137 del Trattato. E comunque si è già osservato come (al di là del «paradosso» che alcuni hanno riscontrato nel fatto che la Direttiva persegue la finalità di protezione della libera circolazione dei servizi attraverso strumenti di tutela del lavoro: v. *supra*, nota n. 7), in realtà la Direttiva medesima non detta norme sostanziali di tutela del lavoro, ma, come detto più volte, individua (solo) i criteri per la selezione della normativa nazionale applicabile ai lavoratori distaccati.

to che gli obiettivi della tutela sociale e quelli dello sviluppo economico (quest'ultimo fondato essenzialmente sulla eliminazione degli ostacoli alla circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché alla concorrenza: cfr. art. 3, par. 1, lett. *c* e *g*) sono ormai da considerare come collocati sul medesimo piano (97).

Ove poi si sposti lo sguardo dagli obiettivi agli strumenti giuridici posti in essere dal Trattato per il loro perseguimento (cfr. art. 3), si può altresì riconoscere che la predetta equiparazione degli obiettivi sociali ed economici (o, si potrebbe anche dire, dei valori della tutela sociale e dello sviluppo economico, che di quegli obiettivi costituiscono il presupposto stesso) non è rimasta priva di rilevanti conseguenze, contrariamente a quanto normalmente sostenuto nella riflessione dottrinale in materia (98). A questo riguardo, rileggendo criticamente le posizioni (ancora) dominanti, potrebbe dirsi che al fondo di esse vi è il convincimento secondo cui, mentre gli obiettivi economici si sono tradotti nel Trattato in un generale principio giuridico di libertà di iniziativa economica, immanente nelle specifiche regole del Trattato che sanciscono le quattro libertà di circolazione (merci, lavoratori, servizi e capitali), nonché la libertà di stabilimento e la libertà di concorrenza, ciò non varrebbe per l'obiettivo dell'«elevato livello di protezione sociale», rispetto al quale la Comunità, con la norma «meramente» programmatica dell'art. 137, par. 1 (letto in connessione con l'art. 136), non avrebbe assunto se non un mero *impegno politico* a migliorare i livelli di protezione sociale dei lavoratori, privo di una diretta co-

(97) In senso conforme sul punto si v. Blanke, 2006, p. 261 (e *ivi* il suo riferimento bibliografico).

(98) Quanto detto in testo si muove nel senso indicato da Bin, 1998, pp. 46-47: «i tentativi di alcune correnti filosofiche di introdurre nella teoria costituzionale i valori sono del tutto improduttivi. Nel diritto essi entrano come principi, cioè come norme dal contenuto molto generale e non circostanziato [...] I modi e le circostanze con cui i principi operano e vengono applicati sono definiti nelle regole». Sul rapporto tra regole e principi si v. anche Zagrebelsky, 1992, pp. 147 ss., ma soprattutto Crisafulli, 1952, pp. 14-15: «principio è [...] ogni norma giuridica, in quanto considerata determinante di una o più altre, subordinate, che la presuppongono, sviluppandone e specificandone il precetto in direzioni più particolari. E si dicono per antonomasia principi generali quelli comuni a una serie di norme particolari (meno generali), delle quali determinano, e pertanto riassumono, potenzialmente il contenuto»; si sottolinea inoltre che queste considerazioni dell'illustre Autore vengono sviluppate *in relazione a norme costituzionali programmatiche* (v. anche p. 30 e p. 37, dove le norme programmatiche sono definite specificamente *norme-principio*): al riguardo si v., appunto, *infra*, nel testo.

genza giuridica, in quanto destinato soltanto a orientare genericamente le politiche comunitarie in materia sociale.

E invece, ad avviso di chi scrive, il nuovo assetto assunto dalla Comunità in relazione agli obiettivi (e valori) definiti nell'art. 2 (nonché confermati e specificati nell'art. 136, comma 1, per quanto riguarda la materia sociale) deve indurre l'interprete a leggere in una prospettiva profondamente diversa il sistema delle norme contenute nel Titolo XI, Capo I, del Trattato, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cui si è dato conto nella precedente lett. *a* di questo paragrafo. Sembra, infatti, possibile sostenere che dal combinato operare dell'art. 137, par. 1 («la comunità *sostiene e completa...*») e degli enunciati della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di protezione sociale – la quale ha, di fatto, dato concreto contenuto a quella previsione, riconoscendo le esigenze di tutela del lavoro espresse dalle normative interne degli Stati membri come «esigenze imperative d'interesse generale» in grado di opporsi legittimamente (sia pure sulla base del *test di proporzionalità*) alle libertà economiche fondamentali del Trattato – possa ormai dedursi l'affermazione, da parte dell'ordinamento comunitario, di «un vero e proprio generale *principio comunitario di tutela del lavoro*», ovvero di un principio di *riconoscimento e garanzia* dei diritti dei lavoratori.

Tale principio, nel conferire giuridica positività agli obiettivi (e valori) di protezione sociale enunciati nell'art. 2 e nell'art. 136, comma 1, del Trattato, impone alle istituzioni della Comunità un *vincolo programmatico* non politico, ma rigorosamente giuridico, da un lato, di conformare la propria azione al loro perseguimento, e, dall'altro, di assicurare (sempre a quel fine) l'effettività dei sistemi di tutela del lavoro posti in essere dai singoli Stati membri. Richiamando e sviluppando quanto detto in altra sede, si può, insomma, affermare che, proprio grazie all'art. 137, par. 1 (e alla sua lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia), questo principio-programma di tutela del lavoro trova «specifica attuazione in ogni intervento, tanto comunitario, quanto degli Stati membri, destinato a introdurre normative di protezione dei lavoratori». Ed è proprio l'esistenza di questo principio – il quale, in virtù dell'attuale «*pari dignità*» degli obiettivi e dei valori sociali ed economici nel Trattato, si colloca sullo stesso livello del principio giuridico della libertà di iniziativa economica – che consente alle suddette normative comunitarie di armonizzazione in materia sociale, ma soprattutto a quelle nazionali di tutela del lavoro, di con-

frontarsi in termini paritari con le regole del Trattato che garantiscono le fondamentali libertà economiche comunitarie (99).

Questa lettura, di certo non familiare nel dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'evoluzione normativa del Trattato Ce, trova la sua ispirazione, è opportuno segnalarlo, nelle consolidate posizioni della dottrina italiana di diritto costituzionale relative alla distinzione tra norme (immediatamente) precettive e norme programmatiche (le quali, cioè, presuppongono un intervento attuativo del legislatore) (100); posizioni riprese in epoca recente – sia pure in termini differenziali – nell'ambito della riflessione intorno alla natura delle norme costituzionali che sanciscono i diritti sociali (in particolare quelli cd. *condizionati*) (101).

Com'è ormai unanimemente ritenuto da questa dottrina, si deve riconoscere che anche le cd. norme programmatiche della Costituzione – oltre a essere espressione di valori di rilievo costituzionale (e si tratta normalmente proprio dei valori sociali) (102) – hanno una propria, specifica, «autorevolezza» o «forza» giuridica, in quanto portatrici di veri e propri principi giuridici (103). Più specificamente, la loro giuridicità si manifesta non soltanto sul piano del(l'invero debole) vincolo di attuazione del loro principio-programma da parte del legislatore ordinario (104), ma anche sotto ulteriori profili. E infatti, da un lato gli interpreti (e dunque la dottrina, i giudici, nonché i pubblici poteri) sono comunque vincolati a ispirarsi, per quanto possibile, nell'azione e nell'attività interpretativa che a essi compete, ai valori sottesi a tali norme e ai principi che in esse sono immanenti (105); dall'altro lato il contrasto con dette norme può essere comunque causa di un giudizio di illegittimità costituzionale di norme di legge ordinaria inconciliabili con esse (106).

(99) Carabelli, Leccese, 2005, pp. 571-572. Una sensibilità analoga nei confronti dell'evoluzione che ha interessato il Trattato si rinviene in Gutiérrez-Solar Calvo, 2000, pp. 183-184.

(100) D'obbligo il rinvio a Crisafulli, 1952. *Adde* Bartole, 1989, pp. 311 ss.

(101) Cfr. Baldassarre, 1989, pp. 13 ss. (spec. p. 20, in tema di diritto all'assistenza e alla previdenza) e pp. 28 ss. (spec. 30-1).

(102) Sul punto v. Crisafulli, 1952, pp. 32 ss.

(103) Crisafulli, 1952, pp. 27 ss. *Adde* Paladin, 1996, pp. 134 ss., e Guastini, 1998, pp. 355-356.

(104) V. Crisafulli, 1952, pp. 48 ss., e pp. 52 e 61; Sorrentino, 1984, p. 128.

(105) V. Crisafulli, 1952, pp. 46 e 72, Sorrentino, 1984, p. 128, e Paladin, 1996, pp. 136-137.

(106) V. Crisafulli, 1952, pp. 43-45, nonché Paladin, 1996, pp. 135-136, e Guastini, 1998, p. 356, con riferimento anche a Corte Cost. 14 giugno 1956, n. 1.

Ma soprattutto, tenuto conto anche di questi presupposti, non si può certo dubitare – ed è l'aspetto che qui più interessa rilevare – che una volta che una norma costituzionale programmatica abbia avuto attuazione tramite l'intervento del legislatore ordinario, se, da un lato, non può certo attribuirsi alla norma di legge attuativa formale natura costituzionale, dall'altro si deve pur sempre riconoscere la sua «radice» costituzionale, e per ciò stesso una forza «resistente» anche nei confronti di norme costituzionali immediatamente precettive. Ciò significa che (l'interprete, e *in primis*) la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare sul contrasto di una norma di legge ordinaria attuativa di una norma costituzionale di tipo programmatico con altra norma costituzionale immediatamente precettiva, non può automaticamente accedere a una valutazione di illegittimità sulla base della mera considerazione che tali norme hanno differente natura e grado nell'ambito del sistema gerarchico delle fonti, ma dovrà procedere al confronto tenendo conto che anche la prima risulta in realtà (per la sua stessa funzione attuativa di – altra – norma costituzionale) attuativa di un valore di rango costituzionale (107). E in tale prospettiva, si deve sottolineare come la dottrina costituzionalista, su di un piano generale, sostenga che la Corte, nel valutare la legittimità costituzionale della norma di legge ordinaria sottoposta al suo giudizio, mira a garantire un *bilanciamento* tra i valori (costituzionali) coinvolti (108), adottando di conseguenza la pronuncia che, di volta in volta, essa ritiene in grado di assicurare al meglio tale obiettivo (si pensi ai vari tipi di sentenza, da quelle di puro accoglimento e rigetto, a quelle interpretative, manipolative ecc.); dove un siffatto bilanciamento presuppone l'adozione di criteri, o di un *test*, per la valutazione degli interessi in gioco (109) (l'analogia con il processo interpretativo della Corte di Giustizia è davvero significativo).

(107) Tale profilo ci sembra emergere con maggiore evidenza nel caso di leggi attuative di norme programmatiche della Costituzione, che più interessa considerare in questa sede. Esso è, peraltro, immanente anche nel caso in cui una norma di legge ordinaria che costituisce integrazione, svolgimento, specificazione di una norma costituzionale di tipo precettivo confligga con altra norma costituzionale (cfr. Modugno, 1999, pp. 35-36, e Bartole, 1989, p. 314).

(108) Sul bilanciamento di valori effettuato dalla Corte Costituzionale v. soprattutto Bin, 1992, pp. 56 ss. V. anche Paladin, 1996, pp. 146 ss., Ruggeri, 2001, pp. 50 ss.

Per una recente riflessione sul problema del bilanciamento tra i diritti sociali ed economici sanciti dalla Costituzione, con riferimento anche alla elaborazione della dottrina giuscostituzionalista, v. Andreoni, 2006, pp. 92 ss., spec pp. 107 ss. e 128 ss.

(109) V. ancora Bin, 1992, pp. 72 ss.

Orbene, è convincimento degli studiosi di diritto comunitario – ma oramai anche esplicito riconoscimento della Corte di Giustizia, che è giunta a prospettare una valenza «costituzionale» (110) – che pure l'ordinamento comunitario sia strutturato sul modello piramidale degli ordinamenti nazionali, per cui il Trattato si colloca gerarchicamente al di sopra degli atti normativi comunitari di esso attuativi (cd. *diritto derivato*) (111) (un aspetto, questo, la cui sottolineatura è utile per il discorso che si svilupperà in seguito); così come è opinione ormai largamente accolta – e sviluppata nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché di numerose Corti Costituzionali degli Stati membri – della prevalenza del diritto comunitario rispetto ai diritti nazionali (112). Nell'ambito di questo discorso, dovrebbe peraltro ancora aggiungersi un'ulteriore considerazione, *nella prospettiva sopra delineata*: le normative interne degli Stati membri che, come avviene, appunto, nel caso di leggi e provvedimenti di tutela del lavoro (art. 137, par. 1), siano attuative di obiettivi (e valori), principi e norme del Trattato, traggono direttamente dal *formale* rinvio che da quello viene a esse effettuato il loro rilievo ordinamentale comunitario.

Ecco dunque perché, ad avviso di chi scrive, va profondamente rivista la tradizionale teorizzazione che, affermando – con una lettura (e interpretazione) a-storica, nonché aprioristicamente ideologica delle norme Trattato (113) – la primazia assoluta degli obiettivi economici e delle fondamentali libertà economiche comunitarie, e attribuendo rilievo

(110) Si v. il notissimo *Parere* della Corte di Giustizia n. 1/91 del 14 dicembre 1991, nel quale si afferma che «il Trattato Cee, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la Carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, *Racc.*, p. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi».

(111) Così con precisione Strozzi, 2005, pp. 181 ss., per riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Cfr. anche Tesauro, 2005, pp. 135 ss., e, in generale, Calvano, 2004. Tra i giuslavoristi v. per un cenno Davies, 2002, p. 301.

(112) Tra i tanti si v. Tesauro, 2005, pp. 160 ss.; Zanghì, 2005, pp. 397 ss.; Strozzi, 2005, pp. 371 ss.; Pocar, 2004, pp. 321 ss.; Mengozzi, 2003, pp. 112 ss.

(113) Poiché siffatta lettura trascura, o volutamente dimentica l'evoluzione normativa sopra descritta...

subordinato agli obiettivi sociali nonché valore meramente politico al programma di interventi regolativi in materia di tutela sociale di cui all'art. 137, par. 1, del Trattato stesso, condanna le normative tanto comunitarie che nazionali di protezione sociale a soccombere sempre e comunque di fronte alle norme del Trattato che sanciscono quelle libertà economiche. E invece, una volta chiarito che il Trattato Ce riconosce ormai la «pari dignità» degli obiettivi (e quindi dei valori) sociali con quelli economici, e che dall'art. 137, par. 1 (e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), può trarsi un generale principio comunitario di tutela del lavoro, di cui sono espressione le normative comunitarie e nazionali in materia sociale, il quadro di riferimento sistematico assume una colorazione del tutto diversa.

Più precisamente, la programmaticità dell'art. 137, par. 1, rapportata alla (immediata) precettività delle norme del Trattato che sanciscono le libertà fondamentali, acquisisce un significato più pregnante (confortato dalle riflessioni sopra effettuate). Mentre per il perseguimento degli obiettivi attinenti alla dimensione economica sono state espressamente garantite dal Trattato, con norme immediatamente precettive – ovvero, nel linguaggio del diritto comunitario, a efficacia diretta –, posizioni soggettive in termini di libertà, rispetto all'obiettivo della protezione sociale, l'art. 137, par. 1 (letto in connessione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia), ha, invece, *proprio in quanto norma programmatica*, lasciato aperto il catalogo delle concrete tutele (e quindi delle posizioni soggettive eventualmente scaturenti da esse) (114), sancendo che sono la Comunità, attraverso la promozione della cooperazione nonché, per quanto qui più interessa, attraverso i provvedimenti di «armonizzazione nel progresso» (art. 137, par. 2, lett. *a* e *b*), ma in primo luogo i singoli Stati membri, attraverso le loro discipline positive di protezione del lavoro, quali evolventisi nel tempo, che hanno il compito di definirne struttura e contenuto. Ciò posto, appare consequenziale altresì sostenere che, nella misura in cui tali provvedimenti e discipline costituiscono attuazione di una norma del Trattato, a sua volta espressione di un principio giuridico di rilievo fondamentale, esse si pongono con «forza» di resistenza di fronte alle norme del Trattato dotate di efficacia diretta che sanciscono le libertà economiche.

(114) Salvo che in materia di tutela paritaria uomo-donna in materia retributiva (v. art. 141).

D'altro canto, va notato che la particolare (e diversa) soluzione adottata in materia di tutele del lavoro appare anzitutto ben giustificabile sul piano storico-evolutivo, ricordando come all'originaria formulazione del Trattato di Roma (attento essenzialmente alla dimensione dell'integrazione economica degli Stati membri, nell'ambito del mercato comune) abbia fatto riscontro una notevole e importante successione di modifiche normative, significativamente volte ad arricchirne la portata sul piano degli obiettivi, valori e principi fondamentali, mano a mano che la crescente volontà di «parificazione nel progresso» ampliava il rilievo della dimensione sociale rispetto a quella puramente economica. Ma essa trova la sua ragion d'essere anche nel fatto che gli strumenti di protezione sociale hanno conosciuto, nei differenti Stati membri, uno sviluppo differenziato, in ragione di una serie di variabili politiche, economiche e sociali (115), di modo che appare del tutto congrua la scelta del Trattato di lasciare, appunto, alle normative interne di ciascuno Stato membro il compito di definire le predette tutele (e posizioni soggettive) nei confronti dei propri cittadini (a parte i casi in cui la Comunità ritenga opportuno intervenire con provvedimenti positivi di armonizzazione) (116): una cristallizzazione nel Trattato di tutte le concrete forme di tutela del lavoro sarebbe ovviamente impossibile.

Le considerazioni che precedono consentono, infine, di spingersi verso una riconsiderazione del senso effettivo dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Alle luce di esse si deve, infatti, ritenere che quello che, solitamente, nella giurisprudenza della Corte (nonché nel dibattito dottrinale) viene prospettato come un giudizio di «compatibilità» (117) (dell'intervento regolativo degli Stati membri in materia sociale rispetto alle menzionate libertà, ma il discorso può essere esteso anche agli interventi di armonizzazione della Comunità: sul punto v. *infra*, par. 6), non vada più inteso come «un giudizio nel quale la norma di protezione del lavoro risulti imputata in via presuntiva di una colpa (quella, appunto, di ledere codeste libertà) rispetto alla quale – al fine di evitare il giudizio di incompatibilità – le viene richiesto di di-

(115) V. Sciarra, 2004a, pp. 162 ss. Da ultimo Bellavista, 2006, pp. 6 ss.

(116) Per i temi legati alla possibilità o meno per gli Stati membri di un arretramento delle tutele del lavoro in funzione concorrenziale, sia consentito un rinvio alla trattazione svolta in Carabelli, Leccese, 2005, in materia di clausole di *favor* e di *non regresso*.

(117) Peraltro utilizzato dallo stesso Trattato nell'art. 137.5, secondo trattino, ma in una (parzialmente) diversa prospettiva: si v. ancora Carabelli, Leccese, 2005, pp. 549 ss.

mostrare la propria “innocenza”, ma piuttosto come un confronto tra norme collocabili sullo stesso piano, in quanto attuative di obiettivi, valori e principi che il Trattato riconosce di pari livello (118).

Il compito del giurista (e quindi della stessa Corte di Giustizia) che si trovi a dover affrontare il problema del conflitto tra la specifica normativa nazionale (o comunitaria) che dà attuazione al principio di tutela del lavoro e le norme del Trattato che sanciscono le libertà economiche, sarà, invece, quello di mirare ad attuare una *giusta ponderazione*, o meglio ancora un *bilanciamento* tra le stesse (e dunque tra valori e principi a esse sottesi), evidentemente previa «un’equilibrata definizione dei criteri sulla cui base effettuare tale ponderazione» (di qui il rilievo del *test di proporzionalità*) (119). Una continua e incessante ricerca di equilibrio, dunque, che rappresenta, appunto, l’automatica conseguenza della soluzione adottata dal legislatore comunitario nell’art. 137, par. 1, del Trattato, alla quale corrispondono, inevitabilmente, una mutevolezza storica e una estrema variabilità di contenuto delle tutele del lavoro definite a livello di Stati membri.

L’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia – quale ricostruita nella precedente lett. *a* di questo paragrafo – si manifesta, a ben vedere, sostanzialmente sintonica con questa prospettiva (120). Il permanere, nelle sentenze che trattano del rapporto tra norme del Trattato che fondano le libertà economiche e le norme nazionali che sanciscono specifiche tutele del lavoro, di una struttura argomentativa di tipo, per così dire, «permissivo» (121), si presenta, infatti, piuttosto come la conservazione, *in via tralatizia*, di un impianto espositivo e argomentativo di tipo tradizionale, risalente ai tempi in cui agli obiettivi sociali e agli interventi di tutela sociale non era ancora riconosciuta, nell’ordinamento comu-

(118) Carabelli, Leccese, 2005, pp. 551-552.

(119) Carabelli, Leccese, 2005, pp. 549.

(120) Carabelli, Leccese, 2005, pp. 572.

(121) Nel senso che: «le libertà economiche *possono* essere incise dalle tutele del lavoro, ma occorre un giudizio di compatibilità e un *test* di proporzionalità...». Da questo punto di vista ha ragione Bellavista, 2006, 23, quando riconduce questa argomentazione al «fragile statuto delle immunità»; ma il tentativo di questo saggio è appunto quello di individuare un percorso alternativo di interpretazione del Trattato che ponga le premesse anche di una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte. Da questo punto di vista, proprio la sentenza *Albany*, C-67/96 del 21 settembre 1999 (citata da Bellavista), nei punti 54 ss. traccia un percorso argomentativo senz’altro ambiguo, ma certo sviluppato più in termini di diritto (di negoziazione collettiva) che di immunità (dalle libertà economiche).

nitario, alcuna cittadinanza, o, se si preferisce, solo una cittadinanza «di secondo grado». Si tratta peraltro di una sfasatura che dovrebbe ormai essere considerata come più formale che sostanziale, dato che la Corte, di fatto, ha comunque operato in termini di *bilanciamento* (122).

Concludendo, va detto che il riconoscimento del ruolo significativo svolto dalla Corte di Giustizia nell'affermazione della piena cittadinanza nell'ordinamento comunitario dei diritti dei lavoratori e della loro forza resistente nei confronti delle libertà economiche fondamentali non significa, ovviamente, che il legislatore Comunitario non debba far evolvere la propria politica sociale verso una sempre maggiore «armonizzazione nel progresso» dei sistemi sociali degli Stati membri, *anche* mediante interventi positivi e diretti, al fine di eliminare i differenziali di protezione in atto, forieri di gravi rischi di *dumping* sociale. Il che, mentre, da un lato, richiama il dibattito (e soprattutto la riflessione critica) (123) in corso intorno all'adeguatezza del metodo aperto di coordinamento e all'impiego del *soft law* rapportati agli interventi tradizionali di armonizzazione mediante atti normativi positivi, dall'altro è collegato alla importante riflessione in atto circa la possibilità e necessità di riconoscere la vigenza nell'ordinamento comunitario di diritti fondamentali anche in mancanza di una Carta costituzionale europea che ne sancisca in modo espresso l'esistenza (124). Una lettura, questa, che è mossa dalla condivisibile aspirazione all'immediato riconoscimento, da parte dell'ordinamento comunitario, di una pluralità di valori fondamentali comuni

(122) Si v. d'altronde *infra*, par. 8, i passaggi della sentenza *Schmidberger* C-112/00 del 12 giugno 2003 in cui si giunge a utilizzare espressamente la parola «bilanciamento».

(123) Significativo appare che, dopo l'«ubriacatura» da *soft law* degli anni scorsi, sia (ri)emersa la consapevolezza della necessità di interventi positivi di *hard law*, di cui un piccolo segnale è forse rintracciabile nel *Considerandum* n. 13 della Direttiva sulla libera circolazione dei servizi nel mercato interno (su cui v. *infra*, par. 9): «è altrettanto importante che la presente Direttiva rispetti pienamente le iniziative comunitarie basate sull'articolo 137 del Trattato al fine di conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 136 del Trattato per quanto riguarda la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro».

Sul punto si v. comunque le riflessioni di Hepple, 2004, pp. 220 ss., assai critiche nei confronti del *retreat from positive harmonisation*, proclamato negli anni più recenti dalla Commissione, in favore del cd. *metodo aperto di coordinamento*; adde Sciarra, 2004b, pp. 8-9 e 18 ss., e Carabelli, Leccese, 2005, pp. 576 ss. Si v. anche, per una lettura fin troppo ottimistica dell'evoluzione del diritto comunitario di questa fase storica, Lo Faro, Andronico, 2005, pp. 513 ss. Infine, in generale, sul punto si v. la *Bibliografia* generale riportata in Ghera, 2006, p. 416.

(124) Da ultimo su questi aspetti Bellavista, 2006, pp. 21 ss., e *ivi* si v. i numerosi riferimenti bibliografici.

e condivisi, su cui consolidare l'Unione europea, nell'attesa di una, invero ancora incerta, ripresa della marcia verso un futuro costituzionale.

Non è certo questa la sede per affrontare queste tematiche di grande rilievo anche politico (125). Va notato, peraltro, che la questione del rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche non è del tutto estranea alla tematica qui affrontata – dei trattamenti da applicare ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale – avendo incidenza diretta su una controversia attualmente pendente dinanzi alla Corte di Giustizia, il noto caso *Laval*. Di questi aspetti sarà necessario occuparci in questo saggio, anche se, ai fini di una loro migliore comprensione, appare opportuno rinviarne la trattazione a una fase più avanzata del lavoro (v. *infra*, par. 7).

4. — *Il lungo e complesso processo di approvazione della Direttiva n. 96/71: le difformità tra la proposta della Commissione e il testo definitivo* — Di fronte alla descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del dettato del Trattato Ce in materia di politiche sociali e di tutele del lavoro, si colloca l'approvazione, il 16 dicembre 1996, della Direttiva n. 96/71 del Parlamento e del Consiglio europei. Con essa il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno intervenire per disciplinare direttamente la questione dell'applicabilità, da parte di uno Stato membro, delle normative interne di tutela del lavoro ai prestatori di servizi stabiliti in altro Stato membro per i lavoratori distaccati temporaneamente nel territorio del primo, nelle tre ipotesi sulle quali ci si è soffermati in apertura di questo saggio.

Ai fini del discorso che si intende qui sviluppare, peraltro, è da sottolineare che la prima proposta di una Direttiva sulla materia è stata formulata dalla Commissione in data 1° agosto 1991 (126), e dunque nella piena consapevolezza delle posizioni espresse dalla Corte nelle prime tre sentenze sopra citate (casi *Webb*, *Seco*, e soprattutto *Rush Portuguesa*), come d'altronde affiora con molta chiarezza nel punto 14 dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta.

Rispetto a tale proposta, dopo il parere del Comitato economico sociale del 16 dicembre 1991, dopo l'adozione da parte del Parlamento europeo – in data 10 febbraio 1993 – di un parere contenente la pro-

(125) Per questi vari profili, sia consentito un rinvio generale alla *Bibliografia* contenuta in Ghera, 2006, pp. 415 ss., cui *adde* ancora Lyon-Caen, Perulli, 2005; Lo Faro, Andronico, 2005; Giubboni, 2006; Aa.Vv., 2006; Barbera, 2006; Bellavista, 2006.

(126) COM (91) 230 final – SYN 346.

posta di una serie di emendamenti, e dopo una discussione nell'ambito di un gruppo di lavoro sugli «Affari sociali» del Consiglio, la Commissione ha approvato una nuova proposta (modificata) di Direttiva in data 15 giugno 1993 (127). Quindi, a fronte di questa nuova proposta, seguendo la procedura dell'allora art. 189B (ora art. 251) del Trattato, il Consiglio adottava una propria posizione comune in data 3 giugno 1996 (come tale modificativa rispetto alla nuova proposta della Commissione), cui faceva seguito una decisione conforme del Parlamento europeo del 18 settembre 1996 (128), a seguito della quale il Consiglio, in data 16 dicembre 1996, approvava alla fine la Direttiva nella sua veste finale.

Questa breve ricostruzione «storica» del percorso seguito dalle istituzioni comunitarie per l'approvazione della Direttiva n. 96/71 (129) non ha un intento puramente descrittivo, ma è finalizzata a far emergere uno dei problemi interpretativi – certo non l'unico, ma sicuramente uno dei più significativi – da cui risulta afflitta la disciplina della Direttiva in esame.

Se, infatti, si analizza la proposta del 1993 – a sua volta formulata dopo gli emendamenti del Parlamento europeo rispetto a quella del 1991 – si può rilevare come, in merito all'individuazione della normativa applicabile ai lavoratori distaccati nell'ambito delle tre ipotesi, il progetto di Direttiva già prevedesse, all'art. 3, par. 1, lett. *a*, l'obbligo degli Stati membri di estendere a essi le normative di tutela previste «da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, accordi collettivi o arbitrati che trovano applicazione per l'intera categoria professionale e settore interessato e con effetto *erga omnes* e/o giuridicamente vincolanti nella categoria e settori interessati»; ciò in relazione a una serie di materie, o se si preferisce istituti, del rapporto di lavoro di cui veniva formulato un elenco preciso (art. 3, par. 1, lett. *b*), sostanzialmente corrispondente a quello contenuto nella versione finale approvata dal Consiglio e dal Parlamento.

Per altro verso, va notato come numerose siano le *difformità* tra il testo della proposta del 1993 (e già di quella del 1991) e quello definitivo approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo, di cui tre in particolare meritano segnalazione ai fini della nostra indagine.

(127) COM (93) 225 final – SYN 346.

(128) Documento A4-0265/96 (numero indice CELEX 51996AP0265).

(129) Su cui si v. anche Balandi, 1998, pp. 118-120.

In primo luogo, l'ipotesi del distacco di un lavoratore presso altra impresa non era limitata (invero, neppure nel progetto del 1991) al solo caso in cui quest'ultima avesse condiviso con l'impresa distaccante l'appartenenza al medesimo gruppo imprenditoriale, ma aveva una portata generale (130).

Ulteriore difformità di grande rilievo è costituita dal fatto che nella proposta del 1993 (come già in quella del 1991) il riferimento all'estensione *obbligatoria* delle condizioni di lavoro contenute nei contratti collettivi applicabili *erga omnes* – sempre avendo riguardo al gruppo di materie elencate – aveva portata generale, e non riguardava il solo settore delle costruzioni, come poi invece è stato previsto nella formulazione definitiva della norma.

Ma soprattutto va sottolineato come non fosse rinvenibile nel progetto del 1993 (come già in quello del 1991) la previsione della possibilità per gli Stati membri, ora risultante all'art. 3, par. 10, prima parte, di estendere «condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, comma 1, del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico». Né tanto meno era contenuta una previsione corrispondente a quella di cui all'attuale art. 3, par. 9, della Direttiva, in base al quale gli Stati membri possono prevedere che l'impresa distaccante «garantisca ai lavoratori a norma dell'art. 1, par. 3, lett. c, il beneficio delle condizioni che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro».

5. — *La protezione dei lavoratori distaccati: obblighi e facoltà previsti nei confronti dello Stato membro ospitante in relazione all'estensione a essi delle tutele del lavoro interne* — Della difformità relativa al distacco dei lavoratori presso imprese appartenenti allo stesso gruppo si è trattato più sopra; saranno chiariti più avanti i suoi effetti.

Passiamo ora, invece, a esaminare separatamente le altre difformità di cui sopra, ferma restando l'esistenza di importanti connessioni tra esse.

a) A questo riguardo occorre anzitutto chiedersi quali fossero ragioni per cui nella proposta di Direttiva del 1993, e come detto già in quella

(130) Ci si riferisce al fatto che, in base alle proposte del 1991 e del 1993, l'ipotesi del distacco presso un'impresa di altro Stato membro che non appartenga al medesimo gruppo avrebbe dovuto essere assoggettata alla nuova disciplina, mentre, a seguito delle modificazioni apportate nella fase finale di approvazione della medesima, essa non rientra nel campo di applicazione della Direttiva n. 96/71.

del 1991, la Commissione avesse adottato la soluzione della «estensione obbligatoria», da parte degli Stati membri, delle «condizioni di lavoro e di occupazione» riguardanti solo un certo numero di importanti istituti di tutela del lavoro, senza nulla dire in merito a tutti gli altri istituti di tutela del diritto del lavoro.

La lettura dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta del 1991 fa anzitutto emergere – all'interno di un ragionamento economico e di politica sociale, relativo alla progressiva crescita delle prestazioni di servizi transnazionali in ambito europeo, nonché all'esigenza *to increase legal certainty, to ascertain in advance the working conditions applicable and to eradicate practices which may be both detrimental to a fair competition between undertakings and prejudicial to the interests of worker concerned* (131) – la preoccupazione di estendere ai lavoratori distaccati in via *temporanea* in altro Stato membro, nell'ambito di una prestazione di servizi, non le medesime condizioni di lavoro e di occupazione che quest'ultimo impone agli operatori economici in esso stabilmente insediati (anche se per nazionalità appartenenti ad altro Stato membro), bensì soltanto la disciplina relativa a una serie di materie considerate determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza).

È da segnalare, a questo riguardo, che questo profilo è sottolineato più volte nel documento (132). Quasi a voler prendere le distanze dalle più generiche affermazioni della Corte nel caso *Rush Portuguesa* (di cui si è parlato più sopra, e la cui sentenza era in corso di pubblicazione al momento della presentazione della proposta), la Commissione, ricordando come, secondo le sentenze dei casi *Webb* e *Seco*, la libertà di prestazione dei servizi *may be restricted only by provisions which are justified by the general good and imposed on all persons or undertakings operating in the Member States in which the service is to be provided*, giungeva poi a sviluppare queste affermazioni sostenendo che *Community law does not preclude Member States from applying their legislation or collective labour agreements entered into by social partners, relating to wages, working time and other matters, to any person who is employed, even temporarily within their territory, even though the employer is established in another State*.

Ciò premesso – proseguiva la Commissione – la Direttiva proposta, pur senza definire una disciplina uniforme da far valere per tutti i paesi della Comunità, intendeva assicurare ai lavoratori distaccati maggiori

(131) *Explanatory Memorandum* della proposta del 1991, punto 3.

(132) *Ivi*, punti 14 e 19.

garanzie di quelle assicurate loro dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali), le cui disposizioni si applicano, com'è noto, in generale anche alle obbligazioni relative a un contratto di lavoro (133).

Al riguardo vale la pena di ricordare che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della Convenzione, in mancanza di una diversa scelta delle parti, «il contratto di lavoro è regolato:

a) dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure

b) dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese, a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese».

Peraltro, ai sensi del comma 1 del medesimo articolo «la scelta della legge applicabile a opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2».

Inoltre, l'art. 7, comma 1, stabilisce che «nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione». Laddove nel comma 2 del medesimo articolo si prevede che «la presente convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto».

Orbene, per utilizzare le parole della Commissione, se è vero che la Convenzione *lays down general criteria to determining the law applicable*

(133) Per una riflessione sul rapporto tra Direttiva e Convenzione di Roma, si v. Orlandini, 1999, pp. 479 ss.; Juárez Pérez, 1999, pp. 1262 ss.; Gutiérrez-Solar Calvo, 2000, pp. 21 ss.; Maretti, 2000a, pp. 225 ss., e Idem, 2000b, pp. 1148-1149 (per altri riferimenti); Mancino, 2000, pp. 900-901; Roccella, Treu, 2002, pp. 121 ss.

and [...] enables the judge to make the contract subject to mandatory rules sometimes referred to as «directly applicable rules» applying at the place where the work is carried out (art. 7), per contro essa non individua quali siano *such immediately applicable rules*. La proposta di Direttiva mirava appunto *to clarify this point by stipulating the body of rules covered by article 7 of the Convention, i.e. the «public order rules» which constitute a hard core of minimum protection for workers on secondment* (punto 17) (134).

Quest'ultimo aspetto merita particolare evidenziazione; e anzi è la stessa Commissione a sottolinearlo con forza in un successivo passaggio dell'*Explanatory Memorandum: the proposal for a Directive, by identifying a «hard core» of mandatory rules, makes it clear that these constitute a minimum threshold of protection only* (punto 17). Il che lascia intendere come l'intento principale della proposta fosse *soltanto* di porre a carico degli Stati membri l'*obbligo* di prevedere l'applicazione ai lavoratori distaccati sul loro territorio da imprese insediate in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, di un «nucleo duro» di tutele riguardanti una serie di materie specificamente individuate (135).

Ma – nel silenzio del testo normativo della proposta di Direttiva – è del pari evidente che, trattandosi solo di una soglia minima di protezione, non si escludeva che gli Stati membri avessero la *facoltà* di estendere alle predette imprese e ai lavoratori distaccati altre tutele previste dalle normative interne, fermo restando il superamento del *test di proporzionalità* individuato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in

(134) Di questa impostazione si rinviene traccia in alcuni Autori, i quali, con riferimento alla previsione di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva n. 96/71, nel rilevare l'importanza delle materie ivi contemplate hanno affermato che trattasi di *materias que pueden considerarse de orden público, dado que [...] su aplicación es general y obligatoria en el Estrado de ejecución temporal de la prestación de servicios* (Rico Letosa, 2002, p. 45); precisandosi altresì che si tratterebbe di ordine pubblico internazionale (Serrano Olivares, 2002, p. 64). Ma su questi aspetti si tornerà più avanti in testo.

(135) Che tale sia ancora oggi considerata la finalità fondamentale della Direttiva lo si ricava d'altro canto dalle analoghe considerazioni rinvenibili nella Comunicazione della Commissione 25 luglio 2003, COM (2003) 458, par. 2.1 e par. 2.3, dove si parla addirittura di valore aggiunto rispetto alla Convenzione di Roma, nonché rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, dato che la *possibilità* di applicazione della normativa interna di tutela ai lavoratori distaccati da quest'ultima sancita si sarebbe trasformata in *obbligo* di imporre il rispetto di alcune norme riguardanti materie predeterminate. Tuttavia, come si dirà tra breve, questo tipo di argomentazione trascura di considerare che l'estensione di altre discipline di tutela è stata sottoposta dall'art. 3, par. 10, della Direttiva al pesante limite dell'ordine pubblico: ma sul punto ci si soffermerà più avanti.

materia di libertà di prestazione dei servizi, di cui si è trattato nel precedente paragrafo. E in effetti, proprio sulla base del richiamo puntuale di tali limiti di origine giurisprudenziale (136), la Commissione escludeva che il principio di parità di trattamento di cui all'art. 60 del Trattato (ora art. 50) potesse implicare *that all national legislation applicable to nationals of a Member State and usually applied to the permanent activities of undertakings established therein may be similarly applied in its entirety to the temporary activities of undertakings which are established in other States*.

Confrontando quanto appena detto con il testo definitivo della Direttiva n. 96/71, risulta, invece, che la scelta finale del Parlamento e del Consiglio si è mossa in direzione diversa rispetto a quella indicata dalle due proposte del 1991 e del 1993: l'art. 3, par. 10, primo trattino, infatti, prevede sì la possibilità per gli Stati membri di vincolare le imprese che distaccano lavoratori in altri Stati membri (in pari misura rispetto a quelle nazionali) ad applicare a detti lavoratori ulteriori condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle elencate nell'art. 3, par. 1, ma solo «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico».

Sul significato e sulle conseguenze fortemente restrittive di questa espressione ci si soffermerà più avanti. Qui si deve invece rilevare che, grazie alla formulazione estremamente ampia della disposizione della Direttiva, siffatta possibilità per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati condizioni di lavoro e occupazione riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle elencate nell'art. 3, par. 1, comma 1, deve essere intesa come riferita a previsioni appartenenti a una qualsiasi delle fonti indicate nello stesso art. 3, par. 1, comma 1, e cioè tanto alle leggi, quanto ai regolamenti o ad altra fonte amministrativa, quanto ancora ai contratti collettivi o arbitrati «dichiarati di applicazione generale» (si v. anche art. 3, par. 8) (137). Per questi ultimi, sempre sulla base del richiamo formale dell'art. 3, par. 1, comma 1, tale possibilità parrebbe a prima vista riguardare soltanto il settore delle costruzioni. E tuttavia all'opposta conclusione si dovrà giungere dopo aver esaminato la previsione di cui all'art. 3, par. 10, secondo trattino.

(136) Punto 14; le stesse espressioni vengono poi riprese nel punto 19.

(137) Ringrazio la Dott.ssa De Koenig, Funzionario della Commissione, per avermi consentito, in occasione di una proficua discussione di lavoro, di mettere a fuoco alcuni profili dell'art. 3, par. 10, della Direttiva. Ovviamente la responsabilità scientifica di quanto detto in testo è soltanto di chi scrive.

Va sottolineato al riguardo che l'opinione secondo cui il disposto dell'art. 3, par. 10, primo trattino, riguarderebbe le sole norme legali e amministrative (138) – la quale, come si dirà tra breve, finisce per riconoscere, per converso, una portata estremamente ampia alla norma di cui al secondo trattino del medesimo art. 3, par. 10, ritenendo che l'estensione ivi prevista non sia soggetta al limite dell'ordine pubblico – si presenta in contrasto con il dato normativo non solo per l'appena segnalata formulazione ampia e generale dell'art. 3, par. 10, primo trattino, ma anche perché, accettandola, si finirebbe per escludere il settore delle costruzioni dalla possibilità di estensione della normativa contrattuale relativa a materie ulteriori rispetto a quelle del cd. «nucleo duro» di cui al par. 1 dello stesso articolo: tale settore, infatti, non potrebbe essere interessato dalla estensione prevista dalla disposizione di cui all'art. 3, par. 10, secondo trattino, la quale è esplicitamente rivolta ad «attività diverse da quelle contemplate nell'allegato».

b) Passando a esaminare l'altra importante difformità risultante tra la proposta del 1993 e la versione finale della Direttiva n. 96/71, va notato come già nella proposta del 1991 si prevedesse che le *mandatory rules* di cui gli Stati membri dovevano assicurare l'applicazione ai lavoratori distaccati, in quanto destinate ad assicurare *a hard core of minimum protection*, erano quelle «stabilite da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, accordi collettivi o arbitrati che trovano applicazione per l'intera categoria professionale e settore interessato e con effetto *erga omnes* e/o giuridicamente vincolanti nella categoria e settori interessati» (art. 3, par. 1, lett. a).

Nella successiva proposta del 1993, la Commissione, a seguito delle sollecitazioni del Parlamento europeo, aveva introdotto alcune modifiche e perfezionamenti, da un lato, confermando che le norme relative alle materie stabilite da applicare ai lavoratori distaccati erano quelle «stabilite da leggi, regolamenti e disposizioni amministrative, accordi collettivi o arbitrati» (art. 3, par. 1, lett. a), per poi passare a precisare che, «ai sensi del par. 1, lett. a, gli accordi collettivi sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese nell'area geografica e nella professione o nell'industria in questione» e che, in loro assenza,

(138) Davies, 1997, p. 582, e Idem, 2002, p. 299, il quale legge la disposizione come rivolta alle *legal rules*. Così sembrano anche Magnani, 1998, p. 93, e Ojeda-Avilés, 1997, p. 199.

gli Stati membri potevano far riferimento ai contratti collettivi o alle sentenze arbitrali «che sono in genere applicabili nell'area o nella professione o nell'industria in questione», a condizione che la loro applicazione alle imprese che effettuavano il distacco assicurasse la parità di trattamento con le altre «imprese su base nazionale in posizione analoga» (art. 3, par. 4).

Come si vede, la proposta del 1993 introduceva, rispetto a quella del 1991, una serie di precisazioni, in relazione ai contratti collettivi da prendere in considerazione, che sarebbero poi state riprese nella versione definitiva dell'art. 3, par. 8, della Direttiva n. 96/71. Quel che è certo, però, è che tanto nella proposta del 1991, quanto in quella del 1993, *era del tutto assente la limitazione costituita dal richiamo dei soli contratti collettivi del settore delle costruzioni*. Ed è altresì evidente come l'introduzione di tale limitazione abbia ristretto notevolmente la portata della norma di cui all'art. 3, par. 1, dato che, al di fuori del settore delle costruzioni, le tutele del lavoro che gli Stati membri sono obbligati a rendere applicabili ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, in relazione alle materie elencate da questa stessa disposizione, sono solo quelle previste dalla legge o da disposizioni regolamentari e amministrative.

Si comprende pertanto la *ratio* dell'ulteriore, nuova previsione introdotta nel testo finale della Direttiva (rispetto alla proposta del 1993), quella contenuta sempre nell'art. 3, par. 10, secondo trattino, in base alla quale gli Stati membri possono imporre alle imprese che distaccano lavoratori in altri Stati membri (in pari misura rispetto a quelle nazionali) «condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8, riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato»: con essa si è inteso riconoscere agli Stati membri in termini di *facoltà* ciò che nella proposta di direttiva del 1993 (e già in quella del 1991) era stato previsto come *obbligo*, e che tale è rimasto solo per il settore delle costruzioni (il quale, come è fatto notorio, è uno dei settori più interessati al fenomeno del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. a).

A questo riguardo occorre precisare come il suo dettato generico non debba trarre in inganno: la norma – a parte i problemi legati alla esistenza e comunque alla individuazione, in ciascuno Stato membro, dei contratti collettivi «estendibili» (139) – non intende consentire,

(139) Cfr. in particolare Ojeda-Avilés, 1997, pp. 127-128.

nei settori diversi da quello delle costruzioni, l'applicazione *in toto* delle tutele di lavoro previste dai contratti collettivi o arbitrati (di cui al par. 8 dell'art. 3) (140); essa permette agli Stati membri di stabilire che anche in altri settori possano applicarsi ai lavoratori distaccati le discipline di tutela previste dai predetti contratti collettivi o arbitrati, ma *soltanto* con riferimento alle materie elencate nell'art. 3, par. 1: l'estensione da essa prevista, insomma, riguarda solo l'ambito settoriale, ma non anche il profilo contenutistico. Questa interpretazione, che deriva da una lettura al tempo stesso analitica e sistematica della disposizione (141), è quella accolta nei documenti comunitari (142), ma trova accreditamento anche nel fatto che l'altra interpretazione (cioè quella dell'estendibilità *in toto* delle tutele contrattuali) introdurrebbe una irragionevole differenza di trattamento con il settore delle costruzioni: dato l'esplicito riferimento dell'art. 3, par. 10, secondo trattino, alle «attività diverse da quelle contemplate nell'allegato», per questo settore sarebbe inevitabilmente operante, ai fini dell'estensione delle tutele ulteriori rispetto a quelle del «nucleo duro», il limite dell'ordine pubblico di cui al primo trattino.

Proprio questa considerazione, peraltro, induce a sua volta a ritenere che – come preannunciato nella precedente lettera a) – all'art. 3, comma 10, primo trattino, va riconosciuta (cosa senz'altro possibile, sempre grazie alla sua ampia formulazione) una portata generale, riconoscendo che esso riguarda (oltre che le disposizioni legali e amministrative) anche le disposizioni contrattuali *di tutti i settori*. In altre parole, e concludendo, *nei settori diversi da quello delle costruzioni*, è consentito allo Stato membro, *esercitando entrambe le facoltà* previste dall'art. 3, par. 10, secondo e primo trattino, di estendere tanto le disposizioni dei contratti collettivi relative alle materie di cui al «nucleo duro», quanto quelle relative a ulteriori materie, ma in questo (secondo) caso sempre nel rispetto del limite dell'«ordine pubblico». La soluzio-

(140) In tal senso v., invece, Davies, 2002, p. 299, Ahlberg, Bruun, Malmberg, 2006, pp. 164-165, Pallini, 2006a, p. 273, e Idem, 2006b, p. 242; così sembrano ritenere anche Magnani, 1998, p. 93, Ojeda-Avilés, 1997, p. 129, e Beltrán Miralles, 2000, p. 328.

(141) Nel senso del testo sembra orientato Quenaudon, 1997, testo e note pp. 87-88, Chieco, 2004, p. 64, e Lhernould, 2005, pp. 1197-1198.

(142) Cfr. la Comunicazione della Commissione del 25 luglio 2003, COM (2003) 458, par. 2.2, ma v. anche, con molta chiarezza, il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nella parte relativa all'art. 3, par. 10, secondo trattino.

ne interpretativa qui prospettata trova, d'altronde, anche per questo aspetto, conferma in atti degli organi ufficiali della Comunità (143).

Va sottolineato che la questione appena esaminata è di particolare rilievo. Molti Stati membri (tra cui l'Italia), infatti, sembrano aver fatto propria un'interpretazione estensiva dell'art. 3, par. 10, secondo trattino, attirandosi le forti critiche della Commissione (144); ma di questo aspetto si tratterà più avanti.

c) Un richiamo, ancora, va fatto alla previsione, sopra ricordata, contenuta nell'art. 3, par. 9, relativa alle ipotesi di distacco effettuato da imprese dedite alla somministrazione di lavoratori interinali o alla cessione temporanea di lavoratori.

In tal caso, infatti, fermo restando l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'estensione ai lavoratori distaccati delle tutele del lavoro di cui all'art. 3, par. 1, è stata introdotta – rispetto alle proposte del 1991 e del 1993 – la possibilità per gli Stati membri di assicurare addirittura la piena uniformità di trattamento di questi lavoratori rispetto a quelli direttamente assoggettati alle discipline interne (145).

Da questo punto di vista può dirsi che la disposizione dell'art. 3, par. 9, assegna all'ipotesi del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. c, un trattamento di miglior favore rispetto alle altre due, assicurando agli Stati membri la possibilità, attraverso l'estensione totale delle tutele interne senza il limite dell'ordine pubblico, di adottare una misura di effettiva portata *anti-dumping* nei confronti di imprese che svolgono un'attività così delicata come quella di somministrazione o cessione di lavoratori.

6. — Segue: *i problemi interpretativi posti dal dettato dell'art. 3, par. 10, della Direttiva* — Una prima generale considerazione da effettuare a questo punto dell'indagine è che il *Considerandum* n. 11 della Direttiva ricorda (e dunque conferma) che, in base al principio di preminenza del diritto comunitario sancito nell'articolo 20 della Convenzione di Roma

(143) Si v. la Comunicazione della Commissione del 25 luglio 2003, COM (2003) 458, par. 2.2. Si v. anche *Rapport des Services de la Commission ecc.* del 4 aprile 2006, SEC (2006) 439, par. 4.9.1.

(144) Per quanto riguarda la normativa di attuazione italiana v., anche per ulteriori riflessioni circa i problemi posti dalla efficacia meramente privatistica dei contratti collettivi, anche se stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi, Pallini, 2006a, pp. 273-274.

(145) Cfr. anche Balandi, 1998, p. 122.

del 1980, «la suddetta convenzione non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanare dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti». Dal che si deduce che le previsioni della Direttiva sopra esaminate (ci si riferisce in particolare all'art. 3, par. 1, 9 e 10) prevalgono sulle regole predisposte dalla medesima Convenzione.

Ciò premesso, si può passare a rispondere all'interrogativo di quali siano le implicazioni delle importanti modificazioni apportate dal Consiglio e dal Parlamento europeo, in occasione dell'approvazione della Direttiva n. 96/71, alla proposta della Commissione del 1993.

a) A questo riguardo va anzitutto osservato che il risultato che emerge dalla precedente ricostruzione è in qualche misura sorprendente. Infatti, a prima vista, potrebbe sembrare che l'introduzione nel testo definitivo della Direttiva n. 96/71 dell'art. 3, par. 10, abbia comportato un accrescimento (rispetto alla proposta del 1993) del potere per gli Stati membri in materia di tutele del lavoro, soddisfacendo in qualche misura l'esigenza di estendere ai lavoratori distaccati anche le disposizioni riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle dell'art. 3, par. 1 (e ciò, anche con riferimento alle norme di tutela dei contratti collettivi relativi a settori diversi da quello delle costruzioni). In questa prospettiva, la fissazione del limite dell'«ordine pubblico» costituisce una sorta di «prezzo» pagato nella definizione di un compromesso tra libertà di prestazione dei servizi, tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori distaccati, tutela della libertà economica e di concorrenza delle imprese nazionali nonché tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori da queste ultime dipendenti (*dumping* sociale).

E invece, a ben esaminare la questione, ci si accorge che le cose stanno in modo totalmente diverso. Come si è visto in precedenza, all'atto della presentazione della proposta del 1993, la Commissione era ben consapevole della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutele del lavoro e libertà di prestazione sancita dal Trattato, formatasi nelle tre sentenze *Webb*, *Seco* e *Rush Portuguesa*, e dunque non poteva non essere altresì consapevole che *obbligare* gli Stati membri a rendere applicabile ai lavoratori distaccati sul proprio territorio la normativa relativa a un «nucleo duro» di materie non escludeva certo – proprio nel silenzio della normativa proposta – la *facoltà* dei medesimi Stati di ren-

dere applicabili a quei lavoratori, in forza di quella giurisprudenza, anche ulteriori disposizioni di tutela del lavoro (tenuto conto, tra l'altro, della formula assai ampia adottata in *Rush Portuguesa* dalla Corte di Giustizia, la quale solo più tardi, a partire dalla sentenza *Vander Elst*, sarebbe tornata a formule più bilanciate).

Se ciò è vero, ne risulta che l'esplicita previsione dell'art. 3, par. 10 introdotta dal Consiglio e dal Parlamento nella versione finale della Direttiva n. 96/71, e specificamente l'assoggettamento al limite dell'«ordine pubblico» della possibilità di estendere ai lavoratori distaccati le tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del «nocciolo duro», si traduce, in realtà, in una restrizione rispetto alla possibilità, direttamente garantita dal Trattato, di applicare ai lavoratori distaccati l'insieme delle tutele lavoristiche con i «soli» limiti di derivazione giurisprudenziale appena ricordati. Ed è da sottolineare che, paradossalmente, con la fissazione del limite dell'ordine pubblico, viene del tutto alterato il senso dell'ulteriore affermazione, contenuta nella parte iniziale dell'art. 3, par. 10, secondo il quale l'estensione facoltativa deve avvenire «nel rispetto del Trattato». In assenza del riferimento all'ordine pubblico, infatti, tale espressione avrebbe di per sé implicato il richiamo diretto dell'elaborazione della Corte di Giustizia (146).

A questo riguardo va notato come sull'espressione «disposizioni di ordine pubblico» si siano inevitabilmente concentrate le attenzioni degli organi comunitari in una serie di recentissimi documenti ufficiali, data l'importante funzione-limite da essa assolta.

Per il vero, già nel momento del *rush* finale per l'approvazione della Direttiva, risulta che Consiglio e Commissione, nelle dichiarazioni da iscriverne al processo verbale del Consiglio (147), avevano precisato che *le mots «dispositions d'ordre public» devraient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public* (148).

(146) Sul punto si v. comunque le riflessioni di Davies, 1997, pp. 592 ss., spec. pp. 593-594, effettuate in diversa prospettiva.

(147) *Déclarations à insérer au procès verbal du Conseil*, 20 settembre 1996, 100048/96 Limite SOC 264 CODEC 550, punto 10.

(148) La dichiarazione continuava precisando che *ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorité publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail*.

Successivamente all'approvazione della Direttiva la questione è stata più volte ripresa, con toni non molto differenti, in altri documenti ufficiali della Commissione e dei Servizi di supporto a quest'ultima.

Così nella Comunicazione del 25 luglio 2003, la Commissione (149) ha sostenuto che «la Direttiva non permette assolutamente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro» in quanto, oltre alle disposizioni relative alle materie di cui all'art. 3, par. 1, «gli Stati membri possono aggiungere *unicamente* disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale» (150). In altra parte del documento (151), inoltre, dopo aver, appunto, ribadito che «gli Stati membri non sono liberi di imporre tutte le disposizioni obbligatorie del loro diritto del lavoro», la Commissione giunge ad affermare che essi «sono tenuti a rispettare le disposizioni del Trattato Ce, segnatamente dell'art. 49, come interpretato dalla Corte di Giustizia (a tale proposito si v. in particolare le sentenze *Portugaia Construções e Mazzoleni*)» (152).

Dopo di che, la Commissione – ragionando in modo, per così dire, *direttamente consequenziale* rispetto a queste ultime affermazioni – torna a soffermarsi sul concetto di «ordine pubblico» di cui all'art. 3, par. 10, primo trattino, della Direttiva, precisando ancora che esso va interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale «sebbene non contenga una definizione precisa della nozione di ordine pubblico, contenuta in particolare negli artt. 46 e 56 del Trattato Ce, riconosce che la nozione può variare in base al paese e all'epoca (Corte di Giustizia Ce C-30/77 del 25 ottobre 1977) lasciando alle autorità competenti un certo margine discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato». E tuttavia, prosegue la Commissione, detta giurisprudenza indica, da un lato, «che il concetto di ordine pubblico deve essere interpretato in modo restrittivo (Corte di Giustizia Ce C-260/89, del 18 giugno 1991) e che non può essere determinato unilateralmente da ciascuno Stato membro», e, dall'altro, che «la necessità di invocare l'ordine pub-

(149) COM (2003) 458, par. 4.1.1.

(150) Concorde sul punto Lhernould, 2005, p. 1198, il quale afferma che *afin de garantir une application uniforme du droit communautaire dans les États membres et en vertu du principe de primauté de celui-ci, il apparaît que la notion d'ordre public doit être mesurée en fonction des critères dégagés au niveau communautaire.*

(151) Par. 4.1.2.2.

(152) Rispettivamente C-164/99 e C-165/98, sulle quali v. *supra*.

blico deve essere giustificata da gravi ragioni di interesse generale (Corte di Giustizia Ce C-484/93, del 14 novembre 1995), presupporre l'esistenza di una minaccia effettiva e abbastanza grave a uno degli interessi fondamentali della collettività (Corte di Giustizia Ce C-30/77, del 27 ottobre 1977), ed essere conforme ai principi generali del diritto, in particolare ai diritti fondamentali e al principio generale della libertà di espressione». Sempre nel citato documento, infine, la Commissione, nell'intento di affinare ulteriormente il concetto in questione, lo ha messo in diretta connessione con le leggi di polizia e di sicurezza, sottolineando come occorra tenere presente anche «la differenza tra le disposizioni nazionali di ordine pubblico interne da un lato e disposizioni d'ordine pubblico come le leggi di polizia, legate al contesto internazionale»: gli Stati membri «che nella loro legge di recepimento aggiungono esplicitamente all'elenco delle norme imperative disposizioni ritenute d'ordine pubblico a *livello nazionale*, dovranno modificare la loro legge tenendo conto di quanto precede» (153).

Come si vede, il preciso indirizzo della Commissione è di fondare un'interpretazione assai rigorosa e, perciò, restrittiva della nozione di «ordine pubblico» (154), rendendo in tal modo fortemente limitata la possibilità, per gli Stati membri, di utilizzare l'art. 3, par. 10, della Direttiva al fine di estendere ai lavoratori distaccati anche normative interne legali, amministrative o contrattuali che stabiliscano tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle dell'elenco di cui all'art. 3, par. 1. E la posizione può essere ancor meglio compresa ove si tenga

(153) La Commissione ricorda inoltre come nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, si «riteneva che la definizione "disposizioni di ordine pubblico" di cui all'art. 3, par. 10, riguardi le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali stabiliti dalla legislazione dello Stato membro interessato e/o dal diritto internazionale, in particolare: libertà di associazione e diritto di contrattazione collettiva, proibizione del lavoro forzato, principio di non discriminazione, eliminazione del lavoro minorile che costituisce una forma di sfruttamento, protezione dei dati e diritto al rispetto della vita privata».

(154) D'altronde nella Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15 novembre 2006 e dal Consiglio l'8 dicembre 2006, su cui v. *infra*, par. 9), al *Considerandum* n. 41, si afferma che «il concetto di "ordine pubblico", come interpretato dalla Corte di Giustizia, comprende la protezione contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività e può includere, in particolare, questioni legate alla dignità umana, alla tutela dei minori e degli adulti vulnerabili e al benessere degli animali».

presente la particolare realtà che si è presentata alla Commissione nel momento in cui è andata a indagare sulle opzioni effettuate dagli Stati membri in relazione all'attuazione della Direttiva: in molti Stati, tra cui l'Italia, si è optato per una estensione generale ai lavoratori distaccati dell'intera normativa protettiva del lavoro fissata da leggi, disposizioni amministrative e contratti collettivi di livello nazionale, evidentemente considerando il diritto del lavoro nazionale in sé stesso come normativa di ordine pubblico (e quindi adottando una concezione di «ordine pubblico» sul piano nazionale e non internazionale) (155). Di qui il giudizio implacabile formulato nella Comunicazione in esame: «gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l'osservanza dell'intero diritto del lavoro del paese ospitante durante il periodo di distacco oltrepassano chiaramente il contesto definito dalla legislazione comunitaria» (156).

Tuttavia, come ritengo appaia ormai chiaro dalla trattazione che precede, il ragionamento della Commissione, d'altronde coerente con la scelta del legislatore comunitario, fa emergere un vero e proprio contrasto tra il dettato della Direttiva e quello del Trattato, quale risultante dall'interpretazione pluriennale della Corte di Giustizia in materia di libertà di prestazione dei servizi. E ci si riferisce non alla disquisizione relativa al significato da attribuire all'espressione «ordine pubblico», bensì alla identificazione stessa, da parte dell'art. 3, par. 10, dell'«ordine pubblico» quale parametro sulla base del quale misurare la legittimità della compressione della libertà di prestazione dei servizi attuata attraverso l'estensione di tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del «nucleo duro» di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71.

Al riguardo si deve ricordare quanto emerso dall'indagine che precede, e cioè che il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte sul rap-

(155) Si v. il *Rapporto dei Servizi della Commissione sull'attuazione della Direttiva n. 96/71, concernente il distacco di lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi*, del gennaio 2003, Cap. III (Eccezioni e opzioni previste dalla Direttiva), par. n. 3 (Altre opzioni), e il successivo *Rapport des Services de la Commission ecc.* del 4 aprile 2006, SEC (2006) 439, par. 4.9.1.

Val la pena di segnalare, a questo riguardo, che uno dei primi commentatori della Direttiva in Italia aveva immediatamente dato una interpretazione estremamente ampia dell'espressione, sostenendo che «l'area dell'«opzione zero» può [...] essere ampliata a dismisura, con un semplice riferimento alla formula dell'ordine pubblico»: Biagi, 1996, p. 7, e Maretti, 2000a, pp. 232-233. Sul punto v. anche Pallini, 2006b, p. 273, e Idem, 2006c, par. 6.

(156) Par. 4.1.2.2, ultimo cpv.

porto tra libertà di prestazione dei servizi e tutele sociali e del lavoro è (ed era già, come visto, all'atto dell'approvazione della Direttiva) nel senso di considerare queste ultime, in quanto espressione di interessi nazionali sociali di particolare rilievo, come idonee *di per sé stesse* a comprimere legittimamente quella libertà, con la sola condizione del superamento del *test di proporzionalità*, quale ricostruito nel precedente par. 3, a) (e che, come detto, si atteggia a vero e proprio criterio di bilanciamento tra i valori e principi in gioco). In tal senso, grazie a questa giurisprudenza, gli interessi nazionali di protezione sociale e del lavoro (e le relative normative interne di tutela) sono venuti ad affiancarsi a tutte le altre «ragioni imperative di interesse generale» (e alle relative norme interne di tutela) – emergenti dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte quali motivi giustificativi di limiti alla libera circolazione dei servizi – con una *propria e autonoma identità* (157), e cioè indipendentemente dall'essere eventualmente (se non eccezionalmente) riconoscibili *anche* come ragioni collegate all'ordine pubblico, o al limite alla pubblica sicurezza o alla sanità pubblica (le quali, a loro volta, costituiscono, per così dire, generali ragioni giustificative specificamente *nominate* negli artt. 46, par. 1, e 56 del Trattato) (158).

Se ciò è vero, non appare ammissibile la scelta del Consiglio e del Parlamento di inserire, nell'art. 3, par. 10, primo trattino, della Direttiva n. 96/71 il vincolo dell'«ordine pubblico»; così come, dall'altro lato, non è accettabile il (conseguente) percorso interpretativo seguito dalla Commissione. Il problema, infatti, non è quello di attribuire un'interpretazione ampia o ristretta al limite dell'«ordine pubblico», quanto quello di prendere atto che le ragioni di tutela sottostanti alle normative di diritto del lavoro – indipendentemente dal potersi o meno identificare, in tutto o in parte, con ragioni di «ordine pubblico» – *hanno un loro rilievo*

(157) Cfr. *Schmidberger* C-112/00 del 12 giugno 2003, punto 78. La mancanza di questo chiarimento, effettuato solo di recente dalla Corte, ci sembra aver contribuito alla mancata percezione della differente portata dei limiti da parte della dottrina che ha riflettuto sulla Direttiva subito dopo la sua approvazione: cfr. Davies, 1997, pp. 597-598, e Pallini, 2006b, pp. 243 ss., *sub* testo e note pp. 15 ss.

V. inoltre *supra*, nota n. 55, il testo del *Considerandum* n. 40 e dell'art. 4, n. 8, della Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno.

(158) Si rammenta che, ai sensi dell'art. 46, par. 1, «le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

peculiare quali autonome ragioni «giustificative» di vincoli apposti alle libertà economiche del Trattato, e sono sottoponibili a un autonomo giudizio di bilanciamento, ovvero di proporzionalità, che non ha nulla a che vedere con la valutazione dell'esistenza di motivi di ordine pubblico. La diversa soluzione adottata dall'art. 3, par. 10, insomma, comporta una violazione della normativa del Trattato, nella misura in cui, sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, il rapporto tra libertà di prestazione di servizi e tutele nazionali del lavoro va fondato sul loro diretto *bilanciamento* (o meglio, sul bilanciamento dei valori e principi a esse sottesi) attuato tramite il noto *test di proporzionalità* (159).

Delle ragioni effettive di tale scelta del legislatore comunitario chi scrive non è stato in grado di trovare traccia. Se essa è stata effettuata con l'intenzione di rendere possibile – ma solo con il temperamento costituito dal limite dell'ordine pubblico – ciò che pareva impedito dalla previsione dell'art. 3, par. 1, si sarebbe trattato di un macroscopico errore di valutazione; meglio sarebbe stato, infatti, per quanto sopra osservato, conservare il silenzio che sul punto aveva mantenuto la proposta di Direttiva del 1993 (come già quella del 1991). V'è da pensare, tuttavia, che, in realtà, la scelta sia stata effettuata in modo pienamente consapevole, con l'intento di contenere la spinta dirompente che la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutele del lavoro sembrava in procinto di esercitare nei confronti della libertà di prestazione di servizi: già si è ricordato come la discussione finale della Direttiva sia avvenuta subito a ridosso della sentenza *Rush Portuguesa*, prima che con le sentenze successive la Corte giungesse – come si è visto – a rifinire le sue posizioni in modo più armonico con quelle generali che essa stava elaborando in relazione alle normative non lavoristiche limitative della libera circolazione dei servizi (160).

(159) E d'altro canto, a voler leggere tra le righe della stessa Direttiva, l'ambiguità della scelta del legislatore comunitario traspare dal confronto tra il *Considerandum* n. 12, il quale riprende integralmente e quasi letteralmente le affermazioni della Corte di Giustizia («considerando che il diritto comunitario non osta all'estensione del campo di applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione o all'estensione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali alle persone che sono occupate, anche temporaneamente, sul loro territorio, anche se il loro datore di lavoro risiede in un altro Stato membro; che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di garantire con mezzi adeguati l'osservanza di queste norme»), e i *Consideranda* nn. 10-11 e 13-14, nei quali si parla di norme di polizia, di tutela minima e di «nociolo duro».

(160) Questa ad esempio è stata «a caldo» la valutazione di Davies, 1997, pp. 586 ss., spec. pp. 590-1, e di Quenaudon, 1997, testo e note 3 e 4. V. anche

Quali che siano state le ragioni della predetta scelta (161), l'analisi svolta ha delle implicazioni di rilievo.

Chi scrive, in una precedente occasione, aveva segnalato come il legislatore comunitario, nell'imporre agli Stati membri l'obbligo di rendere applicabili, ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, alcune normative interne di tutela del lavoro ai sensi dell'art. 3, par. 1, avesse così effettuato, esso stesso, con il suo intervento regolativo, una *diretta ponderazione*, ovvero *bilanciamento*, degli interessi in campo, assegnando prevalenza alle esigenze di protezione del lavoro rispetto a quelle economiche (di cui è, appunto, espressione la libertà di prestazione dei servizi) in relazione alle varie materie del cd. nocciolo duro (162). E sulla base di questa premessa si era giunti alla conclusione, invero di valore essenzialmente teorico, che «si dovrebbe ammettere – seppure in via di ipotesi limite – che la Direttiva, proprio per questa sua scelta “forte”, possa essere a sua volta sottoposta al giudizio della Corte in relazione al bilanciamento e alla scelta di priorità da essa effettuati (cfr. artt. 230 ss.)» (163). Ma se ciò è vero – lo si ripete, sul piano meramente teorico – per le previsioni contenute nell'art. 3, par. 1, della Direttiva, non potrebbe non valere – in una diversa prospettiva, ma senza dubbio con maggiore evidenza – per quella contenuta nell'art. 3, par. 10, in relazione al conflitto regolativo, questa volta assai più visibile e tangibile, che si è appena descritto.

Orlandini, 1999, pp. 469-470; Vicente Pachés, 2000, p. 13; Bano, 2001, p. 12; Chieco, 2004, pp. 61 ss.; Pallini, 2006b, p. 241.

(161) Rispetto alla quale sarebbe interessante ricostruire (anche attraverso la ricognizione del dibattito avvenuto all'interno del Consiglio, la cui documentazione è risultata irraggiungibile) l'incidenza delle pressioni esercitate dai sindacati europei, in particolare del settore delle costruzioni, i quali, come segnalato da un Autore, *played a key role in the decision-making process leading to adoption of the Directive. They acted as experts for the European Commission, for the Economic and Social Committee and for the Social Committee of the European Parliament*. Cremers, 2006, p. 171.

(162) Carabelli, Leccese, 2005, p. 566. V. anche, per analoga valutazione, Gutiérrez-Solar Calvo, 2000, p. 184.

(163) Un'affermazione, questa, la quale trovava evidentemente fondamento nel valore sovraordinato del Trattato rispetto agli atti legislativi comunitari attuativi di esso; si rinvia, a questo riguardo, a quanto sopra precisato in relazione alla struttura gerarchica dell'ordinamento comunitario. Sul punto v. ancora Carabelli, Leccese, 2005, p. 566, ma già Orlandini, 1999, p. 470, e Giesen, 2003, p. 153 (*all of the provisions of the Directive must be examined for their conformity with article 49 EC*). In generale su questo tipo di controllo della Corte di Giustizia si v. Tesouro, 2005, pp. 218 ss., spec. pp. 232 ss.; Strozzi, 2005, pp. 300 ss.; Mengozzi, 2003, pp. 208 ss.

b) Ciò detto, altro profilo da evidenziare è che, negli anni più recenti, la dottrina (164) ha più volte sottolineato come il fatto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, uno Stato membro sia obbligato a stabilire l'applicazione, nei confronti dei lavoratori distaccati, delle condizioni di lavoro e occupazione previste, nelle materie di cui all'elenco ivi contenuto, da leggi, regolamenti e norme amministrative, nonché nel settore delle costruzioni, dai contratti collettivi e arbitrati, non fa certo venir meno la necessità che le discipline dei singoli istituti da estendere siano *compatibili* con la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato. Dove siffatta compatibilità – a parte il richiamo di quanto sopra argomentato, in ordine alla opportunità di ragionare ormai in termini di *bilanciamento* – va intesa nel senso della «formula» sopra riportata, a fronte della quale l'essenza del giudizio si fonda sul *test di proporzionalità*, a sua volta consistente nel verificare se i lavoratori distaccati godono o meno di un tutela uguale o sostanzialmente analoga nel paese di origine, nonché (in caso negativo) se la normativa interna applicata ai lavoratori distaccati apporti effettivi vantaggi a essi (in termini di tutela aggiuntiva), e infine se lo stesso risultato sia raggiungibile mediante regole meno restrittive (165). E questa posizione è stata non soltanto puntualmente esplicitata in documenti ufficiali degli organi comunitari (166), ma soprattutto concretamente praticata dalla Corte di Giustizia in una serie di recenti sentenze, in cui è stata chiamata a valutare se alcune normative di tutela relative a materie attinenti al cd. «nocciolo duro», che uno Stato Membro – in specifica osservanza del vincolo posto dall'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 – aveva applicato alle imprese di servizi di altri Stati membri in relazione ai lavoratori di-

(164) Davies, 2002, pp. 300-1 (*it is difficult to see a good legal reason why the Court's view on the issue of compatibility should be different simply because, and to the extent that, the domestic laws are necessary to implement the directive*); Giesen, 2003, p. 153; Hepple, 2005, pp. 171-172; Carabelli, Leccese, 2005, p. 566; Lyon-Caen, 2005, p. 505; Lhernould, 2005, p. 1199; Bellavista, 2006, pp. 28-29; Pallini, 2006c, par. 7.

(165) V. *supra*, par. 3 a).

(166) Si v. ancora la Comunicazione della Commissione del 25 luglio 2003, COM (2003) 458, par. 4.1.1 e 4.2.1, ma soprattutto la successiva Comunicazione della Commissione (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*), del 4 aprile 2006, COM (2006) 159 definitivo, predisposta sulla base di una richiesta del Parlamento europeo contenuta nella Risoluzione sull'applicazione della Direttiva n. 96/71/Ce negli Stati membri del 15 gennaio 2004 [P5_TA (2004) 0030], quasi interamente dedicata a esaminare questo profilo, anche con riguardo alla concreta casistica. V. anche il *Rapport des Services de la Commission ecc.*, del 4 aprile 2006, SEC (2006) 439, par. 3.3, 4.1.

staccati nel suo territorio, contrastassero o meno con la libertà di prestazione dei servizi sancita nel Trattato. La Corte, infatti, non ha avuto dubbi nell'effettuare tale valutazione, rigorosamente attenendosi, nel suo giudizio di compatibilità con la libertà di prestazione dei servizi, e dunque nella effettuazione del *test di proporzionalità*, alla sua precedente giurisprudenza (167).

Orbene, è evidente, come si è già accennato più sopra, che in assenza della previsione dell'art. 3, par. 10, un analogo giudizio avrebbe dovuto interessare tutte le disposizioni interne legislative, amministrative o contrattuali relative a materie ulteriori rispetto a quelle del «nucleo duro» che uno Stato membro avesse deciso di rendere applicabili ai lavoratori distaccati. E invece, la presenza di questa disposizione nella Direttiva, e, in particolare, del limite dell'«ordine pubblico», richiede un giudizio fondato – come risulta dalla *Comunicazione* della Commissione su cui ci si è soffermati più sopra – su parametri assai più restrittivi (168).

Si comprende, dunque, perché, in dottrina, taluno ha sentito il bisogno di uniformare, attraverso lo strumento dell'interpretazione, il dato letterale della norma a quello derivante dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia: si è detto, al riguardo, che «per l'interpretazione del concetto di “ordine pubblico” (dal quale, si ripete, dipende l'effetto che la Direttiva è destinata ad avere sul potere di regolamentazione degli Stati membri), il riferimento obbligato è costituito dalla giurisprudenza della Corte sugli artt. 59-60 del Trattato della Comunità europea, relativa ai limiti che è possibile imporre alla libertà di prestazione dei servizi» (169). In buona sostanza l'idea si fonda sul presupposto che la nozione di «ragioni imperiose di interesse generale» elaborata

(167) Si v. *Wolff & Müller GmbH & Co.* C-60/03, del 12 ottobre 2004 (spec. punto 30); *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* C-341/02, del 14 aprile 2005 (punti nn. 24 e 25). Segnalano bene questo aspetto Lehnould, 2005, p. 1202, e Pallini, 2006c, par. 7.

(168) Si v. al riguardo anche la recente sentenza relativa al caso *Omega Spielhallen* C-36/02 del 14 ottobre 2004, dove, dopo aver precisato che «l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e abbastanza grave a uno degli interessi della collettività» (punto 30), la Corte afferma poi che «misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solamente ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi perseguiti e solamente a condizione che tali obiettivi non possano essere perseguiti con provvedimenti meno restrittivi» (punto n. 36).

(169) Orlandini, 1999, p. 478; su questo presupposto sembra muoversi anche Pallini, 2006b, pp. 243 ss., *sub* note 15 ss.

dalla Corte di Giustizia possa essere fatta coincidere con la nozione di «ordine pubblico» (170). Il che, come si è visto dalla trattazione che precede – oltre a essere rifiutato dalle istituzioni comunitarie, che del limite dell'ordine pubblico danno una lettura del tutto diversa –, non risulta in realtà plausibile, stante l'autonomia concettuale che la Corte di Giustizia ha espressamente assegnato a quelle ragioni – tra le quali si collocano le esigenze di tutela del lavoro – rispetto alle esigenze (tra l'altro di assai maggior rigore) riconducibili invece all'ordine pubblico.

c) Ancora un cenno alla specifica previsione contenuta nell'art. 3, par. 9, della Direttiva, relativa alla *possibilità* per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati da imprese insediate in altri Stati membri che svolgono attività di somministrazione o di cessione temporanea di lavoratori l'intera disciplina di tutela del lavoro direttamente applicata ai lavoratori somministrati o ceduti dalle corrispondenti imprese interne.

Alla luce di quanto detto nelle precedenti lettere non pare che la specificità di questa previsione, comunque di favore, possa escludere la necessità che siffatta estensione rispetti la libertà di prestazione dei servizi, in quanto sancita direttamente dal Trattato. È dunque da ritenere che, pure in questo caso, l'eventuale estensione di norme di tutela sia assoggettata al giudizio di «compatibilità» e di «proporzionalità», sempre secondo i parametri fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; il che, rispetto al limite dell'«ordine pubblico» di cui all'art. 3, par. 10, è comunque un passo avanti.

7. — *Alcune annotazioni conclusive sulla Direttiva n. 96/71* — Tirando le somme del discorso fin qui condotto, conviene ancora interrogarsi su quale regime si applichi nei casi in cui la mobilità di lavoratori dipendenti, che avvenga in relazione a una prestazione di servizi transnazionale del loro datore di lavoro, non rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva [si è fatto, in particolare, cenno, più sopra, ai «distacchi intercorrenti fra soggetti imprenditoriali completamente autonomi, non unificabili, cioè, all'interno di una nozione classica di gruppo» (171), ma anche ad altri casi espressamente o implicitamente esclusi] (172). Ebbene, la soluzione di questo interrogativo pare abbastanza

(170) Così, in effetti, sembra ricavarsi anche da un successivo contributo dell'Autore (Orlandini, 2006, pp. 19 ss.).

(171) Esposito, 2002, p. 67.

(172) V. *supra*, testo e nota n. 35.

conseguenziale rispetto a quanto fin qui detto: gli Stati membri non hanno alcun *obbligo* di estendere ai prestatori di servizi che esercitano la libertà di circolazione sancita dal Trattato, nonché ai relativi lavoratori dipendenti operanti sul loro territorio, i trattamenti di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 (in questo, dunque, i lavoratori soffrono di una condizione svantaggiata). Per contro, per quanto paradossale possa sembrare, ciascuno Stato membro ha la (mera) *facoltà* di estendere (potenzialmente tutte) le norme interne di tutela del lavoro, entro i generali limiti del *test di proporzionalità* elaborati dalla Corte in relazione alla libertà di prestazione dei servizi (173), e non entro il limite dell'ordine pubblico fissato dall'art. 3, par. 10, della stessa Direttiva (in questo, essi godono, invece, di una condizione di miglior favore) (174).

Ciò detto, qualche riflessione merita ancora un aspetto cui si è accennato in apertura: la pericolosa amplificazione della libertà di prestazione dei servizi rispetto alla libertà di stabilimento derivante dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (caso *Schnitzer*). L'attribuzione al requisito della «temporaneità» di un significato talmente lato da consentire, di fatto, una presenza relativamente costante, anche se formalmente non permanente, di un'impresa con il proprio personale in un altro Stato membro per l'esercizio dell'attività di prestazione di servizi ha come effetto una corrispondente riduzione del volume delle tutele del lavoro assicurate ai lavoratori dipendenti da questa impresa rispetto alle imprese insediate nello Stato di accoglienza. A tali lavoratori, infatti, non si applicherà automaticamente l'intero diritto del lavoro di quest'ultimo Stato, bensì solo quella parte che sarà necessario applicare come effetto dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, e quella «optata» dal medesimo Stato sulla base dell'art. 3, par. 10, di tale Direttiva (opzione che, comunque, allo stato, trova un limite insormontabile nell'ordine pubblico); per la rimanente parte (la cui dimensione sarà estremamente variabile a seconda di quale sarà l'interpretazione del limite dell'ordine pubblico che prevarrà, nonché in ragione dell'opzione effettuata da ciascuno Stato in

(173) V. sul punto, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, punto n. 29, e *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* C-244/2004, del 19 gennaio 2006, punto n. 32; in dottrina Lhernould, 2005, 1195.

(174) In mancanza di esercizio di una siffatta facoltà, parrebbe da condividere l'opinione di chi ritiene che si applichino le regole generali del diritto internazionale privato (e dunque la Convenzione di Roma) per l'individuazione della disciplina applicabile (in tal senso Orlandini, 1999, pp. 473-474); ma in ogni caso non sembrerebbe venir meno il vincolo di compatibilità con la libertà di prestazione di servizi, quale risultante dall'elaborazione della Corte di Giustizia.

relazione all'estensione delle normative interne di tutela), si applicherà la normativa di tutela dello Stato membro in cui è insediata l'impresa datrice di lavoro (che, soprattutto per i paesi di nuovo ingresso nella Comunità, sarà normalmente di livello assai più basso di quella dello Stato membro ospitante la prestazione di servizi) (175).

Infine, un'ultima annotazione va destinata alla affermazione, contenuta in un recente Rapporto dei Servizi della Commissione, ma evidenziata dai sindacati europei del settore delle costruzioni (176), della necessità di combattere *le détournement de la législation de travail du pays d'accueil par des «sociétés boîtes aux lettres», n'exerçant pas d'activité réelles et significatives dans leur État d'établissement*. In effetti, nella Direttiva n. 96/71 sono assenti specifiche previsioni al riguardo, onde è apprezzabile che il documento ricordi come *selon une jurisprudence constant de la Cour de Justice, en ce qui concerne les limites aux libertés fondamentales consacrées par le traité, les Etats membres ont la faculté de prendre des mesures visant à empêcher les prestataires de services de tirer indûment ou frauduleusement profit de la libre prestation de services, notamment dans le but de contourner la législation de l'État d'accueil en matière d'emploi* (177). Tuttavia, tale riconoscimento è accompagnato dalla raccomandazione che *lorsque les États membres prennent ces mesures, il doivent respecter les limites du droit communautaire et notamment garantir que ces mesures ne rendent pas la libre prestation de services illusoire* (178), nonché dalla precisazione – effettuata facendo riferimento ad altra giurisprudenza della Corte (179)

(175) Cfr. Pallini, 2006c, par. 9.

(176) *Rapport des Services de la Commission ecc.*, del 4 aprile 2006, SEC (2006) 439, par. 4.2.1.

(177) Il documento cita a questo riguardo la nota pronuncia nel caso *Rush Portuguesa* C-113/89, punto 17, dove la Corte afferma che «gli Stati membri devono poter accertare se un'impresa portoghese impegnata in lavori edili o in lavori pubblici non si avvalga della libera prestazione di servizi per un altro scopo, ad esempio quello di far venire il proprio personale a fini del collocamento o della messa a disposizione di lavoratori in spregio dell'art. 216 dell'Atto d'adesione».

(178) L'affermazione deriva ancora dalla sentenza *Rush Portuguesa*, dove, sempre al punto 17 di cui alla nota precedente, la Corte aggiunge che «controlli del genere devono però rispettare i limiti posti dal diritto comunitario, e in particolare quelli derivanti dalla libera prestazione di servizi che non può essere vanificata e il cui esercizio non può essere sottoposto alla discrezionalità dell'amministrazione».

(179) Il documento ricorda a questo punto le sentenze pronunciate nei casi *De Lasteyrie du Saillant* C-9/02, del 13 marzo 2003, e *Commissione c. Danimarca* C-464/02, del 15 settembre 2005 (punto 81).

– che le misure che gli Stati membri possono prendere *doivent l'être cas par cas, en tenant compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes intéressées, dans le but, le cas échéant, de leur refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire qu'elles invoquent*, di modo che *une présomption générale et automatique de fraude chez une personne se prévalant de la libre prestation de services constitue un obstacle disproportionné à cette liberté*.

Queste considerazioni dei Servizi della Commissione lasciano un po' di amaro in bocca. A parte il fatto che la giurisprudenza chiamata a sostegno di esse non riguarda l'aggiramento di normative di tutela del lavoro – alla cui radice esistono sicuramente interessi di particolare rilievo sociale –, è indubbio che il problema dell'insediamento di un'impresa in uno Stato membro attraverso l'esercizio formale della libertà di stabilimento, con successivo esercizio, da parte della medesima impresa, della libertà di prestazione dei servizi, al fine di svolgere la propria attività economica in altro Stato membro, si presenta particolarmente delicato, soprattutto ove si pensi che siffatti fenomeni sono frequentemente collegati a quello della «delocalizzazione» di un'impresa finalizzata a godere dei vantaggi derivanti dal cd. *shopping* delle norme di regolazione dell'attività (comprese, ovviamente, quelle fiscali), nonché delle tutele del lavoro. Il caso *Laval*, sul quale ci si soffermerà tra breve, nonché il caso *Viking line* (180), sono indicativi delle gravi implicazioni che questo tipo di scelte economiche hanno sui destini dei lavoratori.

Ove poi, a tutto ciò, si aggiunga il rischio che insediamenti primari o delocalizzazioni siano puramente formali (le ricordate *sociétés boîtes aux lettres*) (181), finalizzati a sfruttare, in termini di *dumping* sociale, i vantaggi di una regolamentazione legale, amministrativa e contrattuale del lavoro meno protettiva, si comprende come si sia di fronte a vicende che possono mettere in crisi le tutele sociali nell'intera comunità europea – tenuto conto soprattutto dell'ingresso di nuovi Stati membri i cui sistemi giuridici di tutela del lavoro sono molto meno protettivi di quelli dei più «vecchi» Stati membri.

Appare dunque con evidenza quanto sia importante consentire un effettivo controllo antifraudolento degli Stati membri rispetto alle situazioni in cui l'insediamento in uno Stato membro di un'impresa

(180) Al caso *Viking-Line* si accenna *infra*, nota n. 193.

(181) V. Cremers, 2006, p. 177.

consiste *soltanto* nell'acquisizione di uno *stato giuridico* formale, laddove in realtà essa è strutturalmente proiettata verso l'esterno dal punto di vista economico e produttivo; non v'è dubbio, infatti, che in tali casi l'uso della libertà di prestazione dei servizi (in connessione con quella di stabilimento) si presenta distorto da finalità fraudolente. E a questo riguardo, ci sembra che le preoccupazioni degli organi comunitari di non ledere la libertà di prestazione dei servizi, per quanto degne di attenzione, non dovrebbero essere di ostacolo a una forte azione di «autotutela» degli Stati membri (182).

In proposito risulta senza dubbio significativo il rilievo dato a questo aspetto dal testo finale della Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (approvato dal Parlamento europeo il 15 novembre 2006 e dal Consiglio l'8 dicembre 2006), della quale si tratterà più avanti (v. *infra*, par. 9). Se, infatti, all'art. 4, n. 5, si stabilisce che, ai fini della Direttiva, «si intende [...] per “stabilimento” [...] l'esercizio effettivo di un'attività economica di cui all'articolo 43 del Trattato a tempo indeterminato da parte del prestatore, con un'infrastruttura stabile a partire dalla quale viene effettivamente svolta l'attività di prestazione di servizi», assai più analitico è il *Considerandum* n. 37. Questo, infatti, dopo aver ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia «la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile», e che «tale requisito può essere soddisfatto anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato o abbia in affitto un fabbricato o un impianto per lo svolgimento della sua attività», nonché quando «uno Stato membro rilasci autorizzazioni di durata limitata soltanto per particolari servizi», precisa che «lo stabilimento non deve necessariamente assumere la forma di una filiale, succursale o rappresentanza, ma può consistere in un ufficio gestito dal personale del prestatore o da una persona indipendente ma autorizzata ad agire su base permanente per conto dell'impresa, come nel caso di una rappresentanza», ma anche che «secondo questa definizione, che comporta l'esercizio effettivo di un'attività eco-

(182) Da questo punto di vista, appare davvero troppo ottimistico sperare che la diffusione di tali situazioni possa essere contenuta da uno sviluppo delle forme di collaborazione istituzionale tra gli Stati membri previste dall'art. 4 della Direttiva, come pure auspicato dalla Commissione: si v. la Comunicazione della Commissione COM (2006) 156, par. 3. Per il recente provvedimento francese in materia si v. Lhernould, 2005, pp. 1192 ss. nonché Desbarats, 2006.

nomica nel luogo di stabilimento del prestatore di servizi, una semplice casella postale *non costituisce* uno stabilimento» (183).

Al di là di questa apprezzabile attenzione conferita dal legislatore comunitario al problema, le considerazioni che precedono fanno soprattutto affiorare con chiarezza l'esigenza di assicurare alla Direttiva n. 96/71 la possibilità di sprigionare tutto il proprio potenziale protettivo, anche attraverso interpretazioni (quale quella proposta nel precedente paragrafo) volte a rafforzare la facoltà degli Stati membri di espandere le tutele del lavoro interne in funzione *anti-dumping*, specialmente se tali tutele derivano dai contratti collettivi (proprio in quanto fonti in cui si condensa l'equilibrio degli interessi sociali ed economici interni in un determinato momento storico) (184).

Occorre, tuttavia, segnalare che, nonostante l'indubbia finalità della Direttiva sui distacchi di assicurare, attraverso il consolidamento delle tutele sociali previste dalle normative interne degli Stati membri, che la circolazione dei prestatori di servizi in ambito comunitario – e dunque la loro sfida concorrenziale – non si fondi sul *dumping* sociale, la sua impostazione può, comunque, finire per legittimare pericolose differenziazioni di trattamento tra i lavoratori distaccati dai predetti prestatori e i lavoratori dipendenti da prestatori di servizi autoctoni.

In effetti, come si è sottolineato sin dall'inizio, si tratta di una normativa comunitaria che non ha la funzione di armonizzare specifiche tutele del lavoro, bensì è finalizzata a individuare la (parte di) normativa nazionale destinata a disciplinare i rapporti di lavoro dei lavoratori distaccati, da un lato, attraverso l'imposizione agli Stati membri di un obbligo di estensione delle discipline riguardanti un «nucleo duro» di materie del lavoro, e, dall'altro, attraverso la previsione di una mera *facoltà* di estensione delle discipline relative ad altri istituti di tutela del lavoro (entro il limite dell'ordine pubblico).

Se ciò è vero, si comprende bene come, per quanto riguarda l'area dell'estensione *facoltativa*, l'applicazione ai lavoratori distaccati delle tutele interne dipenderà sempre, solo ed esclusivamente dalle scelte del legislatore nazionale. Al tempo stesso, peraltro, altre incertezze potrebbero riguardare le stesse tutele del lavoro di cui alle materie del «nucleo duro». Si pensi, in particolare, che, nel singolo ordinamento, siffatte tutele

(183) Sul punto v. *supra*, par. 2, lett. *a*, la corrispondente, delicata questione della durata della prestazione di servizi svolta da un'impresa di uno Stato membro in altro Stato membro.

(184) Cfr. Dølvik-Eldring, 2006, pp. 137 ss.

potrebbero in larga misura dipendere non da discipline di legge e amministrative, bensì da quelle fissate dai contratti collettivi, e che per questi ultimi potrebbe non esservi una disciplina nazionale che assicuri, *ex art. 3, par. 8*, la loro efficacia generale. Orbene, in tali ipotesi si determinerebbe una vanificazione della funzione perequativa perseguita, nel settore delle costruzioni, con l'imposizione dell'obbligo di estensione di cui all'*art. 3, par. 1*, e, negli altri settori, con la previsione della facoltà di estensione di cui all'*art. 3, par. 10*, secondo trattino: data l'assenza di contratti collettivi a efficacia generale, mancherebbe, infatti, il presupposto stesso per giungere alle predette estensioni. Il caso *Laval*, di cui si tratterà tra breve, fornisce piena testimonianza di ciò.

8. — *Le difficili e pericolose implicazioni del caso Laval: alla ricerca di una soluzione nel confronto tra diritto di sciopero, Trattato Ce e Direttiva n. 96/71* — Esaurita la trattazione di alcune delle questioni centrali poste dalla disciplina dettata dalla Direttiva sull'estensione ai lavoratori distaccati dei trattamenti interni di tutela, è opportuno riprendere ora due aspetti cui si è fatto cenno in precedenza, che risultano di particolare rilievo e attualità, non soltanto dal punto di vista tecnico-giuridico, ma anche sul piano del confronto politico-sociale in atto, e che sono connessi con i problemi sollevati dalla Direttiva n. 96/71: si tratta, da un lato, del rapporto tra i diritti fondamentali dei lavoratori, in particolare il diritto di sciopero, e le libertà economiche sancite dal Trattato, in particolare la libertà di prestazione dei servizi in ambito comunitario; e, dall'altro, del rilievo che la Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale sta per assumere in ragione dell'approvazione della (nuova) Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi.

Quanto al primo aspetto va sottolineato come sia ormai in via di consolidamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (185) l'opinione – bene esplicitata e condensata in occasione di un recente giudizio (caso *Schmidberger*) (186) – secondo cui «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali [essa Corte] garantisce l'osservanza e [...] a tal fine quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni for-

(185) Sull'evoluzione di tale giurisprudenza v. Orlandini 2006, pp. 38 ss.

(186) C-112/00 del 12 giugno 2003, spec. punti nn. 71, 74, 77, 78 e 81. Su questa sentenza si v. in particolare le considerazioni di Oliver, Roth, 2004, pp. 437 ss., e di Hepple, 2004, pp. 212 ss.

nite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito»; con l'importante precisazione che «poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci». Dove l'inciso *in linea di principio* serve, peraltro, alla Corte per aprire il fronte «della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato», ovvero di «un *bilanciamento tra gli interessi*» sottesi agli uni e alle altre. E a questo riguardo la Corte ricorda espressamente che se «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato, tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta *Cassis de Dijon*» (187). Per contro, proprio alla luce della predetta finalità di bilanciamento, muovendo da una sorta di inversione prospettica, la Corte passa poi a precisare che anche i diritti fondamentali (garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Cedu) di libertà di espressione e di riunione pacifica non «appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; ne consegue pure che tali diritti, a loro volta, possono subire restrizioni, a condizione che queste «rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati» (188).

(187) È da segnalare, invece, il diverso percorso seguito dalla Corte nella sentenza relativa al caso *Omega Spielhallen* C-36-02 del 14 ottobre 2004, dove, anche per il modo con cui è stata prospettata la questione dal giudice nazionale, il riconoscimento della legittimità delle limitazioni apportate alla libera circolazione dei servizi da norme interne poste a tutela di diritti fondamentali (nel caso di specie la tutela della dignità umana sancita dalla Costituzione austriaca) è passato attraverso il ricorso alla nozione di ordine pubblico, di cui agli artt. 46, par. 1, e 55, del Trattato.

(188) Nel caso *Schmidberger*, dove erano in ballo i diritti fondamentali della libertà di espressione e di riunione pacifica, la Corte, in effetti, ha precisato che, «se i diritti fondamentali di cui si tratta nella causa principale sono espressamente riconosciuti dal-

Ebbene, vale la pena di notare, anzitutto, come il percorso argomentativo della Corte, per quanto ancora strutturato all'inizio in termini di *giustificazione* di «una limitazione degli obblighi imposti [...] da una libertà fondamentale del Trattato», si sviluppi, poi, nei termini di una «necessaria conciliazione» tra libertà economiche e principi fondamentali, ovvero, in modo assolutamente esplicito, di un «bilanciamento tra gli interessi», che viene effettivamente perseguito attraverso un'analisi condotta dall'uno e dall'altro fronte. Il che, se, da un lato, offre testimonianza – sia pure con riferimento alla tematica dei diritti fondamentali – di come sia possibile costruire un ragionamento interpretativo rispettoso della (quanto meno) «pari dignità» di valori giuridicamente rilevanti, dall'altro ci consente di chiarire cosa si intendeva allorquando, nella trattazione che precede (par. 3, b), si è segnalato lo iato, ancora rilevabile nelle sentenze della Corte che affrontano il problema del conflitto tra tutele del lavoro previste dalle normative nazionali e le quattro libertà economiche fondamentali (tra cui, in particolare, la libera prestazione dei servizi), tra il profilo formale (struttura argomentativa di tipo «permissivo») e il profilo sostanziale (progressivo riconoscimento del-

la Cedu e rappresentano fondamenti essenziali di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione stessa del n. 2 degli artt. 10 e 11 di tale convenzione che le libertà di espressione e di riunione sono anch'esse soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi delle disposizioni citate e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito» (punto 79). Di modo che «neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla Cedu – contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione – appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; pertanto «ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati».

Un'analoga impostazione si rinviene nella sentenza relativa al caso *Karner C-71/02* del 25 marzo 2004, dove si afferma che «se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall'art. 10 Cedu e rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione del n. 2 del detto articolo che tale libertà è anch'essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito».

la collocazione a pieno titolo degli obiettivi di politica sociale e delle normative di tutela del lavoro sullo stesso piano degli obiettivi di politica economica e delle libertà economiche).

Ciò detto, va osservato che in un recente saggio ci si è legittimamente chiesto se le posizioni espresse dalla Corte nella sua giurisprudenza sui diritti fondamentali, e specificamente nella predetta sentenza *Schmidberg*, possano risultare rilevanti nella soluzione di un caso di particolare rilievo attualmente pendente dinnanzi ai giudici comunitari, il sopra citato caso *Laval*, in cui sono in gioco anche alcuni profili applicativi della Direttiva n. 96/71 (189).

Il caso dinnanzi alla Corte è noto, ma si ritiene opportuno riportare una breve descrizione del fatto da cui esso trae origine, anche utilizzando la sentenza del Tribunale del lavoro svedese con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (190). Una società lettone, la *Laval un Pareri Ltd. (Laval)*, ha distaccato dalla Lettonia in Svezia alcuni propri dipendenti per eseguire appalti edili in cooperazione con una società di costruzioni svedese, *L&P Baltic AB (Baltic)* – costituita e controllata dalla stessa *Laval* –, tra cui la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni richiedono alla *Laval* dapprima di stipulare un accordo collettivo per definire il trattamento economico da assicurare a questi lavoratori, prendendo a riferimento una cifra corrispondente (secondo il sindacato stesso) alla media del salario orario praticato in Svezia; in un momento più avanzato della trattativa, il sindacato richiede che venga sottoscritto (e dunque recepito) dall'impresa il contratto di settore e aperta una trattativa sul profilo salariale (si tenga conto, in particolare, che in Svezia non esiste una normativa sul salario minimo né per l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi; che i trattamenti retributivi sono definiti attraverso accordi collettivi liberamente conclusi tra i singoli datori di lavoro e sindacati; e inoltre che la Svezia, nel trasporre la Direttiva n. 96/71, non ha comunque previsto, ai sensi dell'art. 3, parr. 1 e 10, nonché par. 8, l'estensione della normativa dei contratti collettivi ai lavoratori distaccati, tanto nel settore delle costruzioni, quanto negli altri settori) (191). La società lettone rifiuta, stipulando, per con-

(189) Orlandini, 2006, pp. 31 ss., ma già Idem, 2003, pp. 245 ss. in una prospettiva generale.

(190) Pubblicata integralmente in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, II, pp. 229 ss.

(191) Ahlberg, Bruun, Malmberg, 2006, p. 158.

verso, un accordo con i sindacati lettoni delle costruzioni. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni proclamano allora uno sciopero, legittimo secondo la normativa svedese, per costringere la *Laval* all'accordo, e a questa azione conflittuale aderisce, altrettanto legittimamente secondo la legge svedese, il sindacato svedese degli elettricisti. La *Baltic* è costretta a rinunciare all'appalto e fallisce; la *Laval* agisce pertanto in giudizio contro i due sindacati svedesi sostenendo che lo sciopero era lesivo della sua libertà di prestazione dei servizi (192). Il giudice svedese solleva allora dinanzi alla Corte di Giustizia una questione preliminare articolata e complessa:

«se sia compatibile con le norme del Trattato Ce sulla libera prestazione dei servizi [...], nonché con la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, n. 96/71/Cee, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell'*Arbetsdomstolen* [Tribunale del lavoro svedese], se la situazione nello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta Direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi» (193).

(192) Sul caso *Laval*, rubricato presso la Corte con il n. C-341/05, si v. Ahlberg, Bruun, Malmberg, 2006, pp. 159 ss., ed. Eklund, 2006, pp. 202 ss.

(193) Com'è noto, parallelamente al caso *Laval*, pende davanti alla Corte un altro caso analogo. La *Viking Line*, una società finlandese avente questo nome, si è trovata a dover fronteggiare uno sciopero (legittimo, per la legge finlandese) instaurato dai sindacati finlandesi (con il sostegno dell'*International Transport Federation*) contro la sua decisione – volta a ottenere una forte riduzione dei costi di impiego della forza lavoro – di affidare in gestione una sua nave a una società di trasporti estone da lei controllata, affinché quest'ultima esercitasse sotto bandiera estone e con personale assunto in Estonia l'attività di trasporto tra Helsinki e Tallin, attualmente esercitata invece direttamente dalla società madre finlandese, con bandiera finlandese e con personale assunto in Finlandia. Obiettivo dello sciopero era quello di imporre alla società madre finlandese di non far stipulare alla società controllata estone un accordo collettivo con sindacati estoni per la determinazione dei trattamenti del personale estone occupato sulla nave, ma di stipulare essa stessa con i sindacati finlandesi un accordo in cui si impegnavano a far applicare dalla società controllata estone a quel personale trattamenti corrispondenti con quelli assicurati ai lavoratori finlandesi occupati sulle sue navi.

Ebbene, la *Viking Line* ha sollevato davanti alla Corte la questione se lo sciopero dei lavoratori finlandesi, per quanto legittimo in forza della normativa finlandese, non si ponga in contrasto con il suo diritto di stabilimento sancito dall'art. 43 del Trattato,

Il problema che si pone, come segnalato dall'Autore in questione, è che la Corte – assunta la efficacia diretta (194) dell'art. 49, par. 1, del Trattato, di tipo non solo verticale, ma finanche orizzontale (nel senso della sua vincolatività nei confronti dei soggetti privati) (195) – potrebbe riconoscere, con la futura sentenza, la possibile sussistenza di una responsabilità *tanto* dello Stato ospitante la prestazione di servizi (il quale, indipendentemente dal fatto che l'azione collettiva dei sindacati svedesi fosse legittima in forza della normativa interna, sarebbe stato comunque tenuto a porre in essere le misure necessarie per evitare lesioni della libertà di prestazione dei servizi), *quanto*, eventualmente, degli attori collettivi (per aver posto in essere un'azione collettiva ostacolante *di per sé stessa* la libera circolazione dei servizi, ovvero in ragione della sua finalità precipua, costituita dalla stipulazione di un contratto collettivo, appunto limitativo della predetta libertà economica sancita dal Trattato – ciò tenuto conto che la Svezia non aveva esercitato, o comunque potuto esercitare, la facoltà di estendere contratti collettivi a efficacia generale o equivalenti). Né, sempre secondo questa dottrina, la riconduzione dello sciopero all'ambito dei diritti sociali fondamentali contribuirebbe a fornire una chiave per risolvere in modo diverso il problema, stante l'orientamento della Corte ad assicurare comunque un bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche fondamentali sancite dal Trattato, nel senso espresso con chiarezza nella citata sentenza *Schmidberger* (196).

impedendole di esercitare la sua attività di impresa in altro Stato membro, nonché in violazione della libera circolazione dei servizi, in quanto ostacolante la possibilità per la società controllata estone di esercitare, attraverso la nave previamente a lei ceduta in gestione dalla casa madre finlandese, l'attività di trasporto in territorio finlandese. I quesiti proposti alla Corte di Giustizia hanno una loro specificità rispetto al caso *Laval*, in quanto riguardano soprattutto la libertà di stabilimento, e solo in seconda battuta quella di prestazione dei servizi. Almeno per quanto attiene a quest'ultima, peraltro, le considerazioni di cui al testo ci sembrano integralmente richiamabili.

Sul *Viking case*, comunque, si v. in particolare Blanke, 2006, pp. 251 ss.

(194) Principio ormai acquisito da lungo tempo: *Van Wesemael e altri* C-110 e 111/78, del 18 gennaio 1979 (punto n. 26). Più di recente *Commissione c. Repubblica francese* C-220/83 del 4 dicembre 1986 (punto 16); *Commissione c. Danimarca* C-252/83 del 4 dicembre 1986 (punto 16); *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* C-205/84 del 4 dicembre 1986 (punto n. 25); *Commissione c. Irlanda* C-206/1984 del 4 dicembre 1986 (punto 16).

(195) Per questo possibile orientamento cfr. Oliver, Roth, 2004, 421 pp. ss., e Blanke, 2006, pp. 258 ss. (con riferimento al *Viking case*), per riferimenti alla giurisprudenza precedente della Corte di Giustizia.

(196) Orlandini, 2006, pp. 38 ss., ma già Idem, 2003, pp. 245 ss. Sul punto anche Blanke, 2006, p. 262.

Ferma restando, ovviamente, l'incertezza circa la strada che verrà seguita dalla Corte di Giustizia di fronte a un problema di siffatta rilevanza politica, ci sembra che questa impostazione, per quanto plausibile in via di principio, sia forse troppo pessimistica circa le capacità di *self-restraint* della Corte, la quale, di fronte alla «esplosiva» questione del rapporto tra sciopero, sistemi di protezione sociale e integrazione economica, potrebbe cercare una strada per evitare di restare invischiata nel rischiosissimo «scontro frontale» che si prospetta all'orizzonte. Questa volta, infatti, la questione sul tappeto è assai delicata e importante per gli stessi sviluppi futuri della Comunità europea, al punto da metterne a rischio i già fragili equilibri, poggiando sui quali essa sta lentamente e a fatica procedendo anche verso un rilancio del processo costituzionale europeo.

Occorre peraltro interrogarsi se sussista un percorso interpretativo che potrebbe consentire ai giudici comunitari di adottare, nel caso *Laval*, una soluzione diversa da quella prospettata dalla dottrina in questione.

Tralasciando il problema del se la normativa svedese in materia di *industrial action* faccia effettivamente formale discriminazione tra imprese nazionali e imprese straniere – problema che, per quanto rilevante per la soluzione della questione preliminare sollevata dal Tribunale svedese, non lo è direttamente rispetto al discorso qui condotto (197) –, si può intanto cominciare a sgomberare il campo dalla questione, prospettata

(197) In effetti a parte un breve inciso del quesito 1 («e sul divieto di qualsiasi discriminazione a causa della nazionalità», omissis *supra*, nel testo, nel punto in cui vi sono le parentesi quadre), il quesito n. 2 specifica meglio i dubbi della Corte in relazione alla specifica normativa svedese in materia di sciopero: «2) La legge svedese *Medbestämmandelagen* vieta a un'organizzazione sindacale di avviare un'azione collettiva volta a disapplicare un contratto collettivo stipulato fra altre parti sociali. Tale divieto vale tuttavia, secondo una speciale disposizione costituente una parte della cosiddetta *lex Britannia*, soltanto se un'organizzazione sindacale avvia un'azione collettiva a causa di condizioni di lavoro cui la legge *Medbestämmandelagen* è direttamente applicabile, il che, in pratica, comporta che esso non vale per azioni collettive avviate contro società straniere che esercitano temporaneamente un'attività in Svezia con i propri dipendenti. Se le norme del Trattato Ce relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione a causa della nazionalità, nonché la Direttiva sul distacco, ostino all'applicazione di questa regola da ultimo menzionata – che, unitamente alle altre disposizioni della *lex Britannia*, comporta che in pratica i contratti collettivi svedesi diventano applicabili e prevalgono sui contratti collettivi stranieri già stipulati – contro un'azione collettiva avente la forma di un blocco esercitato da organizzazioni sindacali svedesi contro un prestatore di servizi operante temporaneamente in Svezia».

alla Corte dallo stesso Tribunale svedese, del se la finalizzazione del conflitto alla stipulazione di un accordo collettivo che fissi le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati possa rendere l'azione illegittima per contrasto contro la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato.

Al riguardo, va detto in primo luogo che non si vede per quale motivo il fatto che la Svezia, nel recepire la Direttiva n. 96/71, non abbia previsto, o comunque non abbia potuto prevedere, alcuna estensione dei contratti collettivi dell'art. 3, par. 1 e 10, nonché 8 (198), possa costituire, di per sé, un ostacolo alla stipulazione di un contratto collettivo *ad hoc* tra sindacati svedesi e l'impresa lettone che presta il servizio: la Direttiva n. 96/71 non impedisce certo che tra prestatore di servizi transnazionale e sindacati del paese ospitante possa svolgersi la libera contrattazione collettiva per la stipulazione di un accordo diretto a fissare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati. Né tale ostacolo può derivare dalle libertà economiche del Trattato. In proposito sono di grande utilità i principi dettati dalla Corte nella notissima sentenza relativa al caso *Albany* (199), per quanto elaborati in relazione all'art. 81, par. 1, del Trattato. Se è vero, infatti, che «da un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato [quelle che collocano gli obiettivi di politica sociale a pieno titolo tra gli obiettivi fondamentali della Comunità europea] risulta [...] che gli accordi collettivi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra le parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi devono essere considerati, per la loro natura e il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85 [ora art. 81], par. 1, del Trattato» (200) – e dunque non possono essere accusati di «impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune» –, non sembra che un'azione collettiva, in quanto finalizzata alla stipula di un contratto collettivo (oltretutto, nel caso di specie, volto a dettare, secondo quella che è la sua naturale funzione, trattamenti economici e normativi), possa poi risultare, *in quanto tale* – e cioè per il fatto stesso di essere stata posta in essere con tale finalità – lesiva della libera circolazione dei servizi: affermare il contrario significherebbe

(198) Ciò in quanto non esistono in Svezia contratti collettivi ad applicazione generale: sul punto v. ancora Ahlberg, Bruun, Malmberg, 2006, p. 158, i quali sottolineano come, in tale realtà *an extensive right to take industrial action against employer who are outside the collective bargaining system is of key importance for the functioning of the autonomous collective agreements model.*

(199) C-67/96 del 21 settembre 1999.

(200) *Albany*, punto n. 60.

negare non solo il diritto di sciopero, ma la stessa libertà sindacale e di contrattazione collettiva, che invece è stata esplicitamente riconosciuta dalla stessa Corte, in diretto collegamento con l'assetto del Trattato (successivo alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam), quale risultante dagli artt. 2, 3 lett. j, 136 e 137 (201).

Il problema potrebbe sembrare diverso ove si consideri il contenuto intrinseco del contratto collettivo ambito dai sindacati svedesi: qualora, cioè, ci si chieda se sia legittimo, secondo l'ordinamento comunitario, lo sciopero finalizzato alla stipula di un contratto collettivo che assicuri ai lavoratori distaccati *trattamenti economico-normativi equivalenti* a quelli previsti per i lavoratori nazionali del settore interessato. Al riguardo, come si è visto dall'analisi che precede, la Direttiva n. 96/71 prevede, per il settore delle costruzioni, che la normativa di tutela fissata dai contratti collettivi in relazione a istituti di tutela del lavoro *ulteriori* rispetto a quelli del «nucleo duro» di cui all'art. 3, par. 1, *possa* essere estesa ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, a condizione che sussistano motivi di ordine pubblico. La soluzione al problema, dunque, parrebbe, a prima vista, collegata al significato che si intenda attribuire al limite dell'ordine pubblico (problema sul quale ci si è ampiamente intrattenuti in altra sede).

Si deve peraltro riconoscere che anche in questi termini la questione appare mal posta. Ciò di cui si discute, infatti, nel caso di specie, non è l'estensione di un contratto collettivo operata dallo Stato membro in at-

(201) Cfr. punti nn. 54 ss. della sentenza.

Contra sembra Blanke, 2006, pp. 262-263, il quale dubita che quanto affermato nella citata sentenza *Albany* in relazione al rapporto tra contrattazione collettiva e libera concorrenza debba necessariamente valere nel rapporto tra sciopero per fini contrattuali e le altre libertà economiche: secondo l'Autore, infatti, il principio elaborato dalla Corte, pur se riferibile alle altre libertà economiche, riguarderebbe solo la contrattazione collettiva, nonché la libertà di associazione sindacale, ma non potrebbe riguardare anche lo sciopero (*this involves indirect effects of freedom of association and not action directly aimed at restricting the entrepreneurial decision to take advantage of those market freedoms*). L'obiezione non pare condivisibile: come si dirà in testo e come ci insegna l'evoluzione delle relazioni sindacali dei paesi europei, nei sistemi fondati sul principio volontaristico il diritto di sciopero costituisce elemento essenziale per un equilibrato funzionamento del sistema stesso, non meno della libertà di associazione; la sua garanzia (sia pure con le limitazioni specificamente individuate da ciascuno Stato) non risulta, quindi, meno rilevante di quella della libertà di organizzazione e associazione sindacale. Altro discorso, invece, è quello relativo alla legittimità di uno sciopero che in quanto tale, ovvero in quanto forma di lotta, incide sulle libertà economiche comunitarie; ma di questo punto si tratterà più avanti in testo.

tuazione dell'art. 3, par. 10 (e 8), bensì la stipulazione di un contratto collettivo *volontariamente* sottoscritto dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale; e il fatto che a esso si giunga per effetto della pressione esercitata da uno sciopero è del tutto irrilevante, in quanto lo sciopero non altera certo di per sé il principio volontaristico intrinseco nell'esercizio dell'autonomia negoziale, cui va ricondotta la stipulazione di un contratto collettivo.

Ciò detto, il problema ci sembra ridursi (si fa per dire...) al confronto diretto tra comportamento collettivo conflittuale dei lavoratori in sé considerato (cioè depurato dalle finalità che esso si propone) e libertà di prestazione dei servizi.

Su questo piano l'impostazione proposta dalla dottrina esaminata appare in buona misura rassegnata a registrare la *puissance* che la libertà economiche fondamentali del Trattato sono in grado di esprimere anche nei confronti dei diritti fondamentali della persona – data la prospettiva del «bilanciamento degli interessi» fatta propria dalla Corte di Giustizia – e a riferirla direttamente anche al diritto di sciopero.

Pur tuttavia va notato che questa equiparazione non è (del tutto) accettabile.

E infatti, nei confronti della generalità dei diritti fondamentali, la Corte di Giustizia ha adottato, come si è detto, un'interpretazione volta a considerarli, *nel silenzio del Trattato* (salvo il generico richiamo delle Carte dei diritti), come parte integrante dell'ordinamento comunitario, riconoscendo nel contempo la loro necessaria sottoposizione a un «bilanciamento» con le libertà economiche fondamentali in esso garantite (per le quali è peraltro discutibile la riconoscibilità come diritti fondamentali della persona) (202): un'opzione, questa, meritoria e di alto spessore teorico, destinata a colmare (per quanto possibile) con l'interpretazione una *lacuna* di quell'ordinamento, ma che, per altro verso, finisce di fatto per riconoscere, nei confronti di quei diritti, una concreta competenza regolativa comunitaria, anche se di fondamento giurisprudenziale. Diverso è, invece, il caso dello sciopero, rispetto al quale non è riscontrabile una totale lacuna regolativa, dato che, com'è noto, il Trattato Ce, all'art. 137, par. 5, esclude il diritto di sciopero dalle materie di competenza del legislatore comunitario, rimettendo, di conseguenza, la sua disciplina nelle mani dei singoli Stati membri.

(202) Sul punto v. Oliver, Roth, 2004, pp. 407 ss.

È bene chiarire subito che questa esplicita scelta del Trattato non significa certo irrilevanza dello sciopero per l'ordinamento comunitario. Ad avviso di chi scrive sembra possibile ritenere che – passando attraverso l'art. 6 del Trattato dell'Unione e l'art. 136 del Trattato Ce, e quindi attraverso il richiamo degli artt. 13 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (9 dicembre 1989) e 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (7 dicembre 2000), ma anche degli artt. 6, comma 4, Parte II, della Carta sociale europea (revisionata) (3 maggio 1996), e 8, comma 1, lett. *d*, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali dell'Onu (16 dicembre 1966), e poi ancora delle norme (specie costituzionali) degli Stati membri che garantiscono lo sciopero – la Corte, proprio grazie alla sua precedente giurisprudenza sempre più attenta ai diritti fondamentali (203), potrebbe ormai giungere a riconoscerlo formalmente alla stregua di un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dalla stessa Comunità europea e dalle sue istituzioni. Il che, d'altronde, può essere già ricavato dall'art. 2 del Regolamento (Ce) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri (204).

Tuttavia, pur su questo presupposto comune a tutti gli altri diritti fondamentali, la presenza dell'art. 137, par. 5, lascerebbe intendere che il legislatore comunitario, e in generale le istituzioni comunitarie, non possano «intromettersi», attraverso interventi armonizzatori, tanto positivi (provvedimenti legislativi), quanto negativi (pronunce della Corte di Giustizia) (205), nella regolazione dello sciopero, dato che con la predetta disposizione il Trattato ha inteso affidare direttamente agli Stati

(203) Cfr. da ultimo *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea* C-540/03 del 27 giugno 2006, nella quale viene effettuato per la prima volta un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(204) Tale disposizione, sulla quale si tornerà più avanti, stabilisce che «il presente regolamento non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero».

Cfr. Orlandini, 2003, pp. 213 ss., e Ahlberg, Bruun, Malmberg, 2006, pp. 162-163. Dubbioso sul punto, invece, Pallini, 2006b, 249. In generale, sui diritti fondamentali e l'ordinamento comunitario, anche con riferimento all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si v. ancora in generale la bibliografia riportata in Ghera, 2006, pp. 417-418, cui *adde* Veneziani, 2006, pp. 13 ss., Giubboni, 2006, e Bellavista, 2006, pp. 20 ss.

(205) Sui concetti di integrazione positiva e negativa si v. per tutti Barbera, 2000, pp. 49 ss.; Giubboni, 2003, pp. 123 ss.; Hepple, 2005, pp. 193 ss.

membri la piena responsabilità regolativa dell'istituto. In altre parole, mentre per gli altri diritti fondamentali la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha dato vita a una operazione di *ermeneutica inclusiva*, finalizzata al loro assorbimento nell'*acquis comunitario*, ma poi fondata, sul piano regolativo, sul principio del bilanciamento, per quanto riguarda il diritto di sciopero, invece, la Corte – pur sempre ammettendo la sua inclusione nell'ordinamento comunitario in termini di diritto fondamentale – non potrebbe non tener conto, per quanto attiene alla sua concreta regolazione, della esplicita opzione di *abstention* regolativa delle istituzioni comunitarie, in cui si estrinseca la scelta degli Stati membri firmatari di fondare una *riserva* in favore delle discipline nazionali (206).

Le conseguenze di questa specifica opzione sono di particolare rilievo per il tema che ci interessa: per effetto di essa sembrerebbe potersi affermare che, per *esplicita volontà degli Stati firmatari del Trattato*, la soluzione di un eventuale conflitto tra esercizio dello sciopero e libertà economiche, anche se riconosciute come fondamentali dall'ordinamento comunitario, non è affidata alle istituzioni comunitarie, ma viene confinata all'interno della valutazione di legittimità dello sciopero effettuata da ciascuno Stato membro (207). Dunque, è solo ed esclusivamente alle discipline nazionali che spetta individuare i limiti che lo sciopero deve rispettare quando si confronta con le libertà economiche, ivi comprese quelle fondamentali del Trattato, la cui eventuale lesione va considerata come *presupposta e accettata* dagli stessi Stati firmatari del Trattato proprio per effetto della esplicita esclusione di competenza comunitaria sancita dall'art. 137, par. 5. Il che comporta, a sua volta, che, così come sul piano dell'intervento regolatore positivo è esclusa la competenza degli organi legislativi della Comunità, anche sul piano della tutela giudiziaria i giudici comunitari non possono conoscere una controversia che è e rimane *interna* alla normativa dello Stato membro, e quindi, in quanto tale, affidata ai giudici nazionali.

Per il vero non ci si può nascondere un'ulteriore possibile obiezione a questa lettura, d'altronde sollevata dalla dottrina esaminata. Si è, infatti, affermato che se «l'Ue, nei confronti del diritto di sciopero, rinuncia ad assumere competenze regolative da realizzarsi attraverso la troppo invasiva armonizzazione per mezzo di fonti di *hard law*», essa, peraltro, «non dismette il suo ruolo di supremo arbitro delle dinamiche dell'inte-

(206) Sul punto si v. ancora Orlandini, 2003, pp. 231 ss.

(207) Cfr. Eklund, 2006, pp. 206-207.

grazione comunitaria, anche quando queste incrociano l'esercizio di quel diritto» (208). La pretesa di escludere la Corte dal valutare l'incidenza dello sciopero sulle libertà economiche fondamentali, insomma, «sembra difficilmente compatibile con i principi generali sui quali si fonda l'integrazione europea», in quanto «il diritto di azione collettiva si confronta con il processo di integrazione comunitaria al pari di tutti gli altri diritti riconosciuti negli ordinamenti nazionali sui quali non esiste una specifica competenza delle istituzioni comunitarie». Esso, infatti, «acquista rilevanza nel momento in cui il suo esercizio si pone in conflitto con norme e principi di diritto comunitario» e «quando ciò avviene il problema della portata e dei limiti di quel diritto diventa ineludibile, perché diventa necessario operare un bilanciamento e un confronto con tali principi» (209). Un'affermazione, questa, che ha, evidentemente, come presupposto logico una lettura dell'art. 137, par. 5, del Trattato come norma di portata ridotta, nel senso che l'esclusione della competenza comunitaria in materia riguarderebbe soltanto il legislatore comunitario, ma non anche la Corte di Giustizia (210).

Di fronte a questa obiezione – la quale si fonda, in effetti, su una interpretazione dell'art. 137, par. 5, astrattamente compatibile con il dato testuale – si deve preliminarmente sottolineare che tale lettura, ove sviluppata in tutte le sue implicazioni, dovrebbe portare, in realtà, a sostenere che l'esclusione di competenza derivante dell'art. 137, par. 5, del Trattato, riguarderebbe solo l'intervento del legislatore operato sulla base degli artt. 136-137, e non anche un qualsivoglia altro intervento, anche dello stesso legislatore comunitario, se fondato su altra norma del Trattato. E in effetti questa tesi è stata sostenuta da una Autrice, la quale, proprio su tale lettura, nonché sulla premessa che la Direttiva n. 96/71 ha come propria base giuridica gli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2), e 66 (oggi 55), è giunta a fondare la giustificazione del fatto che l'art. 3, par. 1, della stessa Direttiva abbia dettato una regolazione in materia di retribuzione, nonostante l'esclusione di competenza comunitaria anche in questa materia sancita dall'art. 137, par. 5 (211).

In realtà quest'ultima osservazione trascura un aspetto determinante, e cioè che la Direttiva n. 96/71 è stata approvata nel 1996, in un'epoca in cui nel Trattato di Roma – dopo le modifiche apportate dal Trattato

(208) Orlandini, 2006, p. 33.

(209) Orlandini, 2006, p. 32.

(210) Cfr. ancora Orlandini, 2006, p. 33.

(211) Gutiérrez-Solar Calvo, 2000, pp. 166 ss., spec. p. 170.

di Maastricht del 1992 – non vi era una norma corrispondente all'odierno art. 137, par. 5. Una clausola siffatta era solo contenuta nel cd. Accordo sulla politica sociale (art. 2, comma 6) – incluso nel relativo Protocollo allegato al Trattato di Maastricht – e solo con le modifiche apportate al Trattato istitutivo di Roma dal successivo Trattato di Amsterdam, nel 1997, essa si sarebbe trasformata dapprima nell'art. 137, par. 6, e quindi, dopo le ulteriori modifiche introdotte dal Trattato di Nizza del 2001, nel definitivo e vigente art. 137, par. 5. Ciò significa che all'epoca dell'approvazione della Direttiva n. 96/71 il legislatore comunitario non aveva comunque ostacoli nell'intervenire con essa in materia retributiva. E certo la sopravvenienza della norma generale dell'art. 137, par. 6, poi par. 5, non può mettere a repentaglio la preesistente normativa comunitaria legittimamente emanata, che *esplicitamente* si interessava della retribuzione.

Ciò detto, peraltro, il problema generale, e cioè se l'attuale normativa del Trattato, di cui all'art. 137, par. 5, possa essere interpretata nel senso predetto, resta immutato.

Ebbene, chi scrive ritiene che l'interpretazione qui criticata non colga nel segno, in quanto trascura del tutto il senso pregnante del dettato dell'art. 137, par. 5. Questa norma, infatti, nonostante l'indubbia ambiguità del dato testuale, non intende affatto sancire *soltanto* l'astensione del legislatore comunitario da interventi armonizzatori fondati sugli artt. 136-137, quanto piuttosto fondare una *riserva* assoluta di regolazione dello sciopero (come delle altre materie in essa richiamate: retribuzioni, diritto di associazione, diritto di serata) espressamente voluta dagli Stati membri firmatari del Trattato in proprio favore (212). Il che implica, appunto, altresì l'esclusione *sia* di un intervento del legislatore comunitario effettuato su una base giuridica diversa dagli artt. 136-137 (213), *sia* di un intervento della

(212) Cfr. in generale, in senso analogo, Ahlberg, Bruun, Malmberg, 2006, p. 163, e Bellavista, 2006, pp. 30-31. In questo senso la norma avrebbe non solo la funzione di precludere «qualsivoglia competenza comunitaria in materia di regolazione del diritto di sciopero», ma anche di «scudo a difesa della piena e incompressibile sovranità nazionale in materia» (le citazioni sono prese da Pallini, 2006b, p. 249). Non si può trascurare, tra l'altro, quanto osservato in merito alla cd. *negative integration*, e cioè che *prohibition on restrictions contains only a principle of dismantling rights, not a principle of establishing rights* (Blanke, 2006, p. 257).

(213) Altrimenti si dovrebbe arrivare ad ammettere la legittimità di una direttiva fondata, ad esempio, sull'art. 49 del Trattato, direttamente limitativa del diritto di sciopero.

Corte di Giustizia volto a commisurare la compatibilità dello sciopero con una delle libertà economiche fondamentali.

In effetti, tornando a ragionare nella prospettiva che più interessa in questa sede (quella aperta dal caso *Laval*), qualora la Corte di Giustizia, esaminando il problema dello sciopero in funzione delle limitazioni da esso fraposte alle libertà economiche fondamentali, tra cui la libertà di prestazione dei servizi in particolare, giudicasse della (in)compatibilità del comportamento degli scioperanti (per di più legittimo secondo la normativa interna dello Stato membro) con il Trattato, ovvero, più probabilmente, della responsabilità indiretta degli Stati membri per non aver impedito, con una adeguata regolazione nazionale, che uno sciopero ledesse una delle libertà economiche fondamentali, tra le quali quella di prestazione dei servizi, si sarebbe comunque di fronte a *una forma di disciplina del diritto di sciopero*, certo effettuata dalla Corte in negativo, ma che mortificherebbe comunque la predetta riserva espressa nella norma del Trattato. Né si dica che ciò, in fin dei conti, avviene – come dimostrato, appunto, dal caso *Schmidberg* – ogni qual volta la Corte confronta diritti fondamentali e libertà economiche: proprio questa osservazione proverebbe troppo, in quanto estendendosi allo sciopero le stesse conclusioni accolte per gli altri diritti fondamentali «innominati» non sarebbe possibile attribuire più alcun significato proprio alla esplicita riserva dell'art. 137, par. 5.

La verità è che – come d'altronde ben segnalato dalla stessa dottrina in esame (214) – il rapporto dello sciopero con le libertà economiche, ivi comprese quelle garantite dal Trattato, è del tutto peculiare, dato che, a differenza degli altri diritti fondamentali che possono trovarsi a confrontarsi con esse, il diritto di sciopero attiene a un comportamento collettivo che si pone necessariamente, per la sua intrinseca natura, *in contrapposizione* con quelle libertà. Da questo punto di vista, sostenere che la riserva significa *rinuncia assoluta* della Comunità a intervenire nella disciplina dell'istituto con interventi di armonizzazione, tanto positiva che negativa, significa in realtà valorizzare una scelta politica degli Stati membri firmatari del Trattato fondata sul presupposto che lo sciopero è manifestazione tipica del conflitto tra capitale e lavoro, e in quanto tale, toccando uno dei nodi fondamentali delle società democratiche, deve, almeno per il momento, restare intangibilmente confinato nella esclusiva disponibilità regolativa degli Stati membri. È ovvio che questo com-

(214) Orlandini, 2003, p. 231.

porta delle conseguenze in termini, ad esempio, di grande differenziazione di discipline (incoltabili, appunto, con l'armonizzazione), nonché, per quanto si è detto, di una potenziale incidenza dello sciopero sulle libertà economiche comunitarie non *direttamente* controllabile dalle istituzioni comunitarie (215). A ben vedere, peraltro, questo è, in fin dei conti, uno dei prezzi pagati alla mancata approvazione della Costituzione europea e alla mancata inclusione formale della materia tra le competenze di una Unione più avanzata; ma questa è un'altra storia, che merita una riflessione assai più articolata di quella che sarebbe possibile effettuare in questa sede.

Con la chiave di lettura proposta possono essere esaminati e letti anche quei pochi esempi di formale riferimento al diritto di sciopero che si rinvencono negli atti comunitari (in vigore): ciò vale ad esempio per il *Considerandum* n. 22 della stessa Direttiva n. 96/71 («la presente Direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria»), nonché per il *Considerandum* n. 4 del Regolamento (Ce) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri («tali provvedimenti [necessari e proporzionati al fine di facilitare la libera circolazione delle merci nel loro territorio] non devono pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali, compreso il diritto o la libertà di sciopero»), e soprattutto per l'art. 2 del medesimo Regolamento («il presente regolamento non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero»), che possono essere intesi, appunto, come esplicita conferma – peraltro inevitabile, ma in fin dei conti, nella logica qui seguita, superflua – della predetta opzione di *abstention*.

Diverso discorso sembrerebbe doversi fare, invece, nei confronti dell'art. 1, n. 7, della Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi – nel testo definitivo approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea – sulla quale ci si soffermerà in generale nel par. 9.

Al riguardo occorre preliminarmente ricordare che, il giorno 8 dicembre 2006, il Consiglio dell'Unione europea ha approvato, in seconda lettura, la predetta Direttiva, dopo che il 15 novembre 2006 il

(215) Ma v. in Orlandini, 2003, pp. 261 ss., la storia dell'intervento della Commissione nel Caso degli auto-trasportatori francesi.

Parlamento europeo aveva a sua volta adottato con pochissimi emendamenti la posizione comune assunta dallo stesso Consiglio il 24 luglio 2006 sulla base di una proposta della Commissione del 4 aprile 2006. Tale proposta della Commissione era stata presentata dopo che, a seguito di un lungo e robusto confronto politico, l'originaria proposta di direttiva del 2004 (*Bolkestein*) era stata ritirata; questa seconda proposta teneva conto in larghissima misura delle moltissime osservazioni e dei suggerimenti avanzati dal Parlamento nei confronti della prima.

In questa sede non è il caso di dar conto di questo lungo e tortuoso *iter* di approvazione (216) – che ha anche conosciuto, com'è noto, momenti di profonda tensione, incidendo fortemente (sia pure in via meramente indiretta) sul sofferto processo di adozione, da parte degli Stati membri, del *Trattato che adotta una Costituzione europea* (217) –, ma appare sicuramente utile riflettere sul dettato normativo finale, il quale costituisce un importante tassello per completare il quadro della nostra indagine.

Orbene, il ricordato art. 1, n. 7, della Direttiva prevede che «la presente Direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*». Laddove i *Consideranda* nn. 14 e 15 affermano, rispettivamente, che «la presente Direttiva non incide sulle relazioni tra le parti sociali, compresi i diritti di negoziare e concludere accordi collettivi, di scioperare e di intraprendere azioni sindacali *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*» e che «la presente Direttiva rispetta l'esercizio dei diritti fondamentali applicabili negli Stati membri quali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nelle relative spiegazioni, armonizzandoli con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del Trattato. Tali diritti fondamentali includono, fra

(216) Sul quale si possono utilmente leggere Kowalsky, 2006, pp. 231 ss., Bellavista, 2006, pp. 26 ss.; Pallini, 2006c; Desbarats, 2006, pp. 4 ss. Assai utile, al fine di ripercorrere il suddetto *iter* è il seguente sito della Comunità europea: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DosId=188810.

Si v. anche, per una cronistoria, il seguente sito: <http://www.politichecomunitarie.it/DefaultDesktop.aspx?page=537>.

(217) Ci si riferisce, ovviamente, al fallimento dei *referendum* di approvazione della Costituzione in Francia e Olanda, su cui si v. in generale Aa.Vv., 2006.

l'altro, il diritto a intraprendere un'azione sindacale *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*».

La formulazione della disposizione della Direttiva e dei due *Consideranda* appare, dunque, assai diversa da quelle, sopra ricordate, utilizzate in altre occasioni dal legislatore comunitario, il cui generico dettato non sollevava problemi di coerenza con l'assetto complessivo dell'ordinamento comunitario in materia di sciopero. Qui, invece, l'inciso da noi corsivato, riprodotto pedissequamente tanto nella disposizione del testo, quanto nei due *Consideranda*, rende le previsioni invasive ed estremamente pericolose.

Sul punto si deve sottolineare che nel testo della proposta (rivista) di Direttiva della Commissione del 4 aprile 2006 (v. *infra*) le formule utilizzate tanto nell'art. 1, n. 7 («la presente Direttiva non reca pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incluso il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere un'azione sindacale»), quanto nei *Consideranda* n. 6-*octies* e 6-*nonies* – che sarebbero poi diventati nn. 14 e 15 – (i cui testi erano rispettivamente «la presente Direttiva non incide sulle relazioni tra le parti sociali, compresi i diritti di negoziare e concludere accordi collettivi, di scioperare e di intraprendere azioni sindacali» e «tali diritti fondamentali includono, fra l'altro, il diritto a intraprendere un'azione sindacale»), erano molto diverse. L'aggiunta dell'inciso in questione è invece opera del Consiglio in prima lettura, dato che esso si ritrova per la prima volta nel testo da esso approvato il 24 luglio 2006.

Richiamando le argomentazioni sviluppate più sopra, appare evidente che le formule adottate dalla Commissione (e che, si noti bene, derivavano dalla lunga e tortuosa prima fase di discussione della Direttiva) corrispondevano sostanzialmente a quelle «asettiche» già adottate, come s'è visto, in altre occasioni, dal legislatore comunitario; e il senso sarebbe rimasto inalterato anche qualora il nuovo inciso aggiunto dal Consiglio si fosse limitato a rinviare al diritto e alle prassi nazionali. Ciò che modifica radicalmente la portata del nuovo art. 1, n. 7, nonché dei due *Consideranda* è, ovviamente, la seconda parte dell'inciso stesso, dato che il riferimento al rispetto del diritto comunitario da parte del diritto e delle prassi nazionali ha l'inequivocabile effetto (e anzi «obiettivo») di aprire il fronte del controllo, da parte della Corte di Giustizia, di conformità delle normative e prassi interne degli Stati membri in materia di sciopero con il Trattato e segnatamente con le libertà economiche

fondamentali, così offrendo nel contempo alla Corte di Giustizia, su un piatto d'argento, un possibile argomento giuridico per la sua decisione nel caso *Laval*. In questo contesto, infatti, la collocazione del diritto di sciopero nella norma generale relativa ai diritti fondamentali (218), coniugata con la formula adottata nell'inciso, denota chiaramente l'intento del Consiglio (cui, come detto, è imputabile la sua introduzione) di aprire la strada per un'applicazione anche al diritto di sciopero dei principi elaborati in materia di diritti fondamentali dalla Corte, da ultimo nella ricordata sentenza *Schmidberger*.

Tuttavia, ove si accolga quanto sostenuto in questo paragrafo, ci sembra che la scelta del Consiglio, poi condivisa anche dal Parlamento, non sia stata affatto felice, a meno di non voler imputare la formula qui criticata a un mero errore di traduzione. Al riguardo vale la pena di notare che nella versione francese e in quella tedesca all'espressione «in conformità del diritto e delle prassi nazionali *che rispettano* il diritto comunitario» fanno corrispondenza, rispettivamente le due espressioni *conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire* e *gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts*, le quali sembrerebbero poter essere interpretate, senza un particolare sforzo esegetico, nel senso che è il rinvio in sé alle normative e alle prassi nazionali che avviene, appunto, «nel rispetto del diritto comunitario» (in piena coerenza, si potrebbe argomentare, con il vincolo di *abstention* derivante dall'art. 137, par. 5, del Trattato). E tuttavia, ove si passi a considerare il testo inglese, ricompare una formulazione corrispondente a quella italiana (*in accordance with national law and practices which respect Community law*), nel senso che il rispetto del diritto comunitario appare senza incertezze come un vincolo cui sono direttamente sottoposte le normative e le prassi nazionali in materia di sciopero.

A parte l'ormai annosa, ma (ahimé) estremamente rilevante, questione della «Babele» linguistica che affligge la Comunità, e che rende sempre più complesso il *drafting* legislativo comunitario, appare evidente che, nella misura in cui fosse possibile adottare l'altra interpretazione letterale, si sarebbe in presenza di formule che renderebbero tanto l'art. 1, n. 7, quanto i *Consideranda* nn. 14 e 15 coerenti e compatibili con l'as-

(218) In realtà la norma non identifica formalmente il diritto di sciopero come diritto fondamentale, usando una formula alquanto ambigua, che però va letta alla luce del *Considerandum* n. 15, il quale sul punto si esprime, invece, senza ambiguità.

setto in vigore, quale emerso dalla trattazione che precede. Nel caso, invece, in cui si ritenesse impossibile accedere a quella interpretazione, esploderebbe in pieno la questione del contrasto della norma della Direttiva (nonché dei due *Consideranda* di eguale formulazione) con l'art. 137, par. 5, del Trattato, dato che il legislatore comunitario avrebbe attuato un intervento di tipo regolativo in una materia sulla quale – lo si ripete, per l'originaria volontà degli Stati membri – non ha alcuna competenza, così travalicando i limiti apposti al suo potere legislativo.

Concludendo, un'ultima annotazione sul tema qui trattato. Quanto detto riguarda il problema da cui si è partiti, e cioè quello relativo alla possibile soluzione del caso *Laval*. Ma, a ben vedere, in linea teorica potrebbe porsi un interrogativo ulteriore (219): *quid iuris* nel caso di sciopero dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi (sia la loro azione collettiva connessa o meno con quella di altri lavoratori)? Quale disciplina dello sciopero deve ritenersi applicabile a essi? Ebbene, le considerazioni sopra effettuate consentono di rispondere al quesito senza incertezze: poiché l'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 non menziona lo sciopero tra le materie del «nucleo duro», e poiché come si è visto, l'art. 137, par. 5, impedisce ormai che lo sciopero venga fatto oggetto di una regolazione da parte del legislatore comunitario, non sembra che l'art. 3, par. 10, possa essere (oggi) interpretato come riferibile allo stesso diritto di sciopero (nel senso che è sulla base di esso, e dunque dell'interpretazione del limite dell'ordine pubblico, che si dovrebbe rispettivamente ammettere ovvero escludere la possibilità per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale la disciplina interna legale, amministrativa e contrattuale relativa all'istituto). Ciò significa che la valutazione giuridica delle loro *industrial actions* dovrà essere fondata sull'art. 6, comma 2, della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, onde normalmente dovrà applicarsi la disciplina nazionale del prestatore di servizi con il quale, durante l'intero periodo di distacco, continua a sussistere il rapporto di lavoro.

9. — *La nuova Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno: la salvaguardia del diritto del lavoro del paese ospitante e il rinvio alla Direttiva n. 96/71* — In apertura di questo saggio si è segnalata l'importanza assunta nel periodo più recente – specialmente dopo l'ul-

(219) Ancora Orlandini, 2006, pp. 25 ss.

timo allargamento della Comunità ai paesi dell'Est europeo – dalla libera circolazione di operatori economici, insediati in uno degli Stati membri, i quali svolgono, sulla base di contratti commerciali, prestazioni di servizi in altro Stato membro, utilizzando lavoratori dipendenti da loro stessi assunti nello Stato di insediamento, ma all'uopo distaccati nel luogo in cui viene effettuata la prestazione. Per essi la Direttiva n. 96/71 (in quanto rientranti nel suo campo di applicazione ai sensi dell'art. 1, par. 3, lett. a) prevede la specifica tutela analizzata nei paragrafi che precedono.

È adesso opportuno, in conclusione di questa indagine, svolgere un breve esame delle disposizioni in materia di tutela del lavoro contenute nella Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (nel testo definitivo approvato dal Parlamento europeo il 15 novembre 2006 e dal Consiglio l'8 dicembre 2006) (220), di cui si è detto più sopra, al fine di verificare se, e in che misura, la nuova normativa potrebbe modificare, nel momento della sua entrata in vigore, il quadro regolativo in materia di distacco dei lavoratori.

Preliminarmente occorre tener presente che, come chiaramente espresso dall'art. 1, par. 1, l'obiettivo della Direttiva è di stabilire «le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi». Essa, dunque, è destinata ai «prestatori di servizi» della Comunità, intendendo per tali, come precisato dal *Considerandum* n. 36, «qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o persona giuridica che esplica un'attività di servizio in tale Stato membro esercitando la libertà di stabilimento o la libera circolazione dei servizi». Oltre a ciò, nel *Considerandum* n. 5 si afferma che, «poiché gli ostacoli al mercato interno dei servizi riguardano tanto gli operatori che intendono stabilirsi in altri Stati membri quanto quelli che prestano un servizio in un altro Stato membro senza stabilirvisi, occorre permettere ai prestatori di sviluppare le proprie attività nel mercato interno stabilendosi in uno Stato membro o avvalendosi della libera circolazione dei servizi. I prestatori devono poter scegliere tra queste due libertà, in funzione della loro strategia di sviluppo in ciascuno Stato membro».

(220) Ringrazio il Dott. Martin Frohn, Funzionario della Commissione, per avermi consentito, in occasione di una proficua discussione di lavoro, di mettere a fuoco alcune peculiarità del secondo progetto di Direttiva sui servizi. Ovviamente la responsabilità scientifica di quanto detto in testo è soltanto di chi scrive.

A questo riguardo, peraltro, va ricordato che nel corso della trattazione che precede (par. 2, lett. *a*) si è sottolineato il contributo importante (quantunque foriero di incertezze) della Corte di Giustizia, la quale, nella recente sentenza del 2003 pronunciata nel noto caso *Schnitzer*, ha fornito all'interprete alcuni criteri utili al fine di stabilire quando, nel caso concreto, la lunga durata dell'attività transnazionale di prestazione di servizi possa chiamare in questione non la libera circolazione dei servizi, bensì la libertà di stabilimento (con conseguente diretto assoggettamento dell'operatore medesimo all'integrale applicazione della normativa interna dello Stato di accoglienza in materia di tutela del lavoro). Tale posizione è ora formalmente richiamata nel *Considerandum* n. 77 della Direttiva sui servizi, la quale così, su questo punto, lascia all'interprete il carico non indifferente di districarsi, con la invero fragile strumentazione teorica offerta dalla Corte, tra le molte incertezze pratiche che si prospettano all'orizzonte.

Ciò detto, va subito riconosciuto che, eccezion fatta per i problemi rilevati nel paragrafo precedente in relazione al diritto di sciopero, il testo finale della Direttiva – il quale risulta profondamente diverso da quello dell'originario progetto della Commissione del 2004 – non appare in grado, di per sé, di arrecare (nuovi) pericoli alla «cittadella del diritto del lavoro» (221). Questo, peraltro, non significa che esso risulti perfettamente chiaro in ogni sua parte riguardante il diritto del lavoro, dato che, in verità, una sua lettura puntuale fa emergere qualche incertezza, probabilmente dovuta al faticoso lavoro di correzione della proposta originaria con le modifiche richieste dal durissimo confronto politico svoltosi su di essa negli scorsi mesi, soprattutto in sede parlamentare.

Il punto di partenza dell'indagine deve essere senza dubbio considerato l'art. 1, par. 6 – contenuto nel Capo I, sulle *Disposizioni generali* (e quindi relative tanto al diritto di stabilimento quanto alla libera circolazione dei servizi) –, in base al quale «la presente Direttiva non pregiudica la legislazione del lavoro, segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto

(221) Carabelli, Leccese, 2005, p. 551, e *ivi* riferimenti a nota 27.

comunitario. Parimenti, la presente Direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale» (222).

Ebbene, il dettato di questo articolo ben può essere letto alla luce delle considerazioni svolte nella precedente parte di questo saggio: in quanto previsione di portata generale, e dunque riguardante tanto il diritto di stabilimento quanto la libera circolazione dei servizi, la dichiarazione di integrale «estranità» della Direttiva sui servizi rispetto al diritto del lavoro significa semplicemente che restano ferme le regole generali secondo cui, nel caso di impresa che gode del diritto di stabilimento, lo Stato membro ospitante applicherà integralmente a essa e ai suoi dipendenti la propria normativa in materia di tutela del lavoro, mentre nel caso di impresa che esercita la libertà di prestazione dei servizi in uno Stato membro diverso da quello di insediamento a essa e ai suoi dipendenti distaccati si applicheranno le previsioni della Direttiva n. 96/71, ovvero, al di fuori del suo campo di applicazione, i principi elaborati dalla Corte di Giustizia circa l'estendibilità delle tutele del lavoro interne (223).

Conferma di questa lettura è offerta dall'art. 16, par. 3 – collocato nel Capo IV, specificamente dedicato alla *libera circolazione dei servizi* –, nel quale si sancisce che «allo Stato membro in cui il prestatore si reca [...] non può essere impedito di applicare, conformemente al diritto comunitario, le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi» (una norma, questa, di portata generale, riferibile a ogni tipo di prestazione di servizi), e dall'art. 17, n. 2, in base al quale «l'articolo 16 non si applica: [...] 2) alle materie disciplinate dalla Direttiva n. 96/71/Ce...» (224). Il combinato

(222) A questo dettato corrispondono le affermazioni del *Considerandum* n. 7 («la presente Direttiva prende altresì in considerazione altri obiettivi d'interesse generale, compresa [...] la necessità di rispettare il diritto del lavoro»).

(223) Cfr. Pallini, 2006c, par. 3 e 9.

(224) A questa previsione fa da sponda il *Considerandum* n. 86 («la presente Direttiva non concerne le condizioni di lavoro e di occupazione che, in conformità della Direttiva n. 96/71/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, si applicano ai lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro»).

Si v. inoltre l'art. 3, par. 1, ai sensi del quale «se disposizioni della presente Direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso a un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche. Tra tali atti comunitari rientrano: a) la Direttiva n. 96/71/Ce...».

disposto di queste due norme indica infatti all'interprete che nulla viene modificato rispetto all'assetto passato, quale risultante dalla ricostruzione sopra effettuata: alle imprese di servizi che distaccano lavoratori ai sensi della Direttiva n. 96/71 restano integralmente applicabili le disposizioni di quest'ultima, laddove, al di fuori del suo campo di applicazione, resta ferma la facoltà degli Stati membri di prevedere l'estensione – alle imprese che esercitano la libertà di circolazione dei servizi – delle normative di tutela del lavoro (ovviamente entro i limiti del *test di proporzionalità* elaborato dalla Corte di Giustizia) (225).

In conclusione, quanto appena rilevato conferma che la Direttiva sui servizi non appare in grado di incidere sul precedente assetto regolativo in materia di prestazione transnazionale di servizi e di distacco di lavoratori, riconoscendo formalmente nella Direttiva n. 96/71 la fonte sulla base della quale si deve definire la concreta disciplina di tutela del lavoro applicabile ai prestatori di servizi transnazionali e ai loro dipendenti distaccati, nelle tre ipotesi in essa stessa previste (226). E ciò conferma quanto affermato in apertura di questo saggio, in merito alla sempre maggiore importanza che quest'ultima Direttiva è destinata ad assumere nella prossima fase dei rapporti economici (e quindi sociali e politici) tra gli Stati membri della Comunità europea.

Di qui il rilievo centrale che sono destinati ad acquisire i problemi interpretativi e le lacune su cui ci si è intrattenuti in questo lavoro.

(225) Si v. a conferma il *Considerandum* n. 82, il quale afferma che «le disposizioni della presente Direttiva non dovrebbero pregiudicare l'applicazione da parte di uno Stato membro di norme in materia di condizioni di occupazione. Le norme derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dovrebbero, conformemente al Trattato, essere giustificate da ragioni attinenti alla tutela dei lavoratori, non discriminatorie, necessarie e proporzionate, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, nonché conformi ad altre normative comunitarie pertinenti».

È da segnalare ancora che l'art. 3, par. 2, stabilisce che «la presente Direttiva non riguarda le norme di diritto internazionale privato, in particolare quelle che disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali» (conf. dal *Considerandum* n. 90, il quale recita che «le relazioni contrattuali tra il prestatore e il cliente nonché tra il datore di lavoro e il dipendente non sono soggette alla presente Direttiva. La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali del prestatore è determinata dalle norme di diritto internazionale privato»).

(226) In senso conforme Desbarats, 2006, pp. 6-7.

Bibliografia

- Aa. Vv. (2006), *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, Roma.
- Ahlberg Kerstin, Bruun Niklas, Malmberg Jonas (2006), *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, pp. 155 ss.
- Andreoni Amos (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino.
- Balandi Guido (1998), *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, pp. 115 ss.
- Baldassarre Antonio (1989), voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI.
- Bano Fabrizio (2001), *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, II, pp. 10 ss.
- Barbera Marzia (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia Editrice, Brescia.
- Barbera Marzia (a cura di) (2006), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano.
- Barnard Catherine, Deakin Simon (2000), *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, in *Industrial Relations Journal*, pp. 331 ss.
- Bartole Sergio (1989), Voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, Utet, Torino, pp. 288 ss.
- Bellavista Alessandro (2006), *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 47, 2006.
- Beltrán Miralles Sofia (2000), *Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/Ce sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación*, in *Actualidad Laboral*, n. 19, pp. 319 ss.
- Biagi Marco (1996), *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, pp. 3 ss.
- Bin Roberto (1992), *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano.
- Bin Roberto (1998), *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma-Bari.

- Blanke Thomas (2006), *The Viking case*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, pp. 251 ss.
- Calvano Roberta (2004), *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Cedam, Padova.
- Carabelli Umberto, Leccese Vito (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, pp. 539 ss.
- Carabelli Umberto, Leccese Vito (2006), *I dilemmi interpretativi posti dalla clausole di favor e di non-regresso delle direttive sociali: parificazione nel progresso versus corsa al ribasso delle tutele?*, in Garofalo Domenico, Ricci Maurizio, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, pp. 95 ss.
- Casas Baamonde Ma. Emilia, del Rey Guanter Salvador (directores) (2002), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y social, Madrid.
- Casas Baamonde Ma. Emilia (2002), *Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley*, in Casas Baamonde Ma. Emilia, del Rey Guanter Salvador (directores) (2002), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, cit., pp. 1 ss.
- Chieco Pasquale (2004), *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in Idem (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, pp. 47 ss.
- Cremers (2006), *Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, pp. 167 ss.
- Crisafulli Vezio (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, 1952.
- Davies Paul (1997), *Posted workers: single market or protection of national labour law systems*, in *Common Market Law Review*, pp. 571 ss.
- Davies Paul (2002), *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, pp. 298 ss.
- Desbarats Isabelle (2006), *L'application du droit social français aux prestations de service transnational*, in <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/desbarats.pdf>.
- Dølvik-Eldring (2006) *Editorial*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, pp. 137 ss.

- Eklund Ronnie (2006), *The Laval case*, in *Industrial Law Journal*, pp. 202 ss.
- Esposito Marco (2002), *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli.
- Esteban De La Rosa Gloria, Molina Navarrete Cristobál (2002), *La movilidad transnacional de trabajadores: Reglas y prácticas*, ed. Comares, Granada.
- Foglia Raffaele (2001), *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, pp. 806 ss.
- Galantino Luisa (2005), *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- García Ninet José Ignacio, Vicente Palacio Arantxa (2000), *La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicio transnacional*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 27.
- Ghera Edoardo (2006), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Giesen Richard (2003), *Posting: social protection of workers Vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, pp. 143 ss.
- Giubboni Stefano (2003), *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna.
- Giubboni Stefano (2006), *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 46, 2006.
- Guastini Riccardo (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu Antonio, Messineo Francesco, continuato da Mengoni Luigi, I, t. 1, Giuffrè, Milano.
- Gutiérrez-Solar Calvo Beatriz (2000), *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, ed. Aranzadi, Elacno (Navarra).
- Hepple Bob (2005), *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon.
- Juárez Pérez Pilar (1999), *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/Ce en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado*, in *Relaciones laborales*, I, pp. 1260 ss.
- Kowalsky Wolfgang (2006), *The Services Directive: the legislative process clears the first hurdle*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, pp. 231 ss.
- Lhernould Jean-Philippe (2005), *La loi 2 août et le détachement transnational de travailleurs*, in *Droit social*, n. 12, pp. 1191 ss.

- Lyon Caen Antoine (2005), *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 503 ss.
- Lyon Caen Antoine, Perulli Adalberto (2005), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Lo Faro Antonio (2005), «*Turisti e vagabondi*». *Riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e diritto*, pp. 437 ss.
- Lo Faro Antonio, Andronico Alberto (2005), *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, pp. 513 ss.
- Magnani Mariella (1998), *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, pp. 73 ss.
- Mancino Rossana (2000), *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *Nuove leggi civili*, pp. 899 ss.
- Maretti Simona (2000a), *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, pp. 223 ss.
- Maretti Simona (2000b), *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, pp. 1148 ss.
- Mengozi Paolo (2003), *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Modugno Franco (1999), *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Giappichelli, Torino.
- Moreau Marie-Ange (1996), *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du droit international*, pp. 889 ss.
- Ojeda-Avilés Antonio (1997), *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comment on Directive 96/71/EC*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, pp. 127 ss.
- Oliver Peter, Roth Wulf-Henning (2004), *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, pp. 407 ss.
- Orlandini Giovanni (1999), *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, pp. 465 ss.
- Orlandini Giovanni (2003), *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino.

- Orlandini Giovanni (2006), *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», n. 45, 2006.
- Paladin Livio (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna.
- Palao Moreno Guillermo (1997), *Directiva 96/71/Ce del Parlamento Europeo y del Coseno, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, in *Revista española de derecho internacional*, pp. 377 ss.
- Pallini Massimo (2006a), *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 272 ss.
- Pallini Massimo (2006b), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, pp. 239 ss.
- Pallini Massimo (2006c), *La proposta di direttiva Bolkestein: tanto rumore per nulla? Libertà di circolazione, liberalizzazione dei servizi, rischi (veri e presunti) di dumping sociale*, dattiloscritto.
- Pocar Fausto (2004), *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano.
- Quenaudon René (de) (1997), *L'article l. 341-5 du code du travail et son décret d'application confrontés a la directive du 16 décembre 1996*, in *Petites Affiches*, 29 octobre 1997, n. 130, pp. 9 ss.
- Rico Letosa Sara (2002), *Desplazamiento temporal transnacional de trabajadores*, in *Tribuna Social*, n. 138, pp. 38 ss.
- Roccella Massimo (1997), *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Roccella Massimo, Treu Tiziano (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.
- Rodière Pierre (2002), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris.
- Rodriguez-Piñero Royo Miguel C. (2002), *A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria*, in Casas Baamonde Ma. Emilia, del Rey Guanter Salvador (directores) (2002), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, cit., pp. 351 ss.
- Ruggeri Antonio (2001), *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino.

- Sciarra Silvana (2004a), *The Convergence of European Labour and Social Rights: Opening to the Open Method of Coordination*, in A. Berman George, Pistor Katharina (Eds), *Law and Governance in a Enlarged European Union*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, pp. 155 ss.
- Sciarra Silvana (2004b), *The evolution of Labour Law (1992-2003), General Report - Final Draft*, in WP Csdle «Massimo D'Antona», n. 46, 2004.
- Serrano Olivares Raquel (2000), *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley-Actualidad, Las Rozas, Madrid.
- Serrano Olivares Raquel (2002), *Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador*, in Casas Baamonde Ma. Emilia, del Rey Guanter Salvador (directores) (2002), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, cit., pp. 59 ss.
- Sorrentino Federico (1984), *Le fonti del diritto*, in Amato Giuliano, Barbera Augusto, *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna.
- Strozzi Girolamo (2005), *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Tesauro Giuseppe (2005), *Diritto comunitario*, Cedam, Padova.
- Tosi Paolo, Lunardon Fiorella (2005), *Introduzione al diritto del lavoro. 2 – L'ordinamento europeo*, Laterza, Roma-Bari.
- Veneziani Bruno (2006), *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in Garofalo Domenico, Ricci Maurizio, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, pp. 13 ss.
- Vicente Pachés Fernando (de) (2000), *El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, in *Tribuna Social*, pp. 11 ss.
- Zagrebel'sky Gustavo (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- Zanghì Claudio (2005), *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.

Mario Giovanni Garofalo (*)

POST-MODERNO E DIRITTO DEL LAVORO
Osservazioni sul *Libro verde* «Modernizzare il diritto del lavoro»

SOMMARIO: 1. Un errore di metodo: assolutizzare alcune tendenze della realtà e ignorarne altre. — 2. Che vuol dire flessibilità? — 3. Che significa sicurezza sul mercato? — 4. Riduzione delle tutele e segmentazione del mercato del lavoro. — 5. Il lavoro economicamente dipendente è destinato a restare nella serie B dei diritti. — 6. Chi deve pagare la *flexicurity*?

1. — *Un errore di metodo: assolutizzare alcune tendenze della realtà e ignorarne altre* — È, oggi, presente una fortissima tendenza che punta a mercati sempre più liberi e deregolati e, tra essi, pur se con qualche maggiore resistenza, vi è anche quello del lavoro. Questa resistenza è, però, guardata per così dire, più che con ostilità, con sufficienza perché appartiene a un passato forse duro a morire, ma destinato, per forza intrinseca delle cose, a tramontare per collasso interno, per la sua incapacità di confrontarsi con quella che possiamo chiamare la post-modernità. Chi estrapola questa linea di tendenza, però, rimane spiazzato da fenomeni come la lotta contro il *contrat de premièr embauche* francese o quella della Cgil italiana in difesa dell'art. 18 o, ancora, la bocciatura referendaria del Trattato costituzionale europeo. Si tratta di fenomeni sociali e politici diversissimi, ma stanno lì a dimostrare come la tendenza a esaltare le magnifiche sorti e progressive di un mercato deregolato sia vivacemente contrastata da dinamiche ben presenti nella società e scommettere sulla prevalenza dell'una o dell'altra tendenza è un azzardo. Certo è che il futuro del diritto del lavoro sarà il frutto dello scontro, tutto politico, tra queste due tendenze.

Il *Libro verde* «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo» è un'ottima espressione della prima delle tendenze ora descritte e, come altre manifestazioni della stessa, assolutizza alcuni aspetti veri della dinamica sociale e ne ignora del tutto altri.

(*) Docente di Diritto del lavoro nell'Università di Bari.

Il risultato è un'analisi della situazione parziale e insoddisfacente e proposte che hanno il sapore dell'irrealità.

L'idea di fondo, credo, può essere riassunta nei seguenti termini: il sistema ha recuperato flessibilità e minori costi del lavoro attraverso i cd. contratti atipici. La cittadella del lavoro a tempo pieno e indeterminato era troppo forte e allora è stata aggirata moltiplicando i tipi contrattuali cui, in tutto o in parte, non trovano applicazione i diritti e le tutele prodotti da un secolo e passa di lotte operaie; in particolare, i nuovi contratti di lavoro sono più facilmente risolvibili. Tutto ciò crea ovvie distorsioni del mercato del lavoro producendo quello che chiamiamo fuga dal lavoro subordinato. È giunto, dunque, il momento di risolvere alla radice il problema riducendo drasticamente le tutele anche per il lavoro subordinato tradizionale. Ma, nei paesi dell'Unione – almeno in quelli con più antica anzianità di servizio – un'operazione di questo genere corre il rischio di suscitare un'incontrollata conflittualità che impedisca l'operazione stessa. Di qui la proposta della cd. *flexicurity*, flessibilità coniugata alla sicurezza o, meglio, agli imprenditori la flessibilità in un contesto di sicurezza per i lavoratori sul mercato del lavoro e non nel singolo rapporto. In altre parole, la maggiore flessibilità del fattore lavoro che è indispensabile perché le imprese possano reggere la concorrenza globalizzata dovrebbe essere compensata dallo Stato con una maggiore tutela sul mercato che assista il lavoratore in quelle che il documento chiama le transizioni, cioè il passaggio da un'occupazione a un'altra. Sembra una grande idea che i lavoratori e le loro organizzazioni dovrebbero guardare con grande interesse (di qui il richiamo al dialogo sociale): le inesorabili esigenze del mercato sono soddisfatte e ciò non può che avere riflessi positivi sulla competitività e, quindi, sui livelli occupazionali generali; contemporaneamente, ciò non avviene a danno dei lavoratori che, attraverso forme di sostegno del reddito e alla loro occupabilità (è questo un altro degli orribili neologismi cui ci costringe la Comunità), recuperano quello che perdono sul piano delle tutele nel rapporto.

In realtà dobbiamo porci alcune domande: che significa flessibilità? La flessibilità incrementa davvero l'occupazione? Che cosa sono queste forme di sostegno al lavoratore durante le cd. transizioni? Possono i bilanci pubblici reggerne i costi?

2. — *Che vuol dire flessibilità?* — Sul primo quesito, quello sulla flessibilità, va innanzi tutto posto da parte un possibile significato dell'e-

spressione: mi riferisco alla flessibilità cercata dal lavoratore; la flessibilità di chi ama suonare il sassofono ma, dovendo pure campare, vuole un lavoro per sopravvivere che gli consenta di dedicare sufficiente tempo alla sua passione. Non è di questa flessibilità che stiamo parlando: la ricordo solo perché nel documento comunitario in commento questa flessibilità viene evocata per giustificare ideologicamente la ben diversa flessibilità nell'interesse dell'impresa. Le due cose, invece, vanno mantenute nettamente distinte: anche il suonatore di sassofono che fa il commesso in un supermercato vuole sapere di quanto tempo libero dispone e quando potrà suonare con gli amici.

Parliamo, invece, della flessibilità nell'interesse dell'impresa, dell'organizzazione produttiva. Ma anche in quest'ambito, dobbiamo distinguere almeno due diverse flessibilità. La prima indica la capacità del lavoratore di comprendere, seguire e talvolta promuovere l'innovazione. In questo senso, lavoro flessibile è quello di un lavoratore che non si limiti a eseguire puntualmente una prestazione di lavoro la cui materialità è decisa da altri, ma un lavoratore che, avendone le competenze, intenda come la funzione a lui assegnata si inserisca in un contesto organizzativo che deve essere dinamico per rispondere in tempo reale alle sollecitazioni del mercato, comprenda il significato di sistema dei processi di adattamento a queste sollecitazioni e sappia modificare il lavoro che materialmente svolge a seguito delle sollecitazioni ambientali. Le competenze necessarie a un simile lavoratore richiedono una buona preparazione di base non limitata al saper fare ciò che nel momento dato deve fare, un patrimonio professionale teorico pratico e soprattutto critico che gli consenta di non limitare il suo contributo all'esatto adempimento di ordini ricevuti da altri ma abbia l'intelligenza dell'intero processo produttivo o almeno di un segmento significativo dello stesso; sia, insomma, inserito nel circuito delle informazioni che costituiscono la linfa vitale di ogni organizzazione. Un simile lavoratore non si sentirà minacciato dall'innovazione perché ne intende il significato e sa adattare a essa i contenuti materiali della propria attività. Non bisogna essere profondi conoscitori della sociologia dell'organizzazione per sapere che il più formidabile ostacolo all'innovazione dell'organizzazione è (può essere, se non ricorrono le condizioni appena dette) negli uomini e nelle donne che lavorano all'interno dell'organizzazione stessa: se non comprendono l'innovazione, se non hanno le capacità professionali per adattare a essa la propria prestazione materiale, se ne sentono minacciati e la sabotano.

La parola flessibilità può però anche significare, semplicemente, libertà dell'imprenditore di assumere, licenziare, variare l'orario di lavoro o le mansioni e quant'altro. Questa libertà, evidentemente, vista dal lato del lavoratore è precarietà: perché la sua capacità di produrre reddito, quando deve effettuare la sua prestazione nel giorno, nella settimana, nel mese non è nella sua disponibilità, ma è decisa dall'imprenditore. Quali siano gli effetti sull'occupazione delle donne, sulle quali gravano in netta prevalenza gli oneri del lavoro di cura, è evidente: è un caso che le donne siano sovrarappresentate nel lavoro a tempo parziale, come segnala il documento in discorso?

I due significati sono evidentemente incompatibili tra loro: sul piano *macro*, perché la flessibilità nel secondo senso genera nel lavoratore uno stato d'incertezza che è di ostacolo agli investimenti nella propria formazione, mentre la flessibilità nel primo senso richiede elevati investimenti di questo tipo. E infatti, come può un lavoratore a termine che aspira a essere confermato rifiutarsi di svolgere lavoro straordinario perché deve preparare un esame universitario o per frequentare un corso d'aggiornamento professionale ovvero prendersi un congedo per motivi di studio? Si produce, dunque, un effetto di scoraggiamento della qualità della forza lavoro impiegata nel processo produttivo. Ma abbiamo anche un effetto di depressione dei consumi. Come può un giovanotto precario contrarre un mutuo per comprarsi una casa?

A livello *micro*, di singola azienda, di singolo luogo di lavoro, la flessibilità nel primo senso necessita di un forte investimento dell'organizzazione nel lavoratore e del lavoratore nell'organizzazione medesima. Al contrario, la precarietà comporta un legame molto esile e strumentale. Se io so che quel lavoratore domani non lavorerà più per me non perdo tempo ed energie a dargli informazioni che non siano immediatamente utili al lavoro che sta svolgendo. Dal canto suo, perché il lavoratore dovrebbe impiegare energie intellettuali a comprendere le dinamiche di un'organizzazione se da questa organizzazione dopodomani dovrà andar via? Da ambedue le parti, la strategia più congrua è quella del minimo sforzo.

Diversi sono anche gli effetti delle due diverse flessibilità sui livelli occupazionali: nel primo significato la flessibilità crea occupazione perché crea un ambiente organizzativo pronto a ricevere l'innovazione, anzi a produrla. Nel secondo significato, invece, nel migliore dei casi la flessibilità produce un incremento della produttività della singola impresa. Ed è noto che, essendo la produttività nient'altro che il rapporto tra

quantità di produzione e quantità di lavoro impiegato, un incremento di produttività si può realizzare tanto diminuendo l'occupazione quanto incrementando la produzione. Nel primo caso, lungi dall'aver un incremento dell'occupazione, avremo una sua diminuzione. Nel secondo, da un lato, l'occupazione dovrà crescere in misura meno che proporzionale alla crescita della produzione (altrimenti si annullerà l'incremento della produttività) e, dall'altro, l'incremento della produzione dovrà pure fare i conti con le capacità di assorbimento da parte dei mercati in cui opera l'impresa.

La differenza tra le due flessibilità mi pare evidente. Eppure, nel *Libro verde* sono, invece, confuse tra loro.

3. — *Che significa sicurezza sul mercato?* — E veniamo all'altro punto del ragionamento svolto dal *Libro verde*: lo scambio che si propone tra minori sicurezze nel rapporto e maggiori tutele nel mercato, la cd. *flexicurity*. Quando il documento passa a specificare in cosa consisterebbero queste misure, non riesce ad andare oltre tre indicazioni: «l'apprendimento permanente», «le politiche attive del lavoro», «regole più flessibili nel settore della sicurezza sociale» (p. 4).

Sulla prima non si può che essere d'accordo. Ma dobbiamo distinguere: durante i periodi di disoccupazione, certamente la possibilità di seguire congrui corsi di formazione professionale può essere un aiuto di grande rilevanza nel reperimento di una nuova occupazione. Ma la sicurezza sul mercato richiederebbe che i processi di «apprendimento permanente» operino anche durante i periodi di lavoro e, quindi, il diritto alla formazione permanente deve tradursi in un diritto nel rapporto e non solo sul mercato.

Quanto alle politiche attive del lavoro, anche se immaginiamo strutture di collocamento, pubbliche e private, ottimali, le stesse non possono far altro che favorire l'incontro dell'offerta di lavoro con la domanda effettivamente prodotta dal mercato. Le politiche attive del lavoro, in altre parole, possono correggere alcune sfasature del mercato, non produrre un'occupazione maggiore di quella richiesta dal sistema economico. È molto, ma non è tutto: soprattutto è molto meno di quanto serva per dare ai lavoratori una sicurezza sul mercato equivalente a quella che perdono nel rapporto.

Quanto, infine, a un adeguamento delle regole della sicurezza sociale (intesa come previdenza più assistenza) alle modificazioni intervenute nel mercato del lavoro, è indubbio che i sistemi di *welfare* siano stati costrui-

ti sui rapporti di lavoro a tempo pieno e indeterminato; in particolare, quello italiano – che, per ragioni storiche, ha prestato grande attenzione ai lavori discontinui – è stato costruito su una forte solidarietà (leggi, trasferimento di risorse) dei lavoratori a tempo pieno e indeterminato in favore dei lavoratori discontinui. Ora, quando il modello che ci viene rappresentato è quello della prevalenza netta dei rapporti di lavoro discontinui, di periodi di lavoro fortemente differenziati per tipologia di contratti frequentemente intervallati da periodi di non lavoro, anche la soluzione italiana entra in crisi: non c'è più o diventa sempre più esiguo il flusso dei contributi provenienti dai lavoratori occupati e sempre meno si può fare affidamento su queste risorse finanziarie per sostenere le prestazioni in favore dei lavoratori discontinui e, contemporaneamente, si moltiplicano i periodi di non lavoro da indennizzare. E anche la previdenza complementare va in questo senso: anch'essa è costruita su misura del lavoratore stabilmente occupato all'interno di un settore economico.

Da un lato, certamente, almeno per quanto riguarda la previdenza sociale, può essere superata la frammentazione dei diversi contratti di lavoro includendoli tutti in un unico sistema (una riedizione del vecchio «tutti all'Inps») e ciò comporta la parificazione della contribuzione a carico di tutti. Ciò risolverebbe molti problemi: la generalizzazione delle tutele, l'indifferenza del tipo contrattuale adottato per la maturazione del diritto alle prestazioni e, soprattutto, quel perverso incentivo alla fuga dal lavoro subordinato che è il minor costo del lavoro nei contratti atipici. Ma non tutti: in particolare, mi riferisco ai periodi di non lavoro e alla loro indennizzabilità attraverso il trattamento di disoccupazione, nonché la loro computabilità ai fini pensionistici. Sia l'una che l'altra ipotesi costituiscono costi rilevanti, proporzionali alla frequenza e alla durata dei periodi stessi. Occorre stabilire chi li debba sostenere.

In realtà, l'accoglimento della proposta di liberalizzare il rapporto per creare meccanismi di integrazione del reddito e di sostegno alla ricerca di nuova occupazione a carico della fiscalità generale – come dire profitti alle imprese e oneri della discontinuità dell'occupazione trasferiti sulla società in generale – è insostenibile per qualunque bilancio pubblico: non lo dimostra la storia infinita della riforma degli ammortizzatori sociali in Italia? Insomma, non può funzionare un sistema che scarichi sulla sicurezza sociale (intesa come somma tra previdenza e assistenza) i costi della connessione sociale, lasciando ai privati il profitto, e ciò per due ragioni: in primo luogo perché il costo dell'operazione sarebbe insostenibile; e infatti, nulla il *Libro verde* dice in ordine ai costi e al dove attingere le risorse

per sostenerli. In secondo luogo, perché i diritti sul mercato, se non sono sostenuti dai diritti nel rapporto sono scritti sull'acqua.

4. *Riduzione delle tutele e segmentazione del mercato del lavoro* — Secondo il *Libro verde*, la drastica riduzione delle tutele nei rapporti di lavoro *standard* sarebbe giustificato anche dalla necessità di ridurre la segmentazione del mercato del lavoro. Il *Libro verde* giustamente denuncia come «una parte dei lavoratori rischi(ano) di cadere ancora nella trappola di un succedersi di attività di breve durata e di bassa qualità» (p. 9), cioè che la loro situazione di precarietà generi una predisposizione a ulteriore precarietà. Il rimedio indicato è quello di una maggiore flessibilità delle regole dei rapporti *standard* (leggi, abbattimento delle tutele oggi esistenti): la diminuzione del *gap* tra i diversi tipi contrattuali genererebbe un maggior dinamismo nel mercato del lavoro e, quindi, maggiori *chances* per coloro che si collocano nelle fasce basse della segmentazione di salire a quelle superiori.

In un documento di alcuni giuslavoristi italiani (Barbera *et alii*, 2007), è stato giustamente osservato che «non è dato sapere quanto questo effetto (la riduzione della segmentazione) possa effettivamente realizzarsi e, anzi, (che) le analisi longitudinali mostrano la persistenza nel tempo di una fascia notevole di rapporti stabilmente precari anche in caso di allentamento dei vincoli al licenziamento». Possiamo aggiungere, innanzi tutto, che l'obiettivo dei *better jobs* della strategia di Lisbona evidentemente si realizza creando lavori che comportino più reddito e più sicurezza, e non mantenendo il numero di questi lavori (e diminuendone reddito e sicurezza) e sostituendo chi li occupa.

A ben vedere, la segmentazione del mercato del lavoro è prodotta, *in primis*, da fattori sociali a danno di gruppi socialmente svantaggiati; la propensione delle imprese ad assumere e a far progredire in carriera gli uomini anziché le donne, i nativi anziché gli immigrati, i cd. normali anziché gli handicappati ecc. non diminuirebbe se le fasce alte della segmentazione vedessero diminuite le loro condizioni di reddito e di lavoro. Allo stato del rapporto tra i generi esistente nella nostra società (e analogo discorso va fatto per le altre contraddizioni esistenti), per i lavori *relativamente* migliori e meglio pagati saranno sempre preferiti gli uomini, anche se *in assoluto* saranno peggiori e peggio pagati.

Insomma, è paradossale sostenere che la precarietà dei lavoratori precari possa curarsi rendendo precari i lavoratori che oggi non lo sono.

5. — *Il lavoro economicamente dipendente è destinato a restare nella serie B dei diritti* — Con un certo grado di contraddittorietà (ma forse è solo consapevolezza dell'estrema difficoltà di seguire fino in fondo la strada della completa equiparazione al ribasso della regolamentazione dei rapporti *standard* a quelli atipici), il *Libro verde* ripropone la nozione di lavoratore economicamente dipendente per agganciare a essa un livello minimo di tutele, mentre più intense tutele sarebbero limitate al lavoro subordinato tradizionale. Si tratta, com'è noto, di una proposta molto accorsata nei più diversi ambienti politici.

Lasciamo da parte l'infelicità dell'espressione «lavoratore economicamente dipendente»: con tale espressione si attribuisce rilevanza solo all'effetto e non alla causa, che invece risiede nel fatto della differenza di potere che intercorre tra chi cede il proprio lavoro e l'organizzazione che lo utilizza attraverso la doppia alienazione del lavoratore dal lavoro e dall'organizzazione produttiva.

In realtà, se abbandoniamo quella genericità che sola consente un largo consenso, possiamo constatare che i diritti che si vogliono riconoscere al cerchio più ampio sono limitati a quelli fondamentali che le tradizioni costituzionali (almeno dei paesi membri dell'Ue prima degli ultimi allargamenti) già riconoscono. Ma, quel che è più importante è che, mantenendo un forte differenziale tra lavoro subordinato e contratti cd. atipici, si mantiene un altrettanto forte incentivo alla cd. fuga dal lavoro subordinato e da ciò consegue che la scelta dell'imprenditore di ricorrere a queste non sia dovuta (solo) a ragioni tecnico-produttive, ma anche a ragioni di costo, come del resto riconosce anche il documento in commento quando afferma che il ricorso a queste forme contrattuali è servito a recuperare quelle flessibilità che le regole sul rapporto di lavoro *standard* non consentivano.

Si badi: l'esigenza di unificare le tutele per evitare il ricorso abnorme a queste forme contrattuali — e preciso che, a mio avviso, va qualificato abnorme non solo il loro uso illegittimo, ma anche il loro uso per ragioni che non siano di carattere tecnico-organizzativo — non esclude certamente la possibilità di articolare le discipline, secondo le funzionalità tecnico-organizzative cui devono rispondere. Per esempio, se manteniamo fermo che il rapporto di lavoro sia *normalmente* a tempo indeterminato, ciò non deve escludere che, quando l'occasione di lavoro sia oggettivamente temporanea (per esempio una commessa straordinaria), al contratto di lavoro possa apporsi un termine. Oppure, quando la prestazione di lavoro dedotta nel contratto non sia una generale disponibi-

lità alle variabili esigenze dell'organizzazione produttiva ma l'esecuzione di un'opera esattamente determinata; allora è giuridicamente logico ricorrere a un contratto che non preveda potere direttivo e potere disciplinare, ma – correlativamente – neanche il dovere di obbedienza.

6. — *Chi deve pagare la flexicurity?* — È proprio la contraddittorietà della strada della cd. *flexicurity* che fa sorgere il legittimo dubbio che la proposta abbia un secondo fine: che vi sia una forte sproporzione tra le due partite dello scambio; che una drastica riduzione delle tutele nel rapporto sia compensata da qualche piccolo ritocco nelle tutele previdenziali e assistenziali, quelle sopportabili finanziariamente dal sistema. L'effetto, evidentemente, sarebbe che i costi dell'operazione siano scaricati sul lavoro. Se, poi, all'ossimoro flessibilità e sicurezza attribuiamo un significato diverso da quello del *Libro verde*, come nel documento Barbera *et alii* (2007), siamo fuori da un commento al documento comunitario ed è opportuno discuterne in altra sede.

In realtà, per tornare a quest'ultimo, la scelta deve essere compiuta tra due modelli di sviluppo tra loro alternativi. Il primo è quello di un ambiente istituzionale che consenta al nostro sistema di reggere la concorrenza internazionale in forza della propria capacità di innovazione. Questa scelta comporta imprescindibili corollari: tra altre cose (tra le quali ricordo i necessari investimenti nella formazione, nell'Università e nella ricerca, sia di base che applicata), uno fondamentale è la difesa e la promozione delle condizioni di lavoro; per dirla sinteticamente, un lavoratore che fatica ad arrivare alla quarta settimana del mese, che non sa se il mese prossimo avrà un reddito da lavoro oppure no, non è certamente in grado di supportare, con la propria prestazione, i processi innovativi. Del resto, i lavoratori che sono in grado di farlo sono a elevata qualificazione e la qualificazione costa.

L'altro modello è quello che mira a reggere la concorrenza globalizzata su minori costi del lavoro, quello che si fonda sul *dumping* sociale. Se si rinuncia a competere sui prodotti ad alto valore aggiunto è ovvio che il fattore strategico diventi il costo del lavoro; ma il costo del lavoro, nei paesi comunitari (almeno in quelli tradizionali, precedenti agli ultimi allargamenti), è rigido perché consistenti forze sociali e politiche e solide strutture giuridiche difendono i diritti che creano quei costi. Di qui la proposta del *Libro verde*: dopo che è stata ristretta la platea dei titolari di questi diritti ricorrendo alle forme di lavoro atipiche e precarie, si passa all'attacco della cittadella del la-

voro *standard* brandendo lo specchietto delle allodole della *flexicurity* e mirando effettivamente a una riunificazione al ribasso dei diritti.

La proposta – sia chiaro – ha una sua logica, ma – insisto – la ritengo perdente perché non si possono portare i costi del lavoro europei (o anche solo italiani) al livello di quelli cinesi o marocchini senza suscitare un'incontrollabile conflittualità sociale. Del resto, nella costruzione di ulteriori progressi nel processo di unificazione europea siamo arrivati a un punto di svolta. L'unificazione economica europea è ormai giunta a un livello tale che non può progredire ulteriormente senza la costruzione di forti istituzioni politiche; d'altro canto, nella tradizione costituzionale dei paesi europei, ancorché in forme e con contenuti diversi, le istituzioni politiche si legittimano (anche) perché garantiscono la coesione sociale. Di conseguenza o l'Unione supera la sua tradizionale stitichezza in materia sociale o non potrà che regredire anche l'unificazione economica. La bocciatura referendaria della Costituzione europea da parte di due dei paesi fondatori (Francia e Olanda) non ha questo significato? E può ben affermarsi che questo *Libro verde* non va certo nella direzione di tranquillizzare gli euroscettici.

Salvo Leonardi (*)

SUL *LIBRO VERDE* «MODERNIZZARE
IL DIRITTO DEL LAVORO PER RISPONDERE
ALLE SFIDE DEL XXI SECOLO»

1. — Il *Libro verde* presentato lo scorso novembre dalla Commissione, e intitolato «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo», si propone di lanciare un dibattito pubblico fra i paesi dell'Ue al fine – si legge – «di far evolvere il diritto del lavoro in modo da sostenere gli obiettivi della strategia di Lisbona: ottenere una crescita sostenibile con più posti di lavoro di migliore qualità». Il testo, alla cui stesura si è giunti grazie al contributo di un gruppo di lavoro incaricato dall'*Employment Committee* e dalla *Social Protection Committee* durante la presidenza di turno austriaca, ai primi del 2006, recepisce ed elabora selettivamente una ormai vasta stratificazione di testi comunitari intorno ai temi della riforma del mercato del lavoro e delle politiche sociali europee. L'obiettivo della Commissione è di giungere all'adozione di una comunicazione su questi punti entro il 2007, dopo una fase di consultazione di quattro mesi, aperta al contributo di chiunque voglia a riguardo esprimere un proprio parere. Lo spirito e la procedura riflettono quell'indirizzo di *governance*, sempre più ricorrente nel diritto sociale comunitario e noto come Metodo aperto di coordinamento, basato su tecniche regolative di *soft law*, generate per induzione e mutuo apprendimento (*benchmarking*, *peer review*, *best practices* ecc.) (Caruso, 2005; Barbera, 2006). Pur nutrendo numerose riserve sia sulla legittimità democratica di questa procedura (Cella, 2005), sia sull'efficacia concreta del suo impatto (Radaelli, 2003; Barbier, 2005; Perulli, 2006), sceglieremo di tralasciare questo pur importante aspetto legato al *Libro verde*, per concentrarci esclusivamente sulla sua ispirazione e i suoi obiettivi.

La parola chiave di questo dibattito, la sua fonte ispiratrice, è *flexicurity*, da intendersi come una combinazione integrata di politiche mirate alla flessibilità del lavoro e alla sicurezza dell'occupazione, ma anche del

(*) Ricercatore presso l'Ires nazionale.

reddito. Di combinazione fra questi due ingredienti parla espressamente il *Libro verde*, recependo in ciò una delle linee guida (la ventunesima) della Strategia europea per l'occupazione 2005-2008. Analogamente si è espressa la Commissione europea, che nel suo ultimo rapporto annuale sui progressi compiuti nell'implementazione della strategia di Lisbona (2006) ha indicato, nella prospettiva della *flexicurity*, quattro linee principali di intervento: 1) la disponibilità di assetti contrattuali in grado di consentire un'adeguata flessibilità sia per i lavoratori che per i datori di lavoro; 2) efficaci politiche attive del lavoro, volte a sostenere il passaggio da un impiego a un altro, come anche dalla disoccupazione e inattività al lavoro; 3) un sistema credibile di formazione lungo l'arco della vita, capace di rendere i lavoratori in grado di tenere il passo con i rapidi mutamenti e di poter transitare verso nuovi impieghi; 4) un moderno sistema della sicurezza sociale, in grado di coniugare l'esigenza di facilitare la mobilità nel mercato del lavoro con la previsione di adeguati sostegni al reddito durante qualunque fase di allontanamento da esso. Si tratterebbe di passare dalla sicurezza del posto di lavoro alla sicurezza dell'occupazione, *rectius*, dell'occupabilità.

Ciascuno dei due elementi che compongono la *flexicurity* può essere variamente declinato e ricomposto in misure di *policies* che, diversamente dosate, concorrono a definire un determinato assetto nazionale di *governance*, in materia di politiche sociali e del mercato del lavoro. L'impiego di questo neo-logismo, originato nel dibattito olandese di qualche anno fa (Wilthagen, van Velzen, 2006), costituisce probabilmente un caso esemplare di quella «omogeneizzazione del linguaggio usato da attori competenti in politiche per l'occupazione», per occultare divergenze di opinione, anche molto pronunciate, sin dentro alle Direzioni Generali della Commissione e fra Ministri delle finanze e del lavoro all'interno di alcuni paesi (Barbier, 2005). Senza dilungarci troppo su questo punto, ci limitiamo a ricordare come si sia ormai soliti distinguere tra flessibilità numerica esterna e interna, flessibilità funzionale, flessibilità salariale; laddove per sicurezza ci si può riferire al singolo rapporto di lavoro, all'occupazione latamente intesa, al reddito, a una combinazione infine di questi elementi. Da questo punto di vista, nessun modello nazionale può ritenersi integralmente appiattito su uno soltanto di questi ideal-tipi, ricorrendo di norma un *mix* di misure e indirizzi normativi (Wilthagen, van Velzen, 2006), frutto di un complesso equilibrio di fattori che attengono al grado di sviluppo economico-sociale di un paese, al tipo di specializzazione produttiva e alla collocazio-

ne nella catena internazionale del valore, al processo di formazione di un determinato sistema di *welfare*, alla natura del patto sociale che ha retto la costituzione materiale dei rapporti di classe, alle culture diffuse e condivise, agli assetti demografici di un paese.

Una ormai vasta letteratura comparata, alla quale attingono – per il tramite delle loro agenzie di studio specializzate (Fondazione di Dublino; gruppi di alto livello incaricati; comitati per l'occupazione e per le politiche sociali) – le istituzioni comunitarie, identifica e classifica i sistemi nazionali europei a seconda del modo diverso di coniugare il grado di flessibilità del posto di lavoro, la sicurezza inerente al reddito e alle misure di attivazione, l'incidenza della tassazione sul lavoro. Il recente rapporto della Commissione sull'*Occupazione in Europa 2006* distingue in proposito cinque *clusters*: 1) il sistema anglosassone (Regno Unito e Irlanda), connotato da un elevato grado di flessibilità, un grado di sicurezza relativamente basso e un livello basso di tassazione; 2) il sistema continentale (Austria, Belgio, Germania, Francia), che si colloca in una posizione mediana rispetto a ognuna delle tre variabili menzionate; 3) il sistema mediterraneo (Grecia, Portogallo, Spagna), con poca flessibilità del lavoro, poca sicurezza sociale e un livello mediano di tassazione; 4) il sistema dell'Europa centro-orientale, a cui è stata di recente aggiunta – con qualche sorpresa – l'Italia, con un grado intermedio di flessibilità e tassazione, e poca sicurezza sociale; 5) il sistema nordico (i tre paesi scandinavi, più l'Olanda), caratterizzato da un livello medio-basso di tassazione, medio-alto di flessibilità del lavoro, molto alto di sicurezza sociale elevata.

2. — È il sistema nordico, in particolare, a riscuotere un riconoscimento e un apprezzamento pressoché unanime, e ciò in virtù della capacità rivelata da quei paesi nel coniugare competitività economica ed equità sociale, flessibilità del lavoro e sicurezza delle persone, innovazione socio-tecnica e partecipazione dei lavoratori nella gestione del cambiamento. L'Olanda, e soprattutto la Danimarca, sono divenute in questi anni gli esempi più virtuosi, e un po' alla moda, di ciò che per le istituzioni comunitarie deve diventare l'area economica più competitiva dell'epoca globale, fondata sulla valorizzazione del capitale umano e della conoscenza, e su un modello sociale sempre attento ai diritti individuali e collettivi della persona (Barbier, 2005). Tutte le statistiche internazionali – così influenti ormai nel condizionare le politiche comunitarie e nazionali – attestano inequivocabilmente il successo di questo

modello, già in passato oggetto di vaste curiosità, sia politiche che accademiche, per le obiettive peculiarità del suo assetto e modello di sviluppo. Paesi relativamente piccoli e con pochi abitanti, un *welfare state* universalistico e di ispirazione beveridgiana, finanziato da un livello di tassazione generale fra i più elevati al mondo, una invidiabile tradizione civica e democratica di derivazione protestante, una prolungata egemonia politica della socialdemocrazia, attori sociali forti e coesi, in grado di dar vita a un sistema particolarmente solido e dinamico di relazioni industriali.

Del modello danese, in particolare, è stata apprezzata quella sorta di «triangolo d'oro», costituito da una normativa particolarmente permissiva in materia di licenziamenti, un regime molto generoso di sussidi in caso di disoccupazione e politiche efficaci di attivazione al lavoro (*aktivering*), incentrate sulla formazione continua e una eccellente rete di servizi all'impiego (Andersen e Mailand, 2005; Bredgaard *et al.*, 2005). Ciò ha reso possibile un'elevata mobilità del mercato del lavoro, attestata da una impressionante movimentazione dei rapporti di impiego che, ogni anno, arriva a interessare una media del 30 per cento di lavoratori danesi, senza che ciò all'apparenza produca riflessi traumatici sul tessuto sociale e produttivo di quel paese. La disoccupazione, alla fine del 2006, era inferiore al 4% e solo una minoranza – secondo alcune indagini demoscopiche – rivelerebbe ansia e preoccupazione riguardo all'eventualità di cambiare completamente lavoro. Il tasso di rimpiazzo e la durata del sussidio di disoccupazione – la cui gestione è rimessa alle organizzazioni sindacali – sdrammatizzano la perdita temporanea di un lavoro, nonché la sua ricerca, favorendo la riqualificazione professionale e scoraggiando la formazione di aree occupazionali connotate da irregolarità e da bassi salari. Un pezzo importante di quella strategia che Esping-Andersen ha descritto come *decommodification* (demercificazione) del lavoro. Un circuito virtuoso, grazie al quale la Danimarca è oggi in grado di conseguire livelli di competitività fra i più elevati del mondo industrializzato, su segmenti particolarmente innovativi e qualificati della catena internazionale del lavoro, con un tasso di occupazione che con grande anticipo oltrepassa già i parametri indicati nella strategia di Lisbona, in un equilibrato rapporto fra i generi e una elevata inclusività sia dei giovani che degli *over 55*.

Meno celebrato del modello danese, seppur ugualmente apprezzato, rimane il modello svedese, che col primo condivide storicamente un vasto campo di affinità. A cominciare da quell'opzione universalistica, «po-

polare» e socialdemocratica di *welfare* che contraddistingue il modello nordico rispetto a quello lavoristico e «bismarkiano» della tradizione continentale europea. Vi sono tuttavia due ambiti su cui, quanto meno, il modello danese si allontana da quello svedese, per avvicinarsi di più a quello anglosassone: un regime dei licenziamenti fra i più liberali che si conoscono e un decentramento contrattuale di gran lunga più pronunciato di quello svedese. Due dati su cui probabilmente si riflette il diverso sistema produttivo di questi due paesi: la dimensione media delle imprese è, infatti, più ampia in Svezia, laddove l'economia danese è da sempre caratterizzata da un tessuto di imprese piccole e medie, più bisognose di una maggior flessibilità. La politica contrattuale svedese, teorizzata agli inizi degli anni sessanta da due grandi economisti socialdemocratici – Gosta Rhen e Rudolf Meidner – àncora il complesso della dinamica salariale nazionale al livello dei settori più produttivi e competitivi. L'asticella dei minimi salariali viene dunque fissata, tramite contrattazione, al livello più alto, imponendo a tutti i comparti produttivi di tenere il passo o perire. Ciò ha comportato dinamiche salariali solidaristiche e centralizzate, tagliando sì fuori settori maturi e industrie marginali (come nel caso del tessile), ma posizionando alla lunga il sistema produttivo svedese negli anelli più avanzati della catena internazionale del valore. Congiuntamente a un generoso reddito garantito in caso di disoccupazione, questo modello ha di fatto scoraggiato qualsiasi ricorso a lavori informali, irregolari o anche solo a basso reddito.

Alle origini del modello scandinavo di *flexicurity* vi è stata certamente la forza e l'orientamento di un potente movimento operaio organizzato, in grado di determinare – attraverso l'azione sinergica di sindacati e partiti socialdemocratici lungamente in posizione dominante – i termini di un compromesso di classe pressoché unico nel suo genere (Amoroso, 1980; Korpi, 1982). Una genesi e uno sviluppo che, lo diciamo subito, ci inducono a interrogarci problematicamente sul grado di esportabilità di quel modello, fuori dal contesto geo-storico che lo ha prodotto. Come ha scritto correttamente uno dei maggiori esperti italiani di *welfare* scandinavo, Paolo Borioni, la *flexicurity* non può essere concepita come un fattore avulso dalla realtà circostante (2005). Nessuna intuizione o intento emulativo può eludere di confrontarsi col complesso intreccio di assetti e interessi ereditati nell'ambito di ciascun sistema.

L'interrogativo che dobbiamo porci è allora il seguente: per quale motivo un movimento sindacale potente come pochi altri, forte di una

membership di due o tre volte superiore alla media di qualunque altra organizzazione occidentale e di un'alleanza organica con le socialdemocrazie al governo per decenni, ha permesso una flessibilità in uscita che sindacati molto più deboli hanno altrove duramente contrastato e impedito di realizzare? Esping-Andersen, che questo interrogativo se lo è posto (2000), propende per una spiegazione che potremmo definire di stampo culturalista. A suo modo di vedere, ciò che nei sistemi continentali e mediterranei di *welfare* – etichettati come «corporativi» e «conservatori» – ha impedito di ammettere uno scambio politico del genere realizzato in Scandinavia, è stato l'elevato grado di familismo presente in queste società, cattoliche e lungamente guidate da coalizioni centriste e democristiane. Un tratto assente fra i paesi scandinavi dove, come ricorda lo storico danese Bo Strath, «la particolare etica protestante nordica è stata del genere culturale dotato di un principio non solo diverso ma apertamente ostile alle culture cattoliche: quello della incondizionata libertà personale e del valore supremo dell'individuo» (2005).

Che il familismo non rappresenti un vetusto *cliché*, caro all'immaginario un po' irridente di un osservatore nord europeo, ce lo rivelano a ritmo pressoché settimanale le indagini demoscopiche di Ilvo Diamanti e del suo istituto, o le misure delle leggi finanziarie volte a privilegiare i nuclei familiari piuttosto che i singoli individui. Rimane non del tutto chiarito però se tale familismo, attestato dal lungo protrarsi della convivenza dei figli adulti coi genitori, sia un dato di derivazione culturale, o piuttosto la conseguenza socio-economica della tradizionale mancanza di misure rivolte al sostegno dei giovani studenti e/o in cerca di occupazione. Di fatto, il primato relativo riconosciuto alla figura socio-professionale del lavoratore maschio adulto, il *breadwinner*, ha indotto il mondo del lavoro organizzato – in epoca fordista – a non transigere sulla difesa strenua del suo diritto al lavoro, inteso e declinato attraverso una sostanziale inamovibilità dal posto di lavoro occupato. La scarsità tendenziale di nuove occasioni di impiego giustificerebbe solo in parte e non dovunque questo orientamento, essendo esso stato mantenuto anche in condizioni di pieno impiego e di benessere diffuso. Basti pensare al lungo ciclo espansivo del dopoguerra, e in particolar modo a quei paesi meno afflitti da gravi squilibri regionali (l'Austria, la vecchia Germania Federale, il Belgio). Scrive il sociologo danese: «È la protezione dei lavoratori troppo rigida a causare la frattura tra *insider* e *outsider*, o è la consapevolezza dell'importanza del lavoro del maschio principale percettore del reddito a costringere tali paesi a rafforzare al mas-

simo la regolazione del mercato del lavoro?» (2000; p. 235). La risposta giusta per Esping-Andersen è la seconda ed è, a suo avviso, abbastanza legittima e comprensibile. Tale primato familistico e maschile del *breadwinner* è risultato assai meno pervasivo nell'area nordica, dove da più tempo si è affermato un rapporto culturale e sociale più equilibrato fra uomini e donne, e dove i giovani più precocemente manifestano il desiderio di affrancarsi dal nucleo familiare di provenienza. Un aspetto che ci aiuta a spiegare quel dato, abbastanza sorprendente e riportato da Esping-Andersen (2000), secondo il quale oltre il 90% della popolazione danese dichiara di avere trascorso un periodo della propria vita sotto il livello di povertà. Si tratta proprio dei più giovani, in uscita dalla famiglia di origine o in rapido transito verso nuovi impieghi, ma rapidamente destinati ad accedere a una qualità della vita e del lavoro più che confortevole.

La spiegazione di Esping-Andersen è certamente plausibile ma a nostro modo di vedere non del tutto esaustiva per capire le ragioni dell'assenso di un sindacato come quello danese, in grado di vantare l'80% di iscritti, a una disciplina dei licenziamenti di stampo quasi anglo-sassone. La cifra di questa disponibilità risiede, secondo noi, nel cd. «sistema Ghent», istituito ai primi del Novecento nella città fiamminga e vigente dagli anni trenta nella sola area scandinava e in Belgio (Leonardi, 2005). Frutto di accordi di puro stampo neo-corporativo (quello di Saltjobaden in Svezia; il *Kanslergade compromise* in Danimarca), consiste nell'amministrazione sindacale dei fondi per l'assicurazione contro la disoccupazione, alimentati dalla contribuzione volontaria di tutti i lavoratori, ma in misura nettamente preponderante dal sostegno statale per il tramite di una elevata fiscalità generale. L'importo dell'assegno è correlato all'ultimo reddito da lavoro percepito e il tasso di rimpiazzo del reddito varia oggi fra il 75% della Svezia a fin oltre il 90% in Danimarca. Coloro che decidono di prendere la tessera sindacale vengono automaticamente iscritti a uno dei fondi assicurativi contro la disoccupazione. Non è invece automatico il contrario, poiché – nel rispetto del principio della libertà sindacale negativa – è possibile iscriversi a un fondo senza essere obbligati a prendere alcuna tessera sindacale. In questo caso, però, il tasso di rimpiazzo risulterà sensibilmente più basso. Un differenziale di rendimento, autorizzato dalle autorità politiche e amministrative, che si rivela di cruciale importanza per comprendere gli straordinari effetti promozionali che questo sistema esercita sulla sindacalizzazione.

La nostra tesi è che non si può capire la *flexicurity* nordica, e soprattutto la disponibilità sindacale ad ammettere un significativo allentamento dei vincoli giuridici che altrove tutelano la stabilità del lavoro, se non si comprende l'enorme vantaggio che l'apparato sindacale scandinavo ha tratto da questo modello. È solo grazie al sistema Ghent che i sindacati si pongono, infatti, nella condizione di rivoltare a proprio vantaggio una delle più devastanti minacce che possono incombere su un lavoratore dipendente e – conseguentemente – sul sindacato che lo affilia: la disoccupazione, qualunque sia la sua durata. Quanto più alto è il rischio per la stabilità del proprio impiego, tanto maggiore diviene la propensione a rivolgersi al sindacato e ai suoi fondi assicurativi (1). E così, mentre dagli anni ottanta in poi disoccupazione e flessibilità falciavano ovunque occupati e iscritti, i sindacati nordici conoscevano una nuova, sorprendente fase di spinta alla *membership* (Visser, 2006; Albrechtsen, 2004; Hoffmann and Waddington, 2001; Visser and Ebbinghaus, 2000). Un paio di esempi. Il Belgio, col *Ghent*, ha un tasso di sindacalizzazione di due volte superiore a quello dell'Olanda e di quattro volte a quello della Francia, paesi vicini e per molti versi affini ma senza il *Ghent*. La Norvegia, che non adotta più il *Ghent*, vanta un tasso di venti o trenta punti inferiore agli altri vicini scandinavi che invece lo hanno ancora.

Questo sistema ha finora consentito di instaurare un gioco *win-win*, a somma positiva, dal quale tutte le parti possono ritenersi sufficientemente soddisfatti (Boeri *et al.*, 2002; Leonardi, 2005). I lavoratori innanzitutto, che possono godere di garanzie sconosciute dalla maggior parte dei loro colleghi europei; gli imprenditori, che possono far conto su almeno tre grossi vantaggi: liberarsi degli esuberanti senza esporsi a un duro, prevedibile contenzioso giudiziario e sindacale; scaricare sulla fiscalità generale il costo sociale delle fasi recessive e delle ristrutturazioni industriali; disporre di una forza lavoro costantemente riqualificata dal sistema pubblico della formazione; i sindacati, perché possono preservare la loro forza associativa – e dunque finanziaria, negoziale e politica –

(1) Negli ultimi quindici anni la percentuale di coloro che hanno in media percepito l'indennità di disoccupazione si è attestata fra il 50 e il 60 per cento del totale dei disoccupati (registrati) in Finlandia, fra il 53 e il 73 per cento in Norvegia, fra il 68 e il 78 per cento in Danimarca, fra il 71 e l'80 per cento in Svezia. Decisamente al di sopra che nel resto d'Europa, dove le percentuali scendono drasticamente al 20 per cento del Regno Unito, 30 per cento della Germania, 35 per cento dell'Olanda; Clasen, Kvist, Van Oorschot (2001).

anche nelle condizioni di un mercato del lavoro molto flessibile sia in entrata che in uscita; i governi, che attraverso questo sistema hanno, da un lato, decentrato all'autorganizzazione sociale l'amministrazione di un segmento importante del *welfare*, e, dall'altro, indotto il sindacato – che gestisce l'amministrazione e la contabilità dei fondi – a rendersi politicamente più responsabile in materia di politiche di attivazione nel mercato del lavoro (durata del sussidio; entità; doveri del fruitore). Che un modello all'apparenza tanto virtuoso risulti vigente in una così circoscritta frazione geografica – dopo che anche Norvegia (1938) e Olanda (1952) sono negli anni transitati verso modelli obbligatori di assicurazione – può oggi apparire sorprendente, ma tant'è.

Questa lunga digressione sul modello nordico, e sul ruolo chiave che in esso esercita la gestione sindacale dell'assicurazione contro la disoccupazione, ci è servita – fra l'altro – per sostenere la nostra ipotesi, e cioè che al di fuori del sistema Ghent di scambio neo-corporativo, nessun sindacato europeo – in grado ancora di condizionare l'agenda politica delle riforme – potrà acconsentire a una ulteriore, sostanziale deregolamentazione delle norme che tutelano il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, se non alla condizione di una sconfitta o di un pesante indebolimento della propria capacità di mobilitazione.

Al di là di qualunque legittima valutazione sul valore intrinseco di una stabilità tendenziale del posto di lavoro, che pure riteniamo di condividere ampiamente, la *flexicurity* costituisce una sfida obiettiva, seppur non espressamente dichiarata, al potere associativo e negoziale delle organizzazioni sindacali. Tutti gli studi e le indagini empiriche che sono state condotte in Italia e altrove concordano stabilmente nel rivelare come il tasso di sindacalizzazione risulti significativamente più basso fra i lavoratori a termine, in somministrazione e persino fra quelli a *part-time*, per non parlare ovviamente dei lavoratori parasubordinati, fuori dal perimetro del diritto del lavoro. Una criticità che tende a ripercuotersi negativamente sulla rappresentanza organizzata nei luoghi di lavoro, dunque sulla contrattazione collettiva e sui diritti partecipativi, con effetti a cascata che alla fine – sui salari, sull'orario, sulla sicurezza e l'ambiente di lavoro – non possono che travolgere tutti, *insider* e *outsider*. Nella prospettiva di una loro stabilizzazione questi ultimi possono comprensibilmente ambire a condividere i vantaggi – seppur dilazionati – accumulati in precedenza dagli *insider*. Una scelta dettata da un calcolo del tutto razionale, quello sindacale, sia sotto il profilo strumentale e corporativo della logica dell'associazione, sia per quello che attiene, in una

prospettiva solidale più ampia e inclusiva, al destino reale di quei segmenti meno organizzati del mercato del lavoro. Di contro, fintanto che atipici e flessibili permangono in una condizione di *outsider*, scarsi e inefficaci sembrano rivelarsi ovunque i tentativi sindacali di allargamento della *membership* e della propria rappresentatività associativa. Un circolo vizioso che per essere interrotto e rivoltato in qualche suo punto richiederebbe probabilmente un vasto ed equilibrato patto sociale, post-neo-corporativo, in grado di riformare radicalmente i vecchi assetti, familisti e lavoristici, di *welfare*. Ma le proposte finora giunte dal versante pubblico – una flessibilità del lavoro con poche e incerte contropartite sia per i lavoratori che per i sindacati – non possono riscuotere il consenso della rappresentanza organizzata del mondo del lavoro.

Non può e non deve quindi sorprendere il giudizio, severissimo e argomentato, che tutti e tre i sindacati confederali italiani – non certo protagonisti nella negoziazione di questi anni sulla flessibilità del e nel lavoro – hanno già espresso nei confronti del *Libro verde* (2). Analogamente a un'altra importante centrale sindacale europea, come le *Comisiones Obreras* spagnole (3). Che poi l'Unice, l'associazione del grande padronato europeo, abbia da parte sua diffidato le istituzioni comunitarie dal procedere oltre nell'implementazione di un documento di questo tenore, chiarisce bene di quale oltranzismo ideologico si sia oggi dotato il capitalismo europeo.

3. — I sindacati europei hanno buone ragioni per guardare con sospetto all'impianto complessivo del *Libro verde*: un succinto testo di una quindicina di pagine, lontano – per quantità e qualità – dai ben più vasti e articolati approfondimenti condotti nelle sedi preliminari, e il cui messaggio essenziale risiede nella raccomandazione rivolta agli Stati membri affinché si allentino i vincoli giuridici, di origine sia legale che contrattuale, che disciplinano il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Ricordiamo con sincera nostalgia la qualità argomentativa, oltre che il tenore politico complessivo, del rapporto Supiot del 1999, su temi analoghi (Supiot, 2003). Di quel rapporto ci limitiamo qui a ricordare alcuni indirizzi di politica del diritto che ci erano parsi particolar-

(2) Cgil, Cisl, Uil, *Osservazioni al Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*; policopiato, Roma, Gennaio 2007.

(3) Comisiones Obreras, *Contributions au débat ouvert sur le livre vert de la commission européenne «moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI siècle»*, policopiato, Madrid, Dicembre, 2006.

mente convincenti. Il primo consisteva nel ribadire il carattere assolutamente indisponibile della qualificazione giuridica del tipo contrattuale. Supiot propone di riconcettualizzare la subordinazione sul terreno pre-giuridico ed estrinseco al contratto di lavoro, dato dalla condizione soggettiva di inferiorità sociale e di dipendenza economica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro. Si assume dunque una nozione economica di subordinazione che, a lungo osteggiata dall'ortodossia giuslavoristica, consente oggi di afferrare i nuovi contorni della dipendenza, al di là dell'ipocrita formalismo del *nomen iuris* e dell'obsolescenza socio-organizzativa del vecchio criterio dell'assoggettamento burocratico-militare dentro l'unità spazio-temporale della fabbrica taylor-fordista. Questo approccio diviene propedeutico all'espansione di tutte quelle misure che, tanto nel rapporto quanto nel mercato del lavoro, definiscono tutele sostanziali in favore della sicurezza di chi dipende economicamente da un datore o un committente. Si tratterebbe dunque di allargare, e non di restringere, il campo del diritto del lavoro ad ambiti che fin qui ne sono rimasti esclusi, dilatando *extra muros* i confini di una subordinazione che ha sì perso alcuni dei suoi classici connotati esteriori, ma non certo l'essenza di una messa a disposizione del proprio lavoro entro un progetto e con modalità fissate da terzi. La proposta di una protezione sociale incrementale e per «cerchi concentrici», di fatto recepita nel disegno di legge ulivista sulla *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* (4), costituisce una vera e propria alternativa a quella «fuga dal diritto del lavoro» descritta, o forse auspicata, da alcuni settori della dottrina. Di quella riflessione, e di quelle proposte, non rimane traccia nello scarno *Libro verde* del 2006.

Qui l'obiettivo principale, reiterato in continuazione, è essenzialmente quello di «facilitare una maggiore flessibilità», dissimulata – a nostro avviso maldestramente – dalla finzione di un mutuo e simmetrico interesse, in tal senso, sia dei lavoratori che delle imprese. Emblematica, per livello di mistificazione, la parte nella quale si descrivono i contratti atipici e flessibili, in grado fra l'altro – si legge – di mantenere una manodopera più diversificata, di offrire ai lavoratori maggiori opzioni in materia di orari di lavoro, di possibilità di carriera, di equilibrio fra la vita familiare e professionale, di svolgere la formazione. Ebbene, non vi è uno solo di questi aspetti su cui una ormai stra-

(4) Disegno di legge n. C 104 del 28 aprile 2006; v. in q. *Riv.*, 2006, IV, pp. 921 ss.

bordante produzione di ricerche empiriche non abbia dimostrato come la flessibilità del rapporto si ripercuota negativamente su chi la vive in prima persona. Il lavoratore atipico ha solitamente minori opportunità di carriera dei suoi colleghi a tempo indeterminato; non è in grado di programmare adeguatamente la sua vita familiare; gode di opportunità formative di gran lunga inferiori a quelle dei colleghi stabilizzati; subisce, più che scegliere, il tipo contrattuale *substandard* che gli offre il datore di lavoro; patisce, a livello psicologico ed esistenziale, quella «corrosione del carattere», descritta da sociologi come Richard Sennet o Luciano Gallino, e indotta dalla precarietà dei rapporti di lavoro. Il lavoro non *standard* della *flexicurity* e i buoni lavori (i *more and better jobs*) di cui parla l'agenda di Lisbona, sono come ricorda giustamente Adalberto Perulli: «concetti tra loro difficilmente conciliabili» (2006). Agli estensori del *Libro verde* sarebbe bastato leggersi più attentamente i frequenti monitoraggi compiuti dalla Fondazione di Dublino, sulle condizioni di vita e lavoro in Europa, o anche i due recenti rapporti della Commissione sull'occupazione e sulle relazioni industriali nei paesi membri dell'Ue. Che poi il fatto che il 60% delle persone reclutate nel 1997 con contratti atipici abbia conseguito sei anni dopo, nel 2003, un contratto *standard* venga salutato come un successo – come si legge nel testo – ci lascia sinceramente perplessi. Tanto più che non risulta chiaro che ne è stato del rimanente 40%.

Per rispondere alle sfide del XXI secolo, la Commissione propone di modernizzare il diritto del lavoro, a cominciare da una crescente diversificazione dei tipi contrattuali, sia nell'ambito strettamente lavoristico della subordinazione giuridica, che in quello di derivazione commerciale del lavoro autonomo. I fattori di rischio, correlati a una occupazione intermittente e già stigmatizzati, specialmente per le donne, nel rapporto congiunto della *Social Protection Committee* sull'inclusione sociale del 2002 e nella comunicazione *Make work pay* del 2003, non vengono neppure evocati. In quei testi si poteva, fra l'altro, leggere che il lavoro è il miglior canale per uscire dalla povertà e dall'esclusione; che esso tuttavia può non esser sufficiente se mal pagato o precario; che si deve sempre prevedere un reddito minimo e un sistema di servizi per i periodi di inoccupazione.

L'influsso del *policy mix* neo-liberale dell'Ocse e dei suoi periodici *Jobs Studies* ed *Employment Outlook*, nell'approccio del *Libro verde*, è piuttosto evidente. Come ricorda bene Jean Claude Barbier: «L'Ocse ha una precedenza storica sulla Strategia europea per l'occupazione in

termini di possibile influenza cognitiva per l'adozione dell'attivazione come orientamento politico» (2005; p. 281). La tesi del *Libro verde* è che «clausole e condizioni di lavoro eccessivamente protettive possono scoraggiare i datori di lavoro dall'assumere durante i periodi di ripresa economica». Quasi non vi fosse già, pressoché dovunque in Europa e da parecchi anni ormai, un'ampia gamma di soluzioni contrattuali concepite al preciso scopo di favorire una migliore sintonia fra il ciclo economico e il tasso di occupazione. Che si tratti di tempo parziale, tempo determinato o lavoro in somministrazione, e persino di *job on call*, il numero di posti di lavoro flessibili è aumentato costantemente in tutti i paesi dell'Ue. Fra il 1998 e il 2005, nell'Ue a 25, il *part-time* è passato dal 15,9% al 18,5%, un quarto dei quali costretti di fatto a questa formula, avendo altrimenti preferito il tempo pieno. Il tempo determinato è cresciuto, nello stesso arco di tempo, dall'11,7% al 14,2%. Anche la somministrazione tramite agenzia ha conosciuto un piccolo incremento. Il lavoro autonomo senza dipendenti e al di fuori del settore agricolo si attesta intorno al 15% nelle costruzioni, nel terziario, nei servizi alla persona. A ciò deve aggiungersi l'aumento di tutte le forme di flessibilità funzionale, oraria e salariale. Per quanto riguarda l'Italia il numero di forme contrattuali atipiche, dopo la «legge Biagi», viene diversamente stimato ma appare in ogni caso esorbitante: da un minimo di 14 secondo Tiraboschi, a 36 per Accornero, fino a 44 secondo Tito Boeri (5). Non a caso siamo scesi, in questi anni, nelle graduatorie internazionali sulla rigidità normativa del mercato del lavoro.

Oggi il 29,5% dei lavoratori dell'Ue-25 ha in media un rapporto di lavoro non *standard*. Lo stesso *Libro verde* ricorda come «la quota dell'occupazione totale rappresentata dai lavoratori reclutati in base a contratti diversi dal modello contrattuale *standard* e da coloro che hanno uno *status* di lavoratori indipendenti è aumentato da più del 36% del 2001 a circa il 40% della forza lavoro dell'Ue-25 nel 2005». Ma a quanto pare non basta ancora. E ciò a dispetto di un *trend* incoraggiante, testimoniato dai 12 milioni di posti di lavoro creati nell'EU dopo il 1999 (erano stati appena 2 milioni fra il 1991 e il 1998); un tasso di attività salito in dieci anni (1995-2006) dal 65,3% al 70,4%; un tasso di occupazione cresciuto, nello stesso periodo, dal 57,8% al 64,4%, e una disoccupazione scesa da una media dell'11,4% all'8,3% (BCE, 2007).

(5) Da Accornero, 2006; p. 52.

Studi europei, e da ultimo il rapporto della Commissione sull'*Occupazione in Europa 2006*, hanno provato a misurare il grado di rigidità normativa (*strictness*) che in ciascun paese disciplina il rapporto di lavoro, incrociando complessivamente l'incidenza del lavoro *standard* con quello temporaneo/a termine, nonché la disciplina dei licenziamenti collettivi. In questa graduatoria l'Italia si collocherebbe all'ottavo posto (su diciotto): appena più rigidi che in Olanda e Austria – oltre, ovviamente, che in Danimarca, Irlanda e Regno Unito – ma meno che in Svezia, Germania, Belgio, Francia, Spagna e Portogallo. Non vi sono molti motivi per esser fieri del nostro sistema occupazionale, e le statistiche internazionali ce lo ricordano con implacabile dovizia di particolari. Se tuttavia si vuole dimostrare che un regime di tutele più vincolistico impedisce di elevare il tasso di occupazione, dobbiamo dire che ciò non trova alcun conforto nei dati che fornisce l'Eurostat. Tutti i paesi che per rigidità ci precedono nell'elenco (tranne il Belgio) presentano tassi di occupazione superiori alla media attuale dell'Ue a 15 (e dunque anche a 27), sia sul totale che per ciò che attiene alla partecipazione femminile e dei lavoratori *over 55*. La Svezia e la Germania, annoverati fra i paesi relativamente più rigidi, vantano tassi di occupazione alti ed equilibrati, uguali o superiori ai livelli fissati nell'agenda di Lisbona. La Svezia, che con la Danimarca condivide quasi tutto, tranne la facilità di licenziamento, ha un invidiabile tasso di occupazione al 73,5% (69,5% donne), che è il secondo dell'Ue (dopo la Danimarca ma di poco), e una segmentazione del mercato del lavoro pressoché insignificante. Persino il Portogallo, che guida la classifica europea dei meno flessibili, presenta un tasso di occupazione del 67% (60% fra le donne), il quinto dell'Ue-25), ed esattamente in linea con gli ambiziosi livelli stabiliti dalla strategia di Lisbona per il 2005. Una smentita, dunque, di quell'autentico teorema neo-liberista, in base al quale, con il *Libro verde*: «l'esistenza di una legislazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro», favorendo la segmentazione del mercato e una scarsa produttività. Le cose – è proprio il caso di dirlo chiaro e forte – sono terribilmente più complesse. Le ragioni del successo di un modello riflettono una tale molteplicità di fattori da rendere poco plausibile qualunque estrapolazione meccanica e mono-causale.

Prendiamo un altro esempio, il modello olandese, particolarmente di moda prima che quello danese ne soppiantasse il primato. Col suo 46,2% di lavoratori a *part-time*, può costituire un esempio interessante

per alcuni paesi del centro-nord, ma di certo non per la maggior parte dei nuovi Stati membri, i cui livelli salariali sono mediamente troppo bassi per poter sopportare una ulteriore compressione correlata all'orario ridotto. Che poi nemmeno in Olanda si tratti di rose e fiori lo rivelano alcune recenti indagini sociologiche, da cui risultano gli enormi abusi a cui quel regime di tempo parziale sottopone oggi fasce crescenti di giovani e donne del terziario povero dei servizi e del commercio (Van Klaveren, 2006).

Si potrebbe parlare ancora di altre peculiarità nazionali, oltre a quelle nordiche già menzionate. Gli esempi che a questo riguardo propone il *Libro verde* – due recenti interventi legislativi in Spagna e Austria – appaiono approssimativi, estemporanei e persino contraddittori. La Spagna, ad esempio, che più di altri si era spinta sulla liberalizzazione dei contratti a termine, è dovuta in parte tornare sui suoi passi, rivedendo in senso restrittivo una normativa talmente permissiva da ripercuotersi negativamente sulla qualità stessa del processo produttivo (Loy, 2006). Troppa flessibilità, ci si è accorti, nuoce all'impresa, oltre che ai lavoratori e ai loro sindacati.

L'obiettivo di Lisbona di elevare al 70% il tasso di occupazione fra i paesi dell'Ue, nell'arco di soli pochi anni, per molti paesi (e il nostro fra questi) può darsi realisticamente a due sole condizioni: fare letteralmente carte false, con trucchetti statistici tutt'altro che inediti quando c'è di mezzo il rispetto dei parametri fissati dall'Ue, oppure abbattere una dietro l'altra tutte le soglie qualitative erette nei decenni a tutela giuridica dei rapporti di lavoro. Che è poi, in definitiva, una variante della possibilità numero uno. La *quantità* a tutti i costi, a discapito innanzi tutto della *qualità*. Come si legge nel testo delle *Comisiones Obreras* (2006), il *Libro verde* si ostina a non prendere atto del fallimento degli obiettivi di Lisbona, scaricando ogni eventuale responsabilità sui diritti dei lavoratori.

Il *Libro verde* invoca un ulteriore incremento della flessibilità contrattuale, a fronte del quale si raccomanda «un minimo di diritti sociali per tutti i lavoratori». Nulla o quasi viene detto su chi e come dovrà finanziare quella sicurezza che i lavoratori e i loro sindacati dovrebbero ricevere come contropartita di una loro eventuale disponibilità ad accollarsi quote maggiori di flessibilità. D'altra parte, laddove la strategia di Lisbona fissa tempi e soglie per conseguire l'obiettivo di un più elevato tasso di occupazione, non prescrive nulla di analogo riguardo alla spesa da destinare, ad esempio, al sostegno al reddito per chi non ha un lavo-

ro, alla formazione continua, ai servizi pubblici all'impiego. È facile prevedere che alla flessibilizzazione pressoché immediata dei rapporti di lavoro non farà seguito – con analoga tempestività – la riforma dello stato sociale.

Poiché, diversamente da quelle che ineriscono al rapporto di lavoro, le politiche di sostegno al reddito, di attivazione e a favore della formazione continua non sono a costo zero, bisognerà essere più precisi sull'ammontare che si è disposti a indirizzare verso questo importante pacchetto di misure. I paesi scandinavi e l'Olanda – lo abbiamo detto – si collocano in testa a ogni classifica riguardo al tasso di occupazione, alla dinamicità del mercato del lavoro, alla sicurezza del reddito, all'investimento in ricerca e formazione, al tasso di innovazione e produttività del sistema. Ma anche, e da lungo tempo, per spesa sociale destinata a ciascuna di queste voci, oltre che per tassazione generale. La Danimarca, per esempio, spende il quattro per cento del suo Pil per le politiche attive del mercato del lavoro: più di qualunque altro paese dell'Ocse; oltre venti volte quello che un paese come gli Stati Uniti destina ai programmi di formazione professionale. La tassazione sui redditi delle persone fisiche si spinge, per i più ricchi, fino ad aliquote del 63%. E chi ci dice allora che non possa essere proprio questa, insieme e più di altre, la chiave principale del successo dei paesi nordici, e non invece la diversificazione contrattuale e la flessibilità in uscita (che poi riguarda la Danimarca e non invece tutta l'area scandinava), celebrati dal *Libro verde*? Ma poiché l'ossessione per la flessibilità e per una crescita a tutti i costi del tasso di occupazione non è l'unica a turbare i sonni della tecnocrazia comunitaria, essendovi pure quella per il contenimento della spesa pubblica e della lotta all'inflazione, abbiamo più di un motivo per diffidare degli esiti futuri di uno scambio nel quale all'immediatezza di una maggiore *flexibility* farebbe riscontro un'assai più evanescente prospettiva di *security*.

Bibliografia

- Accornero A., *San Precario lavora per noi*, Rizzoli, 2006.
- Albrechtsen H., *The broken link; do trade unions represent the interests of the unemployed? Evidence from the UK, Germany and Denmark*, in *Transfer*, n. 4/2004.
- Amoroso B., *Rapporto sulla Scandinavia*, Laterza, 1980.
- Andersen S. K., Mailand M., *The Danish Flexicurity Model. The Role of the Collective Bargaining System*, FAOS, Copenhagen, September 2005.
- Barbera M. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006.
- Barbier J. C., *Attivazione*, in *Rivista delle politiche sociali*, n. 1/2005.
- Banca Centrale Europea, *Monthly Bulletin*, January, 2007.
- Boeri T., Brugiavini A., Calmfors L. (a cura di), *Il ruolo del sindacato in Europa*, UBE, 2002.
- Borioni P. (a cura di), *Welfare scandinavo. Storia e innovazione*, Carocci, 2003.
- Borioni P. (a cura di), *Welfare scandinavo e welfare italiano*, Carocci, 2005.
- Bredgaard T., Larsen F., Madsen P. K., *The flexible Danish labour market – a review*, CARMA, Alborg University, April, 2005.
- Caruso B., *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *WP Csdle «M. D'Antona»*, n. 78/2005.
- Cella G. P., *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluraliste*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 1/2005.
- Clasen J., Kvist J., van Oorschot W., *On condition of work: increasing working requirements in unemployment compensation schemes*, in M. Kautto, J. Frizell, B. Hvinden, J. Kvist, H. Uusitalo (a cura di), *Nordic Welfare States in the European Context*, Routledge, 2001.
- Commissione Europea, *Occupazione in Europa 2006*, Bruxelles, 2007.
- Commissione Europea, *Le relazioni industriali in Europa 2006*, Bruxelles, 2007.
- Ebbinghaus B., Visser J., *The Societies of Europe. Trade Unions in Western Europe since 1945*, MacMillan, 2000.
- Esping-Andersen G., *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Il Mulino, 2000.
- Hoffman R., Waddington J. (a cura di), *Trade Unions in Europe*, ETUI, Bruxelles, 2001.

- Korpi W., *Il compromesso svedese*, De Donato, 1982.
- Leonardi S., *Sindacati e welfare: il sistema Ghent*, in *Bilateralità e servizi: quale ruolo per il sindacato*, Ediesse, 2005.
- Loy G., *Il patto della Moncloa*, in *Quad. rass. sind.*, n. 3/2006.
- Perulli A., *Lavori atipici e parasubordinazione fra diritto europeo e situazione italiana*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4/2006.
- Radaelli C., *The open method of coordination*, SIEPS, n. 1/2003.
- Strath B., *I fondamenti normativi del welfare scandinavo*, in Borioni P., cit., 2005.
- Supiot A. (a cura di), *Ripensare il lavoro*, Carocci, 2003.
- Van Klaveren M., *Il commercio al dettaglio in Europa e in Olanda: via alta o salari bassi?*, in *Quad. rass. sind.*, luglio-settembre, n. 3.
- Visser J., *Union membership statistics in 24 countries*, in *Monthly Labor Review*, n. 1/ 2006.
- Wilthagen T., van Velzen M., *The road towards adaptability, flexibility and security*, discussion paper, 2006.

Matteo Corti (*)

L'EDIFICAZIONE DEL SISTEMA ITALIANO DI FORMAZIONE CONTINUA DEI LAVORATORI (**)

SOMMARIO: 1. Lo stimolo proveniente dalle iniziative comunitarie, dalle parti sociali e dai cambiamenti nell'organizzazione del lavoro. — 2. Il diritto alla formazione continua nell'art. 35, comma 2, Cost. e nella legislazione successiva: le insufficienze del sistema. — 3. Le suggestioni provenienti dal panorama comparato, in particolare dall'esperienza francese. — 4. L'edificazione del sistema italiano di formazione continua. Gli strumenti di sostegno finanziario: le iniziative regionali, gli interventi del Fondo sociale europeo, i finanziamenti del Fondo *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236/1993, e... — 5. *Segue*: ...i fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua. — 6. Le criticità dei meccanismi di sostegno economico. — 7. I congedi. — 8. Le debolezze del sistema italiano di formazione continua alla luce del modello francese. — 9. L'improcrastinabile emersione del diritto alla formazione continua nel rapporto di lavoro.

1. — *Lo stimolo proveniente dalle iniziative comunitarie, dalle parti sociali e dai cambiamenti nell'organizzazione del lavoro* — A partire dall'inizio degli anni novanta il legislatore italiano ha articolato con sempre maggiore nitidezza i contorni di un sistema nazionale di formazione continua (1).

(*) Ricamatore di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica.

(**) Il presente saggio è aggiornato al 15 giugno 2006.

(1) La dottrina giuridica soltanto di rado ha posto il sistema della formazione continua al centro della propria analisi: v. ad es. Torelli, *Lo sviluppo della formazione continua in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, 2, pp. 193 ss. Tuttavia, il recente Congresso nazionale dell'Aidlass (Cagliari, 1°-3 giugno 2006) è stato dedicato al tema *Formazione e mercato del lavoro*. Le tre relazioni sono state di Roccella, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*; B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*; Balandi, *Formazione e contratto di lavoro*. Le relazioni si sono occupate in più punti anche della formazione continua dei lavoratori: esse possono essere consultate all'indirizzo www.aidlass.org. Gli studi di carattere economico e sociologico sono invece assai frequenti: v. alcune indicazioni bibliografiche nel prosieguo di questo lavoro. Il Ministero del lavoro e l'Isfol hanno dedicato un apposito sito *internet* alla formazione continua, dove è possibile consultare materiali nor-

Lo stimolo proveniva in primo luogo dalla Comunità europea (2), che sin dal lontano 1963 aveva affermato a chiare lettere il diritto di ogni persona alla formazione professionale, al suo adattamento e a un'eventuale riqualificazione durante tutta la vita lavorativa (3). A partire dalla costituzione della Comunità l'attività del Fondo sociale europeo (di seguito: Fse) è stata orientata prioritariamente allo sviluppo e al sostegno dei servizi di formazione professionale, intesi come strumento fondamentale per favorire l'occupazione e il reimpiego dei lavoratori all'interno della Comunità (4).

Ma è con il *Libro bianco* della Commissione presieduta da Jacques Delors (5), il Consiglio europeo di Essen del 1994 e l'avvio del proces-

mativi spesso di difficile reperimento (decreti direttoriali e dirigenziali, statuti di fondi interprofessionali, circolari Inps, e così via): www.eformazionecontinua.it.

Nell'ambito delle scienze umane il concetto di «formazione continua» non ha ancora acquisito un significato univoco. Talora esso designa la formazione, diversa da quella iniziale, dei soli lavoratori subordinati occupati: questo sembra anche il significato fatto proprio dalle istituzioni comunitarie (cfr. Torelli, *op. cit.*, p. 198). Altre volte il concetto è utilizzato in senso più ampio e indica la formazione, diversa da quella iniziale, dei lavoratori genericamente intesi (cfr. ad es. Goguelin, *La formation continue en société post-industrielle*, PUF, Paris, 1995, pp. 7-8; Colasanto, *La politica di valorizzazione del lavoro attraverso la formazione tra Stato e regioni*, in *Ist. fed.*, 1998, pp. 326-327). Il legislatore italiano utilizza la locuzione senza mai definirla, ma sembra optare per la seconda alternativa: v. in particolare i commi 3 e 3-bis dell'art. 9 della legge 19 luglio 1993, n. 236; l'art. 6 della legge 8 marzo 2000, n. 53; l'art. 118, comma 1, della legge 23 dicembre 2000, n. 388. Nel prosieguo di questo lavoro si utilizzerà l'espressione «formazione continua» nel senso più ampio fatto proprio dal legislatore, ma in caso di necessità verrà specificato quando si tratti di formazione continua dei soli occupati o anche dei disoccupati. La formazione continua dei lavoratori autonomi e dei professionisti (spesso denominata dai sociologi «formazione permanente») non costituirà oggetto di trattazione specifica.

(2) Cfr. in questo senso Torelli, *op. cit.*, p. 195.

(3) Cfr. la decisione del Consiglio 2 aprile 1963, n. 266, che si pone come prima realizzazione di una politica di formazione professionale ex art. 128 del Trattato di Roma: su di essa v. ampiamente Bettini, *Ruolo e sviluppo della formazione professionale nella realtà italiana e nella politica comunitaria*, in *Dir. lav.*, 1995, I, pp. 244 ss.; Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 242 ss.

(4) V. Napoli, *La riforma del Fondo sociale europeo*, in *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 179 ss. (già in q. *Riv.*, 2000, I, pp. 899 ss.); l'Autore peraltro rileva che la riforma del 1999 ha ampliato le aree di intervento del Fse a tutto l'arco delle politiche attive del lavoro. V. anche Biagi, *Recessione e mercato del lavoro: la formazione alla flessibilità*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, I, pp. 263-265; Arrigo, *op. cit.*, pp. 254-255; Roccella, Treu, *Il diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2002, p. 143.

(5) *Libro bianco* della Commissione delle Comunità europee, *Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie per entrare nel XXI secolo*, in *Suppl. Boll. Ce*, 6, 1993.

so di Lussemburgo (1997) sull'occupazione che la formazione professionale dei lavoratori diventa elemento centrale della strategia comunitaria volta alla salvaguardia e sviluppo del modello sociale europeo. Nell'ambito della politica europea dell'occupazione (6), ufficialmente inserita nel Trattato della Comunità europea con il Trattato di Amsterdam del 1997, non si tratta più soltanto di garantire l'aggiornamento o la riqualificazione delle competenze dei lavoratori resi esuberanti dai processi di ristrutturazione e ammodernamento industriale, al fine di conseguire una rapida e proficua ricollocazione professionale. La formazione diventa un elemento strutturale delle politiche del lavoro europee: la Comunità e gli Stati membri si adoperano per la promozione dell'apprendimento lungo tutta la vita lavorativa (*lifelong learning*) (7), sia per migliorare il funzionamento del mercato del lavoro e conseguire condizioni di pieno impiego, sia per puntellare la competitività delle imprese europee con una forza lavoro esperta e qualificata (8).

I trattati di Maastricht e Amsterdam hanno dato maggiore visibilità e coerenza alle competenze comunitarie in materia di istruzione e formazione professionale (artt. 149-150 Trattato della Comunità europea – di seguito: TCe) (9), nell'ambito delle quali la formazione continua riveste una posizione centrale (10). A essa è dedicato il *Libro bianco* sulla

(6) Sulla quale v. per tutti Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, pp. 120 ss.; Treu, *Le politiche sociali europee*, in *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 82 ss.; D. Garofalo, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 103 ss. Sugli sviluppi più recenti, compresi in particolare l'abbandono del riferimento ai tradizionali quattro pilastri e l'integrazione con gli indirizzi di massima per le politiche economiche, v. B. Caruso, *op. cit.*, pp. 35 ss. del dattiloscritto; Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 80 ss.; Roccella, *op. cit.*, pp. 7 ss. del dattiloscritto.

(7) Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formativa*, Angeli, Milano, 2001, p. 174.

(8) Sulla centralità dell'apprendimento permanente, come obiettivo orizzontale della politica comunitaria dell'occupazione, v. la Risoluzione del Consiglio europeo del 27 giugno 2002 (2002/C 163/01).

(9) Con esclusione, peraltro, «di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 150, par. 4, TCe). Sulla politica comunitaria di formazione professionale, anche sotto il profilo dell'evoluzione storica, v. Bettini, *op. cit.*, pp. 282 ss.; Arrigo, *Politiche di formazione*, in Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, pp. 425 ss.; il medesimo Autore in *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 239 ss.; Roccella, Treu, *op. cit.*, pp. 148 ss.; Roccella, *op. cit.*, pp. 1 ss. del dattiloscritto.

(10) Anche in forza di quanto previsto dall'art. 150, secondo il quale l'azione della Comunità in materia di formazione professionale ha come obiettivi principali di «fa-

formazione del 1996 (11), che si concentra sulle innovazioni nel campo della formazione già adombrate nel *Libro bianco* su crescita, competitività e occupazione del 1994. Il 1996 è addirittura proclamato «Anno europeo della formazione continua» (12).

La crucialità della formazione professionale continua è ribadita dalla strategia di Lisbona (2000) (13), che rappresenta il più compiuto tentativo di coordinare gli sforzi della Comunità e degli Stati nazionali verso l'obiettivo della creazione entro il 2010 della più competitiva e dinamica economia basata sulla conoscenza del mondo, capace di una crescita sostenibile con posti di lavoro più numerosi e di migliore qualità, e una maggiore coesione sociale (14). In particolare, in attuazione della strategia di Lisbona, gli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione del 2003 stabiliscono l'obiettivo che «il livello me-

cilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali, in particolare attraverso la formazione e la riconversione professionale», e di «migliorare la formazione professionale iniziale e la formazione permanente, per agevolare l'inserimento e il reinserimento professionale sul mercato del lavoro» (par. 2, secondo e terzo trattino). Sulla strategia comunitaria in materia di formazione continua v. Torelli, *op. cit.*, pp. 193-195. Dopo il Consiglio europeo di Lisbona la Commissione ha presentato la comunicazione «Realizzare uno spazio europeo dell'apprendimento permanente» [21 novembre 2001, COM (2001) 678 def.], approvata e sviluppata in indicazioni di azione per gli Stati membri dalla Risoluzione del Consiglio del 27 giugno 2002 sull'apprendimento permanente. La Risoluzione del Consiglio del 13 luglio 2001 è invece dedicata al ruolo dell'istruzione e della formazione nelle politiche connesse all'occupazione.

(11) Commissione delle Comunità europee, *Libro bianco sull'educazione e la formazione. Verso la società cognitiva*, COM (95) 590, Lussemburgo, 1995 final. Per un commento v. Biagi, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 2, pp. 75 ss.

(12) Dopo il Consiglio europeo di Lisbona (v. immediatamente *infra* nel testo), particolarmente ricco di indicazioni in tema di formazione continua, la politica comunitaria di istruzione e formazione professionale sta imboccando piuttosto faticosamente la strada del metodo di coordinamento aperto, essendo preclusa dal TCe qualsiasi possibilità di armonizzazione in materia. Sui recenti sviluppi della politica di istruzione e formazione professionale v. Pavan, *Formazione continua. Dibattiti e politiche internazionali*, Armando ed., Roma, 2003, pp. 113 ss.; Cocconi, *L'istruzione e la formazione professionale tra coordinamento comunitario e funzioni nazionali*, in *Ist. fed.*, 2004, pp. 285 ss. In materia di formazione continua la Raccomandazione del Consiglio del 30 giugno 1993 prevedeva già un meccanismo di monitoraggio degli avanzamenti realizzati dagli Stati membri nel raggiungimento degli obiettivi da essa posti: v. Torelli, *op. cit.*, pp. 194-195.

(13) Cfr. il punto 29 delle conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000.

(14) Cfr. il punto 5 delle conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000.

dio di partecipazione a forme di apprendimento lungo tutto l'arco della vita nell'Unione europea sia pari ad almeno il 12,5% della popolazione adulta in età lavorativa» entro il 2010 (15).

Dall'inizio degli anni novanta lo sprone al rafforzamento dei meccanismi di supporto alla formazione continua giungeva anche dalle parti sociali (16). Nel protocollo 31 luglio 1992 il governo si impegna di fronte a sindacati e imprese a «porre mano alla riforma del sistema di formazione professionale, in modo che esso sia effettivamente posto in grado di realizzare un servizio di formazione permanente [...] capace di sintonizzarsi con le innovazioni organizzative e tecnologiche». La tematica della formazione professionale diviene però centrale nell'Accordo interconfederale (di seguito: AI) del 20 gennaio 1993 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil (17): in esso i soggetti firmatari esortano il legislatore a una revisione complessiva della disciplina vigente in materia di formazione iniziale, contratti con finalità formativa e formazione continua. Con riferimento a quest'ultima, le parti sociali auspicano «la messa a

(15) V. il punto 4 della decisione del Consiglio del 22 luglio 2003 (n. 2003/578/Ce), che invita gli Stati membri ad adottare politiche che tendano a «ottenere un aumento degli investimenti in risorse umane», in particolare «da parte delle imprese nella formazione degli adulti, al fine di promuovere la produttività, la competitività e l'invecchiamento attivo». L'obiettivo e il metodo sono ribaditi anche dagli orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione del 2005 [cfr. in particolare il punto 3 della decisione del Consiglio 12 luglio 2005 (2005/600/Ce)], stabiliti per il triennio 2005-2008, e da ultimo confermati dal punto 16 delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 23-24 marzo 2006.

(16) Cfr. Varesi, *Sub art. 17 – Riordino della formazione professionale*, in Napoli (a cura di), *Il «Pacchetto Treu»*. Commentario sistematico, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, pp. 1350 ss.; Torelli, *op. cit.*, p. 197; Santucci, *Azione sindacale e regolazione dell'offerta formativa*, in Zoppoli, Realfonzo (a cura di), *Formazione e lavoro: l'efficacia dei nuovi strumenti giuridici e istituzionali. Atti del Convegno di Benevento – 18 giugno 2002*, Angeli, Milano, 2003, pp. 79-80; B. Caruso, *op. cit.*, pp. 50 ss. del dattiloscritto. Commentando i protocolli del 1993 e del 1996 sotto il profilo della formazione professionale Veneziani, *La formazione dei lavoratori dalla concertazione triangolare al «Pacchetto Treu»*, in *Lav. giur.*, 1998, pp. 6 ss., rileva il profondo influsso esercitato su di essi dalle iniziative comunitarie.

(17) Già l'AI 18 dicembre 1988, stipulato dalle medesime parti e dedicato principalmente ai contratti di formazione e lavoro, conteneva una sezione dedicata alla formazione professionale, espressamente sostituita dalle disposizioni dell'AI 20 gennaio 1993: tale sezione non faceva peraltro alcun riferimento alla formazione continua. Per un commento dell'AI 20 gennaio 1993 v. Varesi, in *Istituzioni pubbliche, parti sociali, mobilità del lavoro: gli accordi ed i protocolli in tema di ricollocazione dei lavoratori eccedenti*, in *q. Riv.*, 1993, I, pp. 175-177, e in *Organismi paritetici bilaterali per la formazione*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, pp. 909-911.

punto di un sistema di formazione continua, finanziato dal Fondo nazionale per la formazione continua e fondato su una legislazione di sostegno» (18). Con il medesimo AI le parti costituiscono un sistema di organismi paritetici bilaterali a livello regionale, con un organismo nazionale avente compiti di coordinamento: l'obiettivo è quello di avviare il monitoraggio sistematico dei fabbisogni professionali delle imprese dell'industria e dei servizi, e di promuovere presso gli organi pubblici competenti (principalmente le Regioni) un'offerta formativa coerente con essi. La posizione espressa dalle parti sociali in materia di formazione professionale viene ripresa dal Protocollo Ciampi (Protocollo 23 luglio 1993), nel quale il governo promette tra l'altro l'avvio della formazione continua, in particolare tramite l'attivazione di un apposito canale di finanziamento (19).

La formazione riveste importanza centrale nei due successivi accordi di concertazione: l'Accordo per il lavoro del 24 settembre 1996 (20) e il Patto di Natale del 22 dicembre 1998. Il primo documento preconizza una riforma *funditus* del sistema di istruzione e formazione, impegnando tra l'altro il governo a realizzare l'ampliamento dell'obbligo scolastico e l'introduzione del diritto alla formazione fino a 18 anni. Con specifico riferimento alla formazione continua, il governo promette di incentivare il ruolo della contrattazione collettiva in materia, di potenziare il sostegno finanziario e di varare un provvedimento legislativo sui congedi formativi. Nel Patto di Natale il governo si impegna a portare a termine le riforme iniziate in esecuzione dell'Accordo per il lavoro in materia di istruzione e formazione; per quanto riguarda la formazione continua, si annuncia la costituzione di un fondo interprofessionale con il compito di sostenere «la realizzazione di interventi di formazione continua previsti da piani formativi aziendali e territoriali concordati tra le parti sociali» (21).

(18) V. l'ultimo trattino della premessa dell'Accordo interconfederale 20 gennaio 1993.

(19) Che sarà successivamente realizzato dalla legge n. 236/1993 (v. *infra* il par. 4). Per un'approfondita analisi degli aspetti riguardanti la formazione, contenuti nel Protocollo di luglio e nel successivo Accordo per il lavoro del 1996, v. Lambertucci, Bellomo, *La formazione professionale nel sistema di istruzione e nel rapporto di lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 351 ss.

(20) V. Veneziani, *op. cit.*, p. 12.

(21) L'attuazione delle misure promesse con l'Accordo del '96 e il Patto del '98 avviene con l'art. 17, legge n. 196/1997, gli artt. 5-6, legge n. 53/2000, e l'art. 118, legge n. 388/2000 (v. *infra* i par. 5 e 7).

Anche nel Patto per l'Italia del 5 luglio 2002 le parti sociali e il governo si occupano di formazione, soprattutto nell'ottica di renderla componente integrante di un sistema efficiente di ammortizzatori sociali (*welfare to work*). Nell'AI del 19 giugno 2003 per lo sviluppo, l'occupazione e la competitività Cgil, Cisl, Uil e Confindustria prendono atto dei progressi conseguiti dal paese in materia di istruzione e formazione professionale, e in particolare dell'avviata costruzione di un sistema di formazione continua, anche attraverso la costituzione dei fondi interprofessionali. In questo ambito le parti sociali si impegnano a favorire il pieno decollo del sistema dei fondi anche attraverso l'utilizzo degli organismi bilaterali regionali in funzione di assistenza alle imprese e ai lavoratori, nonché tramite politiche contrattuali che valorizzino i congedi formativi. Al legislatore le parti sociali richiedono un utilizzo più integrato e razionale delle risorse regionali, nazionali e comunitarie destinate alla formazione continua, nonché il raggiungimento entro il 2010 degli obiettivi fissati dal Vertice europeo di Lisbona del 2000 in materia di istruzione e formazione professionale (22).

Come risulta evidente da questo breve *excursus*, una delle più interessanti novità del panorama delle relazioni industriali degli anni novanta e del nuovo secolo è proprio l'assunzione della formazione professionale, e in particolare di quella continua, tra le materie oggetto di un interesse convergente delle parti sociali (23). Fin quasi al termine degli anni ottanta una forte contrapposizione ideologica divideva ancora sindacato e imprese con riguardo alla formazione continua. Da un lato il sindacato guardava con sospetto il superamento del fordismo e della centralità dell'operaio generico, e continuava a concentrare la contrattazione sull'istituto dei permessi per motivi di istruzione (24). Dall'altro lato, le imprese consideravano le politiche di formazione del personale come propria gelosa prerogativa, anche perché assai frequentemente esse erano indirizzate in modo quasi esclusivo a dirigenti e quadri. Anche

(22) Per quanto riguarda la formazione continua, v. *retro* questo stesso paragrafo.

(23) V. Vergari, *Il sistema scolastico e formativo: descrizione e aspetti storici*, in Infelise (a cura di), *La formazione continua in Italia. Situazione attuale e misure di promozione del suo sviluppo*, Strumenti e ricerche Isfol, Angeli, Milano, 1995, pp. 30-32; Veneziani, *op. cit.*, pp. 9-10; Frigo, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nella trattazione della formazione continua*, in Frigo, Vaccaro (a cura di), *La formazione continua nella contrattazione collettiva*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, p. 19. Bettini, *op. cit.*, p. 272, si esprime in termini di superamento del «disinteresse per i profili formativi del lavoro, manifestato dalle parti sociali fino alla seconda metà degli anni ottanta».

(24) V. Frigo, *op. cit.*, pp. 25-26.

sulla scorta di suggestioni provenienti dalle esperienze di altri paesi europei e dalle iniziative comunitarie sopra ricordate, le parti sociali presero progressivamente coscienza che l'adattamento continuo delle competenze dei lavoratori garantisce al meglio le loro possibilità di occupazione e costituisce al tempo stesso una preziosa risorsa di competitività per le imprese. Nella contrattazione collettiva si moltiplicarono i diritti sindacali di informazione e consultazione in materia di formazione continua; furono costituiti osservatori ed enti bilaterali con finalità di ricognizione dei fabbisogni di professionalità delle imprese, di iniziativa e di *lobbying* nei confronti degli organi pubblici competenti, di organizzazione e gestione di progetti formativi; vennero introdotti appositi permessi per la partecipazione a iniziative di formazione continua, spesso modificando le causali per la fruizione dei permessi per motivi di istruzione (25).

Per la verità, la collaborazione delle parti sociali alla programmazione pubblica in materia di formazione professionale, anche continua, è stata sempre incentivata dal legislatore post-corporativo: infatti, il coinvolgimento dei rappresentanti delle imprese e del sindacato permette di tener conto più prontamente dell'evoluzione dei fabbisogni formativi dei diversi settori del sistema economico nazionale. Già la legge 29 aprile 1949, n. 264, istituiva la «Commissione centrale per l'avviamento al lavoro e per l'assistenza dei disoccupati» (successivamente diventata Commissione centrale per l'impiego), organo tripartito che esprimeva pareri, tra l'altro «sulle richieste di istituzione di corsi per disoccupati e di quelli di riqualificazione aziendale» (26). Successivamente, il legislatore nazionale accompagnò il trasferimento delle funzioni in materia di formazione professionale alle Regioni curandosi di stabilire nella legge quadro 21 dicembre 1978, n. 845, il principio del coinvolgimento di sindacati e imprenditori nel processo di programmazione delle iniziative formative (27). Tale principio fu concretizzato dalla leg-

(25) Vedi Frigo, Vaccaro (a cura di), *op. cit.*

(26) Cfr. l'art. 2, comma 1, n. 4 della legge n. 264/1949.

(27) V. Napoli, *La legge-quadro in materia di formazione professionale*, in *Occupazione e politica del lavoro in Italia. Profili della legislazione 1974-1983*, Vita e Pensiero, 1984, pp. 213-214 (già in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, pp. 908-929). Sull'esperienza degli osservatori regionali sul mercato del lavoro, sovente a composizione tripartita, che svolgevano tra l'altro funzioni propedeutiche alla programmazione della formazione professionale, v. Varesi, *Regioni e mercato del lavoro. Il quadro istituzionale e normativo*, Franco Angeli, Milano, 1986, pp. 154 ss.; Napoli, *Regioni e organizzazione del mercato del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987, pp. 47-49, ove an-

ge 28 febbraio 1987, n. 56, che riformò le Commissioni regionali per l'impiego (28) e ne fece il principale strumento di direzione e controllo delle politiche attive del lavoro: in particolare, la legge n. 56/1987 ribadì il loro ruolo di principale referente regionale in materia di formazione professionale, anche continua (art. 5, comma 1, lett. *b*) (29). Il d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, ha provveduto alla soppressione delle Commissioni regionali per l'impiego e al trasferimento delle relative funzioni e competenze alle Commissioni regionali permanenti tripartite (30), salve peraltro diverse determinazioni delle leggi regionali (art. 4, comma 1, lett. *b*, e art. 5). A seguito della riforma dello Stato in senso federale (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) deve ritenersi che rientri nella piena competenza regionale la determinazione dell'*an* e del *quomodo* del coinvolgimento delle parti sociali nella programmazione della formazione professionale (31).

che ulteriori indicazioni bibliografiche. L'art. 8 della legge n. 56/1987 aveva previsto la costituzione di un osservatorio nazionale che doveva utilizzare come interlocutori sul territorio proprio gli osservatori regionali. Il d.lgs. n. 297/2002 ha tuttavia abrogato l'art. 8 della legge n. 56/1987. Già dal 1993, peraltro, il legislatore nazionale aveva incentivato le Regioni a servirsi degli organismi bilaterali istituiti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale per lo studio delle situazioni occupazionali e dei fabbisogni professionali: v. l'art. 9, comma 1, della legge n. 236/1993 (v. *infra* anche il par. 4).

(28) Questo organo tripartito fu creato dalla legge n. 675/1977 e ritoccato dalla legge n. 863/1984. Per un'analisi diacronica della composizione e delle funzioni della Commissione regionale per l'impiego v. Lassandari, *Caratteri e limiti dell'intervento della Commissione regionale per l'impiego*, in F. Carinci (a cura di), *Il mercato del lavoro fra vecchio e nuovo diritto*, in *Quad. riv. it. dir. lav.*, 5, 1993, pp. 121 ss., ove anche ulteriori riferimenti bibliografici.

(29) Si tratta del potere di rilasciare pareri sui programmi di formazione professionale predisposti dalle Regioni, nonché di fare proposte in materia di qualificazione e riqualificazione di lavoratori disoccupati e in mobilità. Questi poteri si affiancavano a quello di approvare i progetti relativi ai contratti di formazione e lavoro, attribuito alla Commissione dalla legge n. 863/1984. Sulla centralità della Commissione regionale per l'impiego nelle politiche attive del lavoro regionali v. Napoli, *La nuova organizzazione amministrativa del mercato del lavoro*, in Treu, Liso, Napoli (a cura di), *Legge 28 febbraio 1987, n. 56. Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, pp. 671 ss.; lo stesso Autore in *Regioni e organizzazione...*, cit., pp. 42 ss.; Lassandari, *op. cit.*, pp. 139-140.

(30) La cui organizzazione e composizione è decisa in piena autonomia dalle Regioni: cfr. Corte Cost. 19 marzo 2001, n. 74, in *Regioni*, 2001, p. 705, con nota di Sabbioni.

(31) Sulla ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di formazione professionale e mercato del lavoro v. *infra* il par. 2, in particolare alla nota 45, e il par. 4, in particolare alla nota 113.

Dall'inizio degli anni ottanta la spinta verso l'edificazione di un compiuto sistema di formazione professionale continua ha trovato poderoso fondamento economico nelle profonde mutazioni dei processi produttivi che hanno accompagnato il parziale abbandono del fordismo (32). Lo stesso bisogno di formazione continua emergeva a fatica nell'ambito dell'organizzazione del lavoro di matrice taylorista-fordista, basata sull'elevata meccanizzazione e frammentazione del processo produttivo, che implicava l'affidamento alla manodopera di compiti routinari ed elementari (33). Più che di formazione continua in pendenza di rapporto si avvertiva l'esigenza (non sempre soddisfatta in maniera sufficiente, per la verità, nel nostro paese) (34) di formazione permanente, e cioè di in-

(32) Si può concordare con chi sostiene che «la realtà del lavoro del futuro sarà, per ragioni strutturali oggettive, sempre più caratterizzata da lavori di qualità», ricchi di «contenuti cognitivi e relazionali» [così G. Provasi, *Professionalità e società della conoscenza*, in Napoli (a cura di), *La professionalità*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 58]. Non si deve peraltro trascurare che la realtà produttiva legata al taylorismo-fordismo non è affatto scomparsa nemmeno dal nostro paese, ed è anzi in espansione in talune realtà del settore terziario dei paesi a economia avanzata: si pensi all'organizzazione del lavoro nei *call centers* o nella ristorazione di massa (cfr. Ritzer, *The McDonaldization of Society*, Pine Forge Press, London, 1996; Colasanto, *op. cit.*, p. 321; Regini, *I mutamenti dei sistemi formativi nelle regioni europee*, in *Modelli di capitalismo. Le risposte europee alla sfida della globalizzazione*, Laterza, Bari, 2000, p. 72). Il fordismo risulta poi addirittura in crescita a livello planetario in conseguenza della rapida industrializzazione dei paesi in via di sviluppo, che avviene con un intensivo utilizzo dei metodi propri dell'organizzazione scientifica del lavoro (v. Thompson, McHugh, *Work organisations. A critical introduction*, Palgrave MacMillan, Houndmills-Basingstoke-New York, 2002, pp. 167-169): v. la nota seguente.

(33) La concezione scientifica dell'organizzazione del lavoro elaborata da Friedrich Taylor era basata sulla parcellizzazione dei compiti lavorativi e sulla misurazione accurata dei tempi di esecuzione. Il fine dichiarato era quello di privare l'operaio della comprensione globale del processo produttivo e di trasferire il controllo completo su di esso alla direzione aziendale, di modo che il lavoratore non potesse più influire in alcun modo sui ritmi e sull'organizzazione della produzione (cfr. F. Taylor, *Scientific Management*, Harper and Row, New York, 1947, in particolare pp. 36 ss.). Risultato emblematico degli studi di Taylor (e dell'applicazione che ne diede l'industriale americano Henry Ford) fu la catena di montaggio, dove il ritmo di lavoro e lo svolgimento dei compiti lavorativi possono essere solo marginalmente incisi dal comportamento del singolo lavoratore. Sulle caratteristiche essenziali del sistema di produzione di matrice taylorista-fordista v. per tutti Thompson, McHugh, *op. cit.*, pp. 29 ss.

(34) In particolare, negli anni settanta si va progressivamente annacquando il nesso tra frequenza di un corso di riqualificazione e percezione di un'integrazione salariale, cosicché si rinforza la tendenza del nostro sistema di ammortizzatori sociali a costituire un mero sostegno passivo al reddito: cfr. Napoli, *Commento sub art. 35, co. 2, Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti e-*

terventi puntuali di riqualificazione professionale che intervenissero quando si verificava una perdita di occupazione collegata a fenomeni di riconversione e riorganizzazione industriale.

La situazione è cambiata radicalmente con l'avvento dei nuovi processi produttivi imperniati sulla riduzione all'essenziale delle scorte di magazzino e del personale, sul taglio dei tempi di consegna dei prodotti, sulla massimizzazione della qualità e della soddisfazione del cliente, sull'innovazione continua (*lean production, just in time, total quality management*, produzione diversificata di qualità, produzione di massa flessibile, specializzazione flessibile) (35). A differenza del paradigma taylorista-fordista, la nuova organizzazione del lavoro richiede una manodopera motivata e flessibile, che abbia spiccate doti relazionali e sia in grado di attivarsi in modo autonomo per migliorare costantemente il processo di produzione (36). Lavoratori di questo tipo devono possedere una buona istruzione di base e una forma-

economici, tomo I, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 39-40; Varesi, *Sub art. 17...*, cit., p. 1350; D. Garofalo, *op. cit.*, p. 312.

(35) Le ragioni della crisi del fordismo sono molteplici: saturazione dei mercati di prodotti standardizzati, accresciuta competizione internazionale, crisi petrolifera, incremento del ritmo delle innovazioni tecnico-scientifiche, crisi di «rigidità» connesse alla spiccata burocratizzazione dell'impresa fordista (v. Piore, Sabel, *Le due vie dello sviluppo industriale*, Isedi, Milano, 1987, pp. 247 ss.; Manghi, *Le trasformazioni del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2002; Thompson, McHugh, *op. cit.*, pp. 149-150; Accornero, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2000; Rubery, Grimshaw, *The Organisation of Employment. An International Perspective*, Palgrave MacMillan, Houndmills-Basingstoke-New York, 2003, pp. 54-55). Le risposte alla crisi del fordismo presentano spiccate peculiarità di carattere nazionale (e a volte addirittura regionale), pur presentando notevoli punti di contatto nella direzione dell'incremento della flessibilità in ogni fase del processo produttivo. *Lean production, just in time* e *total quality management* sono esperienze originariamente giapponesi, successivamente adottate con vari aggiustamenti in paesi diversi (specialmente nei settori più avanzati dell'economia statunitense); la produzione diversificata di qualità costituisce la «via» tedesca; la produzione di massa flessibile caratterizza gran parte del superstito settore industriale britannico; la specializzazione flessibile è una variante organizzativa che è stata studiata per la prima volta in particolare nei distretti di alcune Regioni italiane (Piore, Sabel, *op. cit.*, in particolare pp. 228 ss. e pp. 331 ss.). V. Goguelin, *op. cit.*, pp. 17 ss.; Regini, *Istituzioni e sistema produttivo: il caso italiano*, in *Modelli...*, cit., in particolare pp. 126 ss.; Rubery, Grimshaw, *op. cit.*, 58 ss.

(36) Cfr. Colasanto, *op. cit.*, pp. 318-320; Veneziani, *op. cit.*, p. 6; Torelli, *op. cit.*, p. 203; Rubery, Grimshaw, *op. cit.*, pp. 55 ss. Per un'analisi dell'impatto della nuova organizzazione produttiva sugli istituti del diritto del lavoro v. A. Minervini, *La professionalità del lavoratore nell'impresa*, Cedam, Padova, 1986; Galantino (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1995. Per un *excursus* storico sull'evol-

zione specialistica continuamente aggiornata. Infatti, il processo di globalizzazione dei mercati esaspera la competizione tra le imprese e velocizza le dinamiche di innovazione, rendendo ancora più indispensabile per i lavoratori un continuo adeguamento delle proprie competenze (37). Anche nell'ambito dei nuovi servizi legati alle tecnologie dell'informazione sono richieste ai lavoratori doti simili a quelle appena viste, ma le loro capacità relazionali devono essere ancora più sviluppate; allo stesso modo dei loro colleghi del settore industriale, le loro conoscenze sono sottoposte a un elevatissimo tasso di obsolescenza (38).

2. — *Il diritto alla formazione continua nell'art. 35, comma 2, Cost. e nella legislazione successiva: le insufficienze del sistema* — Il diritto alla formazione professionale trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 35, comma 2, Cost., secondo il quale la Repubblica cura «la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori». Dall'asciutta formulazione dell'articolo i giuristi che si sono cimentati nell'interpretazione (invero non numerosissimi) (39) hanno saputo trarre il massimo di succo normativo.

Anzitutto, sebbene l'art. 35 non definisca espressamente la formazione professionale come un diritto, non vi è mai stato alcun dubbio nel conferirle tale veste giuridica: e infatti l'art. 35, comma 2, Cost. è una norma generatrice di obblighi sociali a carico della Repubblica (40). Tra l'altro la formazione professionale è espressamente definita co-

zione dell'organizzazione del lavoro e sui processi formativi a essa funzionali v. Goguelin, *op. cit.*, pp. 29 ss.

(37) Goguelin, *op. cit.*, pp. 46 ss.; Regini, *I mutamenti...*, cit., pp. 85-87; G. Provasi, *op. cit.*, 56.

(38) Così Nacamulli, *Professionalità e organizzazione*, in Napoli (a cura di), *La professionalità*, cit., pp. 65-66.

(39) V. in particolare C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 165; Napoli, *Commento sub art. 35...*, cit., pp. 19 ss.; G. Loy, in *Formazione e rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1988, pp. 17 ss.; in *Formazione professionale (voce)*, *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, pp. 261-265; in *Professionalità e rapporto di lavoro*, Napoli (a cura di), *La professionalità*, cit., pp. 18 ss.; Ghergo, *Formazione professionale (voce)*. I) *Diritto pubblico*, *Enc. giur. Trecc.*, 1990, pp. 1-2; M. L. De Cristofaro, *Formazione professionale (voce)*. II) *Diritto del lavoro*, *ibidem*, 1990, p. 2; Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 7 ss.; B. Caruso, *op. cit.*, pp. 43 ss. del dattiloscritto.

(40) V. Napoli, *Commento sub art. 35...*, cit., pp. 20-21; Alessi, *op. cit.*, pp. 11 ss.; B. Caruso, *op. cit.*, pp. 49-50 del dattiloscritto.

me diritto non soltanto da numerose fonti internazionali (41), ma anche dalle fonti interne di attuazione dell'art. 35, comma 2: l'art. 3, comma 1, lett. *l*, legge n. 845/1978 (garanzia del «diritto alla formazione»); l'art. 1, comma 2, lett. *c*, legge 28 marzo 2003, n. 53 («diritto dovere di istruzione e formazione»). Tuttavia, si tratta di un classico diritto sociale a prestazione il cui contenuto concreto (e il conseguente tasso di effettività del diritto costituzionalmente garantito) è determinato dalla Repubblica stessa e può dunque variare in modo anche assai consistente a seconda dello sviluppo socio-economico del paese nel periodo storico considerato (42).

In secondo luogo, la formazione professionale è un diritto multidimensionale. Infatti, utilizzando il termine «lavoratori» e accostando la formazione alla elevazione professionale, la norma costituzionale ha chiarito che il compito di promozione non si limita alla formazione iniziale degli adolescenti, ma si estende all'aggiornamento e sviluppo delle competenze dei lavoratori per tutta la durata della vita lavorativa (43). Per conseguenza, l'art. 35, comma 2, Cost. garantisce ai lavoratori subordinati la formazione professionale iniziale, quella continua in costanza di rapporto, nonché l'aggiornamento o riqualificazione professionale eventualmente necessari nelle more tra un rapporto e l'altro.

In terzo luogo, la formazione professionale non è compito esclusivo dello Stato, bensì della Repubblica, e quindi attuato *in primis* dalle Regioni (44) (cui ora è attribuita la competenza legislativa esclusiva

(41) Cfr. l'art. 10 della Carta sociale europea, ratificata nella versione riveduta del 1996 con legge 9 febbraio 1999, n. 30; l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che menziona espressamente anche la «formazione continua».

(42) Cfr. Napoli, *Commento sub art. 35...*, cit., p. 23; G. Loy, *Formazione e rapporto...*, cit., 22.

(43) V. Napoli, *Commento sub art. 35...*, Cost., cit., pp. 21-22; e in *La legge-quadro...*, cit., p. 207; Varesi, *Regioni e mercato...*, cit., p. 19; A. Minervini, *op. cit.*, p. 145; G. Loy, *Formazione e rapporto...*, cit., pp. 20-21, anche alla nota 9; Ghergo, *op. cit.*, p. 1; G. Loy, *Professionalità...*, cit., p. 19; B. Caruso, *op. cit.*, pp. 44-45 del dattiloscritto.

(44) V. Varesi, *Regioni e mercato...*, cit., p. 17, al quale si rimanda anche per un esame comparato delle principali disposizioni delle prime leggi regionali che hanno attuato la legge n. 845/1978. Per un commento della prima legge regionale lombarda sulla formazione professionale (legge n. 93/1975) v. Napoli, *Regione, formazione professionale e rapporto di lavoro*, in *Occupazione e politica del lavoro in Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 1984, pp. 51 ss., specialmente pp. 56 ss. (già in *q. Riv.*, 1975, I, pp. 729-747). Sulla più recente legge della Regione Emilia Romagna in materia di istruzione e formazione professionale v. Gusmani, Ricciardelli, *Accesso al sapere: istruzione e formazione professionale nella legge della Regione Emilia-Romagna n. 12 del 1993*, in *Ist. fed.*, 2004, pp. 327 ss. Per un bilancio piuttosto critico dell'attività regionale nell'am-

ex art. 117, comma 4, Cost., e non più soltanto quella concorrente) (45) attraverso il coinvolgimento delle istituzioni scolastiche e degli enti locali, ma anche delle parti sociali (46) e dei privati attraverso appositi accordi (47).

Il legislatore si è cimentato nell'opera di attuazione costituzionale dell'art. 35, comma 2, Cost. con attenzione intermittente, ora ponendo al centro della propria azione l'una o l'altra delle dimensioni della formazione professionale. All'inizio dell'epoca repubblicana fu soprattutto la riqualificazione dei lavoratori resi esuberanti dalla crisi del secondo dopoguerra a occupare le autorità competenti, mentre successivamente le politiche pubbliche si concentrarono con alterna fortuna

bito della formazione professionale, indebolita anche a causa delle continue incursioni del legislatore statale nella materia, v. Di Stasi, *Il diritto del lavoro nelle Regioni a Statuto ordinario*, in Di Stasi (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 59 ss.; v. lo stesso Autore, *ibidem*, pp. 76 ss., per una rapida rassegna della produzione legislativa regionale in materia di lavoro e formazione professionale.

(45) Cfr. la puntualizzazione di Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 502, con nota di Albi, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, nonché in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 391, con nota di A. Pessi, *Formazione e politiche attive dell'impiego nella giurisprudenza costituzionale*, pp. 321 ss.: «la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale riguarda la istruzione e formazione professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possono approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi» (punto 14). Sui confini della competenza legislativa regionale in materia di formazione professionale v. Trojsi, *Formazione professionale e limiti all'esercizio della potestà legislativa dello Stato (a proposito del disegno di legge AS 1306)*, in Zoppoli, Realfonzo (a cura di), *op. cit.*, pp. 163 ss.; Zoppoli, *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, *ibidem*, pp. 27 ss.; B. Caruso, *op. cit.*, pp. 80 ss. del dattiloscritto.

(46) Tradizionalmente presenti in modo consistente sul fronte dell'offerta formativa, anche tramite gli enti bilaterali: nel 1991 erano promossi da organizzazioni dei lavoratori e/o dei datori di lavoro l'11% degli interventi di formazione. V. Infelise, in Infelise, Vergari, *La struttura di offerta della formazione continua*, Infelise (a cura di), *op. cit.*, p. 70.

(47) È questo il disegno tracciato dalla legge quadro in materia di formazione professionale (cfr. l'art. 5 della legge n. 845/1978), che si è posta l'arduo compito di realizzare il precetto costituzionale. Per un ampio commento v. Napoli, *La legge-quadro...*, cit., pp. 202 ss.; M. L. De Cristofaro, *Mercato del lavoro, formazione professionale e collocamento*, in M. G. Garofalo, Lagala (a cura di), *Collocamento e mercato del lavoro*, De Donato, Bari, 1982, pp. 108 ss.; Varesi, *Regioni e mercato...*, cit., pp. 73 ss.; Bettini, *op. cit.*, pp. 247 ss. Sulla tipologia della formazione professionale realizzata a seguito della legge quadro v. G. Loy, *Formazione e rapporto...*, cit., in particolare pp. pp. 61 ss. Si veda anche l'art. 17, comma 1, lett. c, della legge 24 giugno 1997, n. 196,

sulla formazione iniziale dei lavoratori (48). La formazione continua in costanza di rapporto, benché contemplata già dall'art. 53 della legge n. 264/1949 prima (49), e successivamente dall'art. 8 della legge n. 845/1978 (50), rivestiva un ruolo ancillare nel complesso delle politiche nazionali e regionali della formazione professionale (51). Ciò non significa, naturalmente, che le imprese non provvedessero comunque in modo autonomo all'adeguamento delle competenze della propria forza lavoro, magari utilizzando i finanziamenti concessi dal Fse (52). Nonostante ciò, all'inizio degli anni novanta l'incremento del sostegno

che ha dettato al governo principi e criteri generali per l'emanazione di disposizioni regolamentari di riordino del sistema della formazione professionale: la delega è stata attuata, ma non è mai entrata in vigore (v. *infra* il par. 4). Essa è infine stata superata dalla successiva legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha attribuito la competenza legislativa residuale esclusiva in materia alle Regioni. A seguito del mutamento del quadro costituzionale queste ultime non sono più vincolate dai principi fondamentali dettati dalla legge n. 845/1978 nell'organizzazione dei propri sistemi di formazione professionale: v. Zoppoli, *op. cit.*, p. 31; Alessi, *op. cit.*, p. 58. Tuttavia, per quanto riguarda le caratteristiche essenziali dei corsi di formazione professionale mediante i quali si assolve il diritto dovere di istruzione e formazione, v. ora gli artt. 15 ss. del d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226, che dettano i livelli essenziali delle prestazioni in attuazione della legge di delega n. 53/2003 (cd. legge Moratti).

(48) Sull'evoluzione del sistema di formazione professionale in Italia e sulle sue debolezze (legate in particolare all'insufficiente sviluppo della formazione continua) v. Napoli, *Commento sub art. 35...*, cit., pp. 23 ss.; Varesi, *Regioni e mercato...*, cit., pp. 47 ss., e in *Sub art. 17...*, cit., pp. 1349-1351; Vergari, *op. cit.*, pp. 15 ss.; Bettini, *op. cit.*, pp. 240 ss.; Veneziani, *op. cit.*, pp. 8-9; Torelli, *op. cit.*, p. 199; Bulgarelli, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte ed evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, pp. 5-7.

(49) L'art. 45 della legge n. 264/1949 affidava al Ministero del lavoro il compito di promuovere direttamente o autorizzare l'istituzione di «corsi di qualificazione e di riqualificazione per disoccupati» e «per lavoratori in soprannumero nelle aziende»: era previsto un finanziamento sia per i promotori dei corsi che per i disoccupati che frequentassero con profitto (artt. 48 e 52). L'art. 53 della medesima legge consentiva alle imprese di grandi dimensioni di organizzare corsi di riqualificazione per i propri dipendenti che non rispondessero alle esigenze aziendali: gli operai che frequentavano i corsi autorizzati dal Ministero del lavoro d'intesa con il Ministero del tesoro potevano fruire dell'intervento della Cassa integrazione guadagni. Cfr. Napoli, *Commento sub art. 35...*, cit., pp. 23 ss.; Vergari, *op. cit.*, p. 25.

(50) In effetti la legge prefigura un sistema di formazione continua, ponendo tuttavia solo le premesse per la sua edificazione: cfr. Napoli, *La legge-quadro...*, cit., p. 207.

(51) All'inizio degli anni novanta soltanto una quota tra il 25 e il 36% dell'offerta formativa regionale riguardava la formazione continua di occupati e disoccupati: v. Infelise, in Infelise, Vergari, *op. cit.*, p. 70.

(52) Vergari, *op. cit.*, p. 28.

finanziario alle iniziative formative delle imprese e dei lavoratori (53), e la semplificazione delle procedure di accesso alle risorse disponibili appaiono indilazionabili.

Alle insufficienze relative al finanziamento si aggiungevano quelle del diritto civile. Nel nostro ordinamento il diritto alla formazione continua non ha mai trovato riconoscimento nell'ambito del rapporto di lavoro. In realtà, argomentando sulla base di diverse norme codicistiche e di leggi speciali sarebbe possibile affermare il diritto del lavoratore al continuo adeguamento della propria professionalità anche attraverso apposite iniziative formative. Autorevoli voci dottrinali hanno tentato di accreditare l'esistenza in capo al datore di lavoro di un obbligo di aggiornamento delle competenze professionali del proprio dipendente (54). Mediante una rilettura originale degli artt. 2094 e 2103 cod. civ. Napoli colloca la professionalità al centro del contratto di lavoro, di cui costituirebbe l'oggetto (55). Da questa premessa l'Autore deriva tra l'altro il corollario che il diritto alla formazione sarebbe un effetto legale naturale del contratto (56). La ricostruzione di Napoli è pienamente condivisa da Alessi, che ne sviluppa le intuizioni in una pregevole monografia (57).

(53) Con riferimento alle insufficienze della legge quadro, D. Garofalo, *op. cit.*, p. 311, si esprime in termini di «nanismo finanziario».

(54) Vedi U. Romagnoli, *Commento sub art. 13*, in Aa.Vv., *Statuto dei diritti dei lavoratori. Artt. 1-13*, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 235-237; A. Minervini, *op. cit.*, p. 154; Galantino, *I profili giuslavoristici della qualità*, in Galantino (a cura di), *Qualità...*, cit., pp. 27 ss.; Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Lavoro, diritto...*, cit., p. 47 (già in q. *Riv.*, 1997, I, pp. 263-271); Guarriello, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, in particolare p. 222; Loffredo, *Il ruolo dell'elemento formativo nel contratto di lavoro*, in Zoppoli, Realfonzo (a cura di), *op. cit.*, pp. 131 ss.; Alessi, *op. cit.*; M. G. Garofalo, *Formazione e lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 273; B. Caruso, *op. cit.*, pp. 67-69 del dattiloscritto.

(55) V. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 51-52 (già in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto - Scritti in onore di Luigi Mengoni*, tomo II, Diritto del lavoro-Diritto commerciale, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1057-1142). *Contra*, però, tra gli altri, G. Loy, *Professionalità...*, cit., p. 7, secondo il quale «ciò che viene dedotto in contratto è pur sempre una prestazione», mentre la professionalità «costituisce una sorta di prerequisito» che «consente l'adempimento di quanto convenuto con il contratto di lavoro».

(56) Napoli, *Disciplina del mercato...*, cit., p. 47 (già in q. *Riv.*, 1997, I, pp. 263-271).

(57) Cfr. Alessi, *op. cit.* Aderiscono all'impostazione di Mario Napoli anche Loffredo, in *Il ruolo...*, cit., pp. 131 ss., e in *Considerazioni su diritto alla formazione e contratto di lavoro*, Rusciano (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*,

Secondo Romagnoli l'obbligo datoriale di adattamento della professionalità del dipendente emergerebbe dall'interpretazione evolutiva dell'art. 2087 cod. civ. in connessione con l'art. 2103 cod. civ. (58), poiché la salvaguardia della «integrità morale» del lavoratore non potrebbe che passare per la tutela del suo bagaglio di competenze professionali. Secondo Galantino il datore di lavoro che non cura l'aggiornamento professionale del proprio lavoratore non compirebbe «quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione» ex art. 1206 cod. civ., né rispetterebbe le regole di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ. (59). Sulla scorta del diritto del lavoratore all'adeguamento della propria professionalità in costanza di rapporto, una parte della dottrina perviene a un consistente ampliamento dell'onere di *repêchage* che incombe su ogni datore di lavoro che effettui licenziamenti per giustificato motivo oggettivo: il licenziamento non sarebbe giustificato quando il lavoratore potrebbe continuare la sua attività in mansioni equivalenti dopo un ragionevole periodo di adattamento professionale (60).

Jovene, Napoli, 2004, pp. 126 ss.; e M. G. Garofalo, *op. cit.*, p. 273. Propendono invece apertamente per l'ingresso della formazione nella causa del contratto di lavoro subordinato Galantino, *La legge n. 196/1997 e gli aspetti innovativi della formazione professionale*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 138; Guarriello, *op. cit.*, in particolare p. 222; e B. Caruso, *op. cit.*, p. 68 del dattiloscritto. Sembra tuttavia preferibile ricostruire l'obbligo formativo datoriale in termini di obbligo accessorio (v. *infra* il par. 9): in questo modo, infatti, si riesce a fondare su basi più solide la specialità di disciplina che caratterizza i contratti con finalità formative.

(58) U. Romagnoli, *op. cit.*, pp. 235-237; successivamente l'argomentazione è ripresa da Galantino, *I profili...*, cit., pp. 27 ss.; la stessa Autrice in *La legge n. 196/1997...*, cit., 138.

(59) Galantino, *I profili...*, cit., pp. 27 ss.; la stessa Autrice in *La legge n. 196/1997...*, cit., pp. 138-139.

(60) V. in questo senso Alessi, *op. cit.*, pp. 135 ss.; Magnani, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, pp. 182-183; M. G. Garofalo, *op. cit.*, p. 273. Più decisamente nella direzione di un vero e proprio obbligo di riqualificazione Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Angeli, Milano, 1996, p. 135; lo stesso Autore in *Formazione professionale «continua», equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pp. 398-399; Loffredo, *Considerazioni...*, cit., pp. 143-146. Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, 2, pp. 55-56, si chiede se un tale obbligo qualificato di *repêchage* non debba porsi almeno per quelle realtà produttive che vedono «quale carattere tipico della prestazione la disponibilità a mansioni differenziate, e che» attribuiscono «rilievo strategico nel normale svolgimento del lavoro alla continua formazione»; analogamente Del Punta, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 718.

Nonostante i pregevoli sforzi di questa parte della dottrina, la giurisprudenza non si è mai sbilanciata nel riconoscere l'esistenza di un qualsiasi obbligo formativo nell'ambito di un ordinario rapporto di lavoro (61). Questo esito risulta in particolare rafforzato da due solidi orientamenti giurisprudenziali in materia di onere di *repêchage*. Da un lato, i giudici affermano che il *repêchage* deve avvenire nell'ambito delle mansioni professionalmente equivalenti *ex art.* 2103 cod. civ. (62), e per conseguenza nei limiti della professionalità già posseduta dal lavoratore (63).

La prima dottrina che si è cimentata nel commento dell'art. 13, Stat. lav. ne ha spesso valorizzato le potenzialità sistematiche per affermare l'esclusione della sussistenza del giustificato motivo di licenziamento ogni qual volta l'impresa non avesse rispettato, anche mediante la promozione di apposite attività formative, la direttiva di valorizzazione della professionalità desumibile da tale articolo: v. per tutti Mancini, *Sub art. 18 Stat. lav.*, in U. Romagnoli, Montuschi, Ghezzi, Mancini (a cura di), *Commentario alla Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Ed. Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1972, pp. 259-260; Treu, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1053-1054; Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1979, pp. 312-316 (secondo il quale il posto di lavoro garantito dal sistema di stabilità reale non viene meno – e conseguentemente il licenziamento non è giustificato – finché sia possibile la riqualificazione del lavoratore); Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, Milano, 1982, pp. 89-90.

(61) In questo senso M. T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI, Cedam, Padova, 2005, p. 22. Cfr. anche Brun, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in Aa.Vv., *I licenziamenti individuali*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 26, 2002, p. 150, la quale, con riferimento a una possibile riqualificazione del lavoratore connessa all'onere di *repêchage*, rileva che «la giurisprudenza non è arrivata a tanto, tranne in casi isolati». La tematica è stata affrontata espressamente, a quanto consta, soltanto da Cass., Sez. lav., 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 88, la quale afferma che l'impresa non è tenuta a sopportare «il rischio dell'obsolescenza tecnica delle mansioni», né a riqualificare il dipendente le cui mansioni siano venute meno per ristrutturazione aziendale pena la violazione delle garanzie offerte dagli artt. 41, comma 1, e 42, comma 2, Cost. in materia di libertà di impresa e proprietà privata.

(62) Cfr. M. T. Carinci, *op. cit.*, p. 22, anche alla nota 61.

(63) V. da ultimo Cass., Sez. lav., 14 luglio 2005, n. 14815, in *Mass.*; Cass., Sez. lav., 3 luglio 2003, n. 10554, in *Mass.*; entrambe sottolineano che in tema di *repêchage* l'onere probatorio del datore di lavoro si limita alla dimostrazione dell'«impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni [...] in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore stesso era precedentemente adibito». V. Pisani, *La modificazione...*, cit., p. 133; Rossi Dettori, *Sub art. 3 l. n. 604/1966*, Sez. III, *Il giustificato motivo oggettivo*, in Mazzotta (a cura di), *I licenziamenti*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 352-353; Papaleoni, *Sub art. 3 l. n. 604/1966*, in Pera, Grandi (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2005, pp. 856-858.

Siccome questa professionalità è ancora intesa prevalentemente in senso statico piuttosto che dinamico (64), lo spazio per riconoscere un onere di *repêchage* collegato a iniziative formative di adeguamento professionale di una certa consistenza appare ristretto (65). Dall'altro lato, nell'ambito dei licenziamenti collettivi un solido filone giurisprudenziale continua a negare l'esistenza stessa di un onere di *repêchage* (66).

(64) Dopo alcune decisioni innovative degli anni ottanta, che hanno interpretato in senso dinamico la regola dell'equivalenza professionale *ex art.* 2103 cod. civ. (valorizzazione della professionalità potenziale), la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, stenta ora a imboccare la via di una lettura flessibile di questa norma: cfr. Pisani, *La modificazione...*, cit., pp. 112 ss. e p. 120; Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 160-162; Poso, Agostini, *Sub art. 2103 cod. civ.*, in Pera, Grandi (a cura di), *op. cit.*, pp. 462-463; v. però, per una recente decisione che valorizza la nozione dinamica dell'equivalenza professionale, Cass., Sez. lav., 2 maggio 2006, n. 10091, in *Mass.* Non va peraltro dimenticato che la deroga giurisprudenziale al rigore dell'art. 2103 cod. civ. appare ormai consolidata qualora l'adibizione a mansioni inferiori costituisca l'unica alternativa al licenziamento: P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. II, in Cicu, Messineo, Mengoni (già diretto da), Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 290 ss.

(65) La giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare che l'onere di *repêchage* non deve comportare modifiche dell'organizzazione aziendale, né costi aggiuntivi per il datore di lavoro (v. da ultimo Cass., Sez. lav., 7 gennaio 2005, n. 239, in *Mass.*; Cass., Sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3250, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 689, con note di Cavallaro e P. Ichino), né l'adibizione del lavoratore a mansioni del tutto diverse che non consentano la piena ottimizzazione delle sue competenze (Cass. 9715/1995, cit.): cfr. Brun, *op. cit.*, pp. 150-151. Inoltre, come dimostra l'esperienza francese, non è improbabile che una parte dei lavoratori la cui professionalità non è stata adeguata alle modifiche dell'organizzazione produttiva venga licenziata per scarso rendimento (e quindi principalmente per giustificato motivo soggettivo): cfr. Luttringer, *Le droit de la formation continue*, Dalloz, Paris, 1986, pp. 232-234.

(66) Così da ultimo Cass., Sez. lav., 1° febbraio 2003, n. 1526, in *Mass.*; Cass., Sez. lav., 2 gennaio 2001, n. 5, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 480; Cass., Sez. lav., 29 novembre 1999, n. 13346, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 791, con nota di Vallauri. Cfr. M. T. Carinci, *op. cit.*, pp. 35-37. Recenti decisioni della Cassazione, anche a Sezioni Unite, hanno consolidando l'orientamento che nega l'esistenza di requisiti sostanziali del licenziamento collettivo e risolve la legittimità del licenziamento nell'esistenza dei requisiti numerico-temporali e nel rispetto della procedura: v. Cass., Sez. lav., 1° settembre 2004, n. 17556, con nota di Bertocco, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 933; Cass., Sez. lav., 9 settembre 2003, n. 13182, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 847; Cass., Ss.Uu., 27 giugno 2000, n. 461, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 144, con nota di Papaleoni; Cass., Ss.Uu., 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav. giur.*, 2001, p. 247, con nota di Ferrà; *contra* Cass., Sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6385, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 884, con nota di Senatori. L'impostazione maggioritaria implica in particolare il rigetto di qualsiasi onere di *repêchage* nell'ambito dei licenziamenti collettivi.

In questo modo la giurisprudenza finisce di fatto per sintonizzarsi (67) in gran parte con le posizioni di quegli autori, forse la maggioranza, che negano l'esistenza di qualsiasi obbligo formativo nell'ambito di un ordinario rapporto di lavoro (68). Secondo Carabelli (69) l'oggetto del contratto di lavoro resterebbe la mera prestazione lavorativa: essa sarebbe certo connotata dalla professionalità richiesta dalla natura dell'attività (artt. 1176, comma 2, e 2104, comma 1, cod. civ.), ma tale professionalità (e le questioni attinenti la sua conservazione) rimarrebbe estranea al vincolo contrattuale. Quanto all'interpretazione delle disposizioni codicistiche e di leggi speciali richiamate dagli autori dell'orientamento opposto, essa risulterebbe viziata dalla petizione di principio che la professionalità del lavoratore costituisca l'oggetto del contratto di lavoro. Una volta ribadito che l'oggetto del contratto è la mera prestazione lavorativa, sarebbe una forzatura inammissibile affermare che le norme sopra riportate depongano nel senso dell'esistenza di un'obbligazione datoriale di aggiornamento della professionalità del lavoratore anche mediante attività di formazione (70). Magnani si mostra possibilista in merito alla rivisitazione dell'oggetto del contratto di lavoro, ma nega che da essa si possa trarre qualsiasi argomento per affermare il diritto del lavoratore a ricevere formazione continua dal proprio datore di lavoro (71). Anche secondo Varesi e Garofalo un'obiettiva e prudente interpretazione delle disposizioni sovente citate a sostegno dell'esistenza dell'obbligo formativo a carico del

(67) V. in questo senso Alessi, *op. cit.*, pp. 133-134 (che ha riscontrato un solo caso di licenziamento collettivo in cui la Cassazione si è pronunciata in favore del *repêchage* di alcuni lavoratori, anche se ciò implicava un breve corso di aggiornamento professionale: Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, in q. *Riv.*, 1994, II, p. 373, con nota di Manganiello, *Dequalificazione professionale ed interessi prevalenti*); D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 358-360.

(68) V. con varie sfumature Varesi, *I contratti...*, cit., pp. 172 ss., in particolare pp. 187-188; Zoppoli, *op. cit.*, p. 20; Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, pp. 71-72; D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 339 ss.; Magnani, *op. cit.*, pp. 187-188; Balandi, *op. cit.*; Roccella, *op. cit.*, pp. 32 ss. del dattiloscritto.

(69) V. Carabelli, *op. cit.*, 14 ss., in particolare pp. 71-72. Cfr. anche G. Loy, *Professionalità...*, cit., p. 45.

(70) Già Liso, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, in Aa.Vv., *L'inquadramento dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 1, 1987, p. 57, escludeva l'esistenza di un diritto del lavoratore a una formazione specifica a tutela della propria professionalità in caso di modifiche dell'organizzazione produttiva.

(71) Magnani, *op. cit.*, pp. 187-188.

datore di lavoro condurrebbe in realtà alla conclusione che, *de iure condito*, il diritto alla formazione continua è esercitabile in via generale soltanto nei confronti delle istituzioni pubbliche (72).

Le insufficienze della regolazione civilistica della formazione in costanza di rapporto non erano soltanto frutto di un orientamento piuttosto conservatore della nostra giurisprudenza, abbastanza eccentrico nel panorama continentale (73). Da un lato, anche una parte degli autori che riconoscono l'esistenza di un obbligo datoriale di manutenzione della professionalità del dipendente escludono poi qualsiasi diritto del lavoratore alla riqualificazione professionale (74), e più in generale pongono alle misure formative che il datore è tenuto ad adottare il limite

(72) V. Varesi, *I contratti...*, cit., pp. 172 ss., in particolare pp. 187-188; D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 339 ss., che puntella la sua lettura con riferimenti all'evoluzione delle politiche del lavoro anche alla luce della strategia europea dell'occupazione. Cfr. con argomenti simili anche Roccella, *op. cit.*, p. 33.

(73) L'obbligo del datore di lavoro di salvaguardare la professionalità del lavoratore anche mediante iniziative formative fu affermato dalla giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* sin dagli anni sessanta (*Bundesarbeitsgericht* 7 maggio 1968, in *Der Betrieb*, 1968, p. 1319), mentre la *Chambre sociale* della *Cour de Cassation* si è pronunciata costantemente in questo senso sin dai *leading cases* del 1992 [Cass. soc. 25 febbraio 1992, *Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles)*, V, n. 122; Cass. soc. 23 settembre 1992, *Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles)*, V, n. 472; v. anche per la giurisprudenza successiva Pélissier, Supiot, Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2002, p. 583; per una ricostruzione di questa vicenda giurisprudenziale e degli sviluppi legislativi successivi v. Alessi, *op. cit.*, pp. 130 ss.; per alcune decisioni precedenti gli anni novanta, già in parte orientate secondo l'indirizzo poi prevalso, v. Luttringer, *op. cit.*, pp. 232-234]. In entrambi i casi la giurisprudenza ha fatto leva sul principio civilistico dell'esecuzione di buona fede del contratto (la decisione tedesca ha richiamato anche il *Fürsorgepflicht*: v. *infra* la nota 85) per negare la legittimità del licenziamento quando il lavoratore avrebbe potuto continuare a essere impiegato nell'impresa dopo un ragionevole periodo di formazione per adattare la sua professionalità alle nuove mansioni. I legislatori dei rispettivi paesi hanno poi provveduto a dare sanzione legale a questi orientamenti giurisprudenziali. Cfr. in Germania la legge tedesca di riforma della costituzione aziendale del 1972 (v. Däubler, *Das Arbeitsrecht 2. Leitfaden für Arbeitnehmer*, Rowohlt, Hamburg, 1998, p. 569); in Francia le *Lois Aubry II* e III (Maggi, Germain, *L'articulation temps de travail/formazione professionnelle continue après la loi Aubry II*, in *Dr. soc.*, 2000, p. 859; Antonmattei, *L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique: nouvelles dispositions*, *ibidem*, 2002, pp. 274 ss.).

Nell'ordinamento spagnolo, infine, l'art. 4, comma 2, lett. *b*, dello *Estatuto de los trabajadores* prevede espressamente che «nel rapporto di lavoro il lavoratore ha diritto [...] alla promozione e formazione professionale».

(74) Intesa come formazione volta al conseguimento di una professionalità completamente diversa da quella posseduta: v. Alessi, *op. cit.*, pp. 140-142; Magnani, *op. cit.*, p. 183.

della ragionevolezza (75). Dall'altro lato, sino all'alba del nuovo secolo non esisteva nel nostro ordinamento legale un sistema di permessi che consentisse al lavoratore la frequenza di corsi di formazione professionale eventualmente scelti al di fuori dell'iniziativa dell'impresa, né tanto meno il diritto a un congedo annuale per accrescere o riqualificare la propria professionalità. L'art. 10 dello Statuto dei lavoratori del 1970 ha attribuito ai lavoratori studenti il diritto ad agevolazioni in termini di turni e divieto di prestazioni di lavoro straordinario o durante i riposi settimanali soltanto per motivi di istruzione, poi estesi a quelli di formazione professionale (anche continua) dall'art. 13 della legge n. 845/1978 (76). L'istituto delle 150 ore (77) (ormai cresciute in numerosi contratti fino a 250) (78), introdotto dalla contrattazione collettiva sin dalla tornata contrattuale dei metalmeccanici del 1972 e poi rapidamente generalizzato alle altre categorie, offriva inizialmente soltanto la possibilità di fruire di permessi per fini di istruzione (79); successivamente la destinazione del monte ore è stata spesso allargata anche alla formazione professionale (80), e tuttavia aggiungendo il limite significativo che tale formazione sia coerente con l'attività lavorativa svolta dal lavoratore all'interno dell'impresa (81).

3. — *Le suggestioni provenienti dal panorama comparato, in particolare dall'esperienza francese* — La creazione di un quadro legale favorevole

(75) Magnani, *op. cit.*, p. 183; Pisani, *Formazione...*, cit., pp. 398-399.

(76) Sui permessi per motivi di studio *ex art. 10 Stat. lav. v. per tutti Cinelli, I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1984, pp. 20 ss.

(77) Ogni lavoratore ha a disposizione 150 ore di permessi retribuiti per ogni triennio, utilizzabili tuttavia integralmente anche in un solo anno. Alla fruizione di questi permessi sono previsti due ordini di limiti: un monte ore complessivo che dipende dal numero di lavoratori occupati nell'azienda o nell'unità produttiva; percentuali massime di lavoratori che possono assentarsi contemporaneamente. V. da ultimo, a mo' di esempio, l'art. 29 del Ccnl 7 maggio 2003 per l'industria metalmeccanica privata.

(78) Sugli esordi di questa esperienza v. Varesi, *Il diritto allo studio nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in *Prosp. sind.*, 1975, 17, pp. 167 ss. Sugli sviluppi attuali v. Niccolai, *Sub art. 10 Stat. lav.*, in Pera, Grandi (a cura di), *op. cit.*, pp. 692-693.

(79) Sulla disciplina collettiva dei permessi retribuiti «150 ore» v. Cinelli, *op. cit.*, pp. 40 ss.; Gorretta, *Sub artt. 5-8 l. n. 53/2000. I congedi per la formazione*, in Miscione (a cura di), *I congedi parentali*, Ipsoa, Milano, 2001, pp. 97-99; Paparella, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nella trattazione della formazione continua*, in Frigo, Vaccaro (a cura di), *op. cit.*, pp. 65-66.

(80) Cfr. Paparella, *op. cit.*, pp. 66 ss.

(81) V. anche *infra* il par. 7.

allo sviluppo della formazione continua necessitava dunque di un intervento articolato su più fronti: il finanziamento delle iniziative, l'affermazione del diritto alla formazione in costanza di rapporto, i permessi indispensabili a rendere effettiva la partecipazione dei lavoratori. Nella sua opera di edificazione del nuovo sistema il legislatore si trovava di fronte modelli assai diversi a livello europeo, grosso modo distinguibili in tre archetipi: il modello basato sull'astensionismo pubblico e delle parti sociali, che attribuisce alle imprese e ai lavoratori il compito esclusivo di provvedere alla formazione continua (Gran Bretagna) (82); il modello imperniato sul finanziamento privato della formazione continua (a opera delle imprese e dei lavoratori), ma con un quadro legislativo che indirettamente incoraggia (e talora rende obbligatorio) l'investimento formativo delle imprese (Germania); il modello imperniato sull'intervento pubblico, sul coinvolgimento delle parti sociali e sulla previsione legislativa del diritto alla formazione continua, anche mediante la predisposizione di appositi congedi (Francia) (83).

Esclusa la possibilità di optare per il modello inglese, che difficilmente avrebbe potuto accrescere la propensione delle imprese italiane all'investimento formativo, restava aperta la scelta tra il sistema tedesco e quello francese. In Germania (84) l'intervento pubblico nel finanzia-

(82) Biagi, *Recessione...*, cit., 265, rileva che in Gran Bretagna e Irlanda «ancora prevale una prassi di unilateralismo in virtù della quale le politiche formative appartengono ancora alla sfera delle intangibili prerogative imprenditoriali». Per una sintetica esposizione dei meccanismi della formazione continua in Gran Bretagna v. Cuddy, Leney, *Vocational education and training in the United Kingdom. Short description*, Cedefop Panorama series, Luxembourg, 2005, in particolare pp. 34 ss. e pp. 61 ss. Anche in questo paese, peraltro, l'approccio puramente volontaristico è in via di parziale correzione, soprattutto per quanto riguarda la formazione continua dei disoccupati e inoccupati. I buoni risultati conseguiti dalla Gran Bretagna in termini di percentuale dei lavoratori che partecipano a iniziative formative sono, infatti, accompagnati da profondi squilibri nella distribuzione delle opportunità tra i diversi segmenti della forza lavoro e da livelli di qualificazione professionale complessivamente meno elevati rispetto ai paesi europei più diretti concorrenti.

(83) Per un sintetico *excursus* sulle modalità di finanziamento della formazione continua in otto paesi europei v. Grelli, *I sistemi di finanziamento della formazione continua in otto paesi comunitari – un breve confronto*, in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Rapporto 2005 sulla formazione continua*, 2006, pp. 119 ss. Per una riflessione comparata sui sistemi di formazione continua dei principali paesi della Comunità europea v. Biagi, *Recessione...*, cit.

(84) Per un sintetico quadro della formazione continua nell'ordinamento tedesco v. Corti, *Sub art. 7, l. n. 53/2000*, in Napoli, Magnani, Balboni (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città – Commentario sistematico alla legge n. 53/2000*

mento della formazione continua appare quasi assente. Per contro, il diritto alla formazione in costanza di rapporto, benché non sancito *expressis verbis* in alcuna norma di legge (85), si deduce dall'ampia formulazione che l'onere di *repêchage* riceve nella legge tedesca di protezione contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz* – KSchG): secondo il par. 1, comma 2, ult. cpv. il licenziamento è ingiustificato in particolare quando il lavoratore potrebbe continuare a essere impiegato nell'impresa a seguito di ragionevoli misure di perfezionamento professionale (*Fortbildung*) o riqualificazione (*Umschulung*).

L'esistenza del diritto alla formazione in costanza di rapporto appare ulteriormente confermata dalla novella della legge sulla costituzione aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz* – BetrVG) del 2001, che ha potenziato gli strumenti collettivi di tutela di tale diritto (86): ai sensi del par. 97, comma 2, BetrVG il consiglio d'azienda dispone di un diritto di co-decisione per l'introduzione di misure di formazione professionale a livello di azienda ogni qual volta il datore di lavoro abbia pianificato procedimenti di lavoro o innovazioni tecniche tali da modificare l'attività lavorativa di alcuni dipendenti e da cagionare l'obsolescenza delle loro conoscenze tecniche e della loro professionalità (87). Nell'ordinamento tedesco il quadro legale dei congedi formativi è assai poco sviluppato: il congedo di formazione retribuito (*Bildungsurlaub*) è regolato a livello di Stati federati e non supera i 10 giorni lavorativi annui nemmeno nelle legislazioni più generose. Ulteriori fattispecie di *Bildungsurlaube* sono regolate nei contratti collettivi; in particolare l'istituto delle banche del tempo può essere utilizzato anche per fruire di congedi formativi remunerati.

nella formulazione risultante a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 151/2001, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 1310-1311. Per un'analisi approfondita v. Käufer, *Weiterbildung im Arbeitsverhältnis*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2002.

(85) Däubler ricollega il diritto all'aggiornamento professionale a spese del datore e durante l'orario di lavoro al cd. *Fürsorgepflicht*, l'obbligo datoriale di prendersi cura del proprio dipendente che la dottrina e la giurisprudenza tedesca derivano da una serie di disposizioni di legge, tra cui il par. 618 BGB (che sancisce l'obbligo del datore di rispettare la vita e la salute del lavoratore, in analogia con quanto previsto dall'art. 2087 del codice civile italiano). Cfr. Däubler, *op. cit.*, 367. Il resto della dottrina è però in gran parte più cauto nell'affermare l'esistenza di un vero e proprio diritto alla formazione di carattere generale esigibile nei confronti del datore di lavoro: v. in proposito, anche per il quadro giurisprudenziale, Käufer, *op. cit.*, pp. 51-54.

(86) V. in questo senso Buschmann, *Sub art. 97 BetrVG*, in Däubler, Kittner, Klebe (Hrsg.), *BetrVG. Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar für die Praxis*, Bund, Verlag, Frankfurt am Main, 2004, pp. 1509 e 1511-1512.

(87) V. Käufer, *op. cit.*, pp. 139-142.

In Francia un articolato sistema di formazione continua ha visto la luce sin dal 1971 (legge Delors) e trova ora la sua dettagliata disciplina agli artt. L 931-1 ss. del *Code du travail* (88). L'intervento pubblico è fondamentale per garantire che il flusso di investimenti in formazione continua si mantenga costante. Questo obiettivo è conseguito tramite un quadro legale ispirato a due principi: l'obbligo per tutte le imprese di effettuare investimenti in formazione; il rispetto del principio di sussidiarietà. Sotto il primo profilo, ex art. L 950-1 del *Code du travail* ogni impresa, di qualsiasi dimensione e settore produttivo, deve contribuire allo sviluppo della formazione professionale continua. In adempimento di quest'obbligo le imprese sono tenute a destinare risorse alla formazione in modo coattivo e a fini mutualistici, versando a organismi gestiti pariteticamente dalle parti sociali (*Organismes paritaires collecteurs agréés* – Opc) un contributo calcolato in percentuale della massa salariale (89). Questo versamento può essere diviso in due parti (90). La prima è riser-

(88) Sul sistema francese di formazione continua v. Biagi, *Recessione...*, cit., pp. 267-269; Circe, *Le système de formation professionnelle en France*, Cedefop, Luxembourg, 1999, in particolare pp. 63 ss., il numero monografico di *Liaisons sociales* dell'aprile 2001; Clavel-Fauquenot e Marignier, *Formation professionnelle. Départ en formation des salariés*. Nonostante le ampie modifiche del quadro normativo intervenute dopo la pubblicazione, risulta ancora estremamente illuminante la monografia di Luttringer, *op. cit.* Sulle circostanze storiche e sociali che hanno accompagnato la nascita e l'edificazione del sistema francese di formazione continua v. Goguelin, *op. cit.*, pp. 62 ss.; Bésnard, Liétard, *La formation continue*, PUF, Paris, 2001, pp. 55 ss.

(89) Si tratta dell'1,60% della massa salariale annuale lorda per le imprese con almeno 20 dipendenti; dell'1,05% della medesima massa salariale per le imprese che impiegano tra 10 e 19 dipendenti; dello 0,55% per le imprese che impiegano meno di 10 dipendenti (art. L 951-1 del *Code du travail*, come modificato da ultimo dall'*Ordonnance* del 2 agosto 2005, n. 895).

(90) La suddivisione operata nel testo risponde a fini di semplicità espositiva. In realtà, per le imprese con almeno 10 dipendenti la legge francese divide la contribuzione in tre parti: la prima è destinata al finanziamento dei congedi di formazione; la seconda al finanziamento dei contratti e periodi di professionalizzazione, nonché del diritto individuale alla formazione; la terza al finanziamento delle azioni di formazione continua intraprese dal datore di lavoro. Di regola il medesimo organismo paritetico (solitamente costituito a livello nazionale di categoria) riscuote la seconda e la terza parte del contributo, mentre un organismo distinto (tra l'altro organizzato su base regionale e intercategoriale) raccoglie la prima. Cfr. l'art. R 964-1-2 del *Code du travail*. Sull'evoluzione del quadro legale relativo agli organismi paritetici incaricati del finanziamento della formazione continua v. Luttringer, *Formation professionnelle: la réforme des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA)*, in *Dr. soc.*, 1995, pp. 278 ss.; sugli Opc v. il numero monografico di *Liaisons sociales* del marzo 2001, *Formation professionnelle: participation financière des employeurs*.

vata in particolare al finanziamento di una parte dei congedi e dei periodi di formazione, previsti con dovizia dalla legislazione francese: i congedi individuali di formazione, i periodi di professionalizzazione, il diritto individuale alla formazione. Il principio di sussidiarietà viene in rilievo con riferimento alla seconda parte della contribuzione: le imprese che occupano almeno 10 dipendenti possono effettuare direttamente i propri investimenti formativi ed essere così liberate dall'obbligo contributivo relativo a questa frazione (art. L 951-1 del *Code du travail*) (91).

Già da questi sommari cenni risulta chiaro che nell'ordinamento francese il meccanismo di finanziamento della formazione continua risulta strettamente collegato al diritto del lavoratore alla formazione e all'istituto dei congedi formativi. Anzitutto, il *Code du travail* sancisce espressamente l'obbligo del datore di lavoro di garantire l'adattamento della professionalità dei propri dipendenti (art. L 930-1) (92). Altre importanti disposizioni del *Code du travail* contribuiscono a rendere effettivo questo obbligo. Da un lato, l'onere di *repêchage*, sancito dall'art. L 321-1 del *Code du travail* in caso di licenziamento per motivi economici, implica che tale licenziamento possa essere intimato soltanto «allorquando tutti gli sforzi di formazione e di adattamento siano stati realizzati». Dall'altro lato, l'art. L 932-1 stabilisce che tutte le misure di formazione legate all'adeguamento della professionalità del dipendente all'evoluzione dell'attività lavorativa devono svolgersi in linea di principio durante il tempo di lavoro ed essere retribuite (93). Il datore di lavoro può proporre al proprio dipendente misure formative ulteriori, con l'obiettivo di sviluppare le sue competenze professionali (94): in questo caso, previo consenso del lavoratore e corresponsione da parte dell'impresa di un'indennità, la formazione può essere impartita al di fuori dell'orario di lavoro entro il limite di 80 ore annue. Sulle proprie strategie for-

(91) Per le imprese con meno di 10 dipendenti il versamento all'organismo paritetico è invece obbligatorio in ogni caso: v. l'art. L 952-1.

(92) Più precisamente, questo articolo stabilisce che il datore di lavoro ha l'obbligo di «assicurare l'adattamento dei lavoratori al loro posto di lavoro. Egli garantisce il mantenimento della loro capacità di occupare un impiego, tenuto conto in particolare dell'evoluzione degli impieghi, delle tecnologie e delle organizzazioni». Per contro, il datore di lavoro non ha alcun obbligo, bensì soltanto la facoltà di «proporre iniziative formative che contribuiscono allo sviluppo delle competenze» o «alla lotta contro l'analfabetismo».

(93) Sull'obbligazione generale di formazione che deriva in capo al datore di lavoro dalla lettura combinata di questi due articoli v. Maggi, Germain, *op. cit.*, p. 859.

(94) V. *retro* la nota 92.

mative, che devono essere compendiate in un piano di formazione con cadenza annuale (95), le imprese sono tenute a consultare il comitato d'impresa (96); la formazione continua è inoltre terreno di elezione della contrattazione collettiva di categoria (97) (artt. L 934-1 ss. del *Code du travail*).

Quando sia il lavoratore a prendere l'iniziativa della formazione (98), il diritto francese prevede un articolato sistema di permessi e congedi, la cui struttura è stata di recente modificata (99): il congedo di formazione (*congé individuel de formation* – artt. L 931-1 ss.), che può durare al massimo un anno e non è retribuito (100); il diritto individuale alla formazione (*droit individuel à la formation* – artt. L 933-1 ss.) (101), che consiste in 20 ore annue di attività formativa, di norma attuata al di fuori dell'orario di lavoro, con spese e corresponsione di un'indennità a carico del datore; i periodi di professionalizzazione (*périodes de professionnalisation* – artt. L 982-1 ss.), la cui fruizione è destinata ai lavoratori a rischio di obsolescenza professionale e ad altre categorie che necessitano di sostegno formativo, e che sono retribuiti quando le misure formative si svolgano durante l'orario di lavoro, mentre danno diritto a un'indennità a carico del datore di lavoro nella misura in cui la formazione si svolga fuori di tale orario.

(95) Cfr. l'art. L 951-1 del *Code du travail*.

(96) Sul *plan de formation* v. Circe, *op. cit.*, pp. 68-69; Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, pp. 8 ss.; sulla consultazione del *comité d'entreprise* v. Luttringer, *Le droit...*, cit., pp. 144 ss.; Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, pp. 56 ss.

(97) Cfr. Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, pp. 66 ss. La negoziazione in materia di formazione a livello di categoria si deve tenere almeno ogni 3 anni (art. L 934-2, *Code du travail*). La negoziazione sulla formazione a livello di impresa è invece facoltativa e si può svolgere insieme a quella annuale obbligatoria su salari e tempo di lavoro: v. l'art. L 132-27, *Code du travail*. Sulla recente radicale riforma della disciplina legale del contratto collettivo in Francia v. per tutti Supiot, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 2 ss.

(98) Cfr. l'art. L 930-1, comma 2, *Code du travail*.

(99) Sulle più recenti riforme in materia di formazione, conseguenti a un fondamentale Accordo interconfederale del 2003, v. il numero monografico di *Droit social* 5/2004.

(100) Sul *congé individuel de formation* v. Luttringer, *Le droit...*, cit., pp. 259 ss.; Circe, *op. cit.*, pp. 64-67; Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, pp. 28 ss.

(101) Introdotto dalla legge 4 maggio 2004, n. 391. Questa nuova fattispecie di congedo rappresenta il culmine di un processo di «individualizzazione» del diritto alla formazione professionale continua azionabile nell'ambito del rapporto di lavoro: v. F. Favennec, Hery, *Le droit individuel à la formation*, in *Dr. soc.*, 2004, pp. 866 ss.

Il lavoratore accede direttamente agli organismi paritetici per ottenere il finanziamento del proprio congedo individuale di formazione, mentre il datore di lavoro può ricorrervi per ottenere il rimborso delle spese affrontate per finanziare gli altri periodi di formazione richiesti dal lavoratore, nonché per ottenere il finanziamento dei piani di formazione attuati dall'impresa (artt. R 964-1 ss. del *Code du travail*) (102). Tuttavia, il datore di lavoro che occupi almeno 10 dipendenti sarà esonerato in tutto o in parte dal pagamento della seconda frazione del contributo agli organismi paritetici qualora le somme da lui spese per il finanziamento della formazione continua in azienda (comprehensive di quanto erogato per congedi di formazione, altri periodi di formazione e piani di formazione aziendali) eguagliano o superino l'importo da lui dovuto (art. L 951-1).

A giudicare dalle statistiche, il sistema francese di sostegno alla formazione continua ha dato frutti migliori di quello tedesco (103). Nel 1999 i lavoratori francesi impegnati in corsi di formazione continua erano pari al 46% del totale, contro il 32% dei tedeschi e il 26% degli italiani (104). Correttamente dunque il nostro legislatore si è ispirato al modello francese nell'edificazione di un compiuto sistema di formazione continua (105).

4. — *L'edificazione del sistema italiano di formazione continua. Gli strumenti di sostegno finanziario: le iniziative regionali, gli interventi del Fondo sociale europeo, i finanziamenti del Fondo ex art. 9, comma 5, legge n. 236/1993, e...* — Nell'ordinamento italiano i principali (106)

(102) V. Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, pp. 17-18.

(103) Biagi, *Recessione...*, cit., p. 267, accomuna imprenditori e sindacati tedeschi a quelli italiani con riferimento alla circostanza che sono «più attivi nell'intervento in materia di formazione iniziale e non per quella continua».

(104) Cfr. la tabella 1, in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 20.

(105) Del resto le stesse parti sociali, nei protocolli e accordi degli anni novanta e dell'inizio del nuovo secolo, suggerivano al legislatore un modello chiaramente tributario dell'esperienza francese (che più di quella tedesca coinvolge le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro nella gestione, anche finanziaria, del sistema di formazione continua): v. Veneziani, *op. cit.*, p. 9. Biagi, *Recessione...*, cit., p. 267, definisce «sicuramente esemplare in una prospettiva comparatistica» il sistema di formazione professionale francese.

(106) Si deve, infatti, considerare anche l'art. 6, comma 4, legge n. 53/2000, che ha riservato annualmente una somma a carico del Fondo per l'occupazione al finanziamento da parte delle Regioni di progetti di formazione che, «sulla base di accordi

canali di sostegno finanziario alle iniziative di formazione continua nell'ambito del rapporto di lavoro sono ben quattro: le iniziative regionali, il Fse, il Fondo per la formazione professionale *ex art.* 9, comma 5, legge n. 236/1993 e i fondi interprofessionali per la formazione continua.

La formazione professionale fu gestita dal Ministero del lavoro tramite circolari e regolamenti (107) fino al trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni avvenuto con gli artt. 35 ss. del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616. Le disposizioni più significative in materia di formazione continua erano però contenute nella legge n. 264/1949 (108). Con il passaggio di competenze legislative le Regioni diventano responsabili anche dell'organizzazione e attuazione di iniziative formative di «qualificazione o specializzazione di lavoratori che [...] abbiano esperienze di lavoro» (art. 8, lett. *e*, legge n. 845/1978), e a tal fine possono anche ricorrere a «convenzioni con imprese e loro consorzi» (art. 5, comma 4, legge n. 845/1978).

E tuttavia, l'art. 9 della legge n. 236/1993, dopo aver ribadito che le Regioni e le Province autonome possono contribuire al finanziamento di misure di formazione continua dirette a lavoratori occupati, disoccupati o dipendenti da imprese beneficiarie di intervento di Cassa integrazione guadagni straordinaria (di seguito: Cigs) (art. 9, comma 3), attribuisce la medesima facoltà anche al Ministero del lavoro, presso il quale viene centralizzato il processo decisionale relativo allo strumento di finanziamento di tali iniziative (la quota di 1/3 del Fondo per la formazione professionale e per l'accesso al Fondo sociale europeo di cui all'art. 9, comma 5): la programmazione dei capitoli di spesa spetta infatti al Ministero, «d'intesa con le Regioni» (art. 9, comma 7). Con l'art. 17 della legge n. 196/1997 il legislatore nazionale stabilisce i principi e criteri generali del riordino della formazione professionale, affidando il compito della normazione di

contrattuali, prevedano quote di riduzione dell'orario di lavoro, nonché progetti di formazione presentati direttamente dai lavoratori»: v. *infra* questo stesso paragrafo. Sull'agevolazione fiscale per gli investimenti delle imprese nella formazione dei dipendenti, introdotta dagli artt. 4-5 della legge 18 ottobre 2001, n. 383 (cd. Tremonti-*bis*), e non più rinnovata, v. Zoppoli, *op. cit.*, pp. 22-24.

(107) Il repentino e intenso coinvolgimento ministeriale nell'immediato dopoguerra fu dettato dalla duplice emergenza rappresentata dalla disoccupazione di massa e dalla riconversione dell'apparato produttivo: v. Napoli, *Regione, formazione professionale...*, cit., p. 54.

(108) V. *retro* la nota 49.

dettaglio alla potestà regolamentare del governo: la lettera *d* prefigura la creazione di fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua. Il regolamento di riordino della formazione professionale fu adottato il 21 dicembre 1998 (109), ma non passò il vaglio preventivo di legittimità della Corte dei Conti, che sollevò in particolare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, legge n. 196/1997, con riferimento alla violazione della riserva di legge di cui all'art. 117, comma 1, Cost. (vecchio testo) (110).

Il regolamento in questione non ha dunque mai superato la fase integrativa dell'efficacia (111). La riforma costituzionale operata dalla legge 18 ottobre 2001, n. 3, ha peraltro attribuito la competenza legislativa residuale esclusiva in materia di formazione professionale alle Regioni, rendendo così non più attuale l'esercizio della delega di cui alla legge n. 196/1997. All'inizio del nuovo secolo le Regioni appaiono dunque attore fondamentale della formazione continua (112). Il nuo-

(109) Per un commento v. Loffredo, *Il sistema della formazione professionale e i fondi strutturali dell'Unione europea*, in Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Diritto del mercato del lavoro*, ESI, Napoli, 1999, pp. 87-89.

(110) La Corte Costituzionale ha disatteso per ben due volte le eccezioni di legittimità costituzionale della Corte dei Conti, sempre, peraltro, restituendo gli atti al giudice *a quo* a causa di *ius superveniens* che aveva modificato il quadro (anche costituzionale) di riferimento. V. le ordinanze della Corte dei Conti 22 settembre 1999, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1892, e 16 maggio 2001, in *Riv. Corte conti*, 2001, 3, 9; le ordinanze della Corte Costituzionale 23 marzo 2001, n. 77, in *Giur. cost.*, 2001, p. 523, con nota di Mabellini, e 24 aprile 2002, n. 144, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1116. Sulla vicenda v. anche Varesi, *L'attuale ambivalenza del sistema*, in *Formazione domani*, 2000; Leonardi, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 455.

(111) Cfr. Baldanza, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1057-1060.

(112) Così Torelli, *op. cit.*, p. 196. Sulla struttura di offerta della formazione continua, prevalentemente imperniata su enti pubblici territoriali erogatori di formazione professionale (direttamente o indirettamente gestiti dalle Regioni), enti che svolgono stabilmente la propria attività formativa in convenzione (tra i quali una parte consistente sono di emanazione sindacale), enti privati che si collocano al di fuori dei flussi finanziari controllati dalle Regioni: v. Infelise, in Infelise, Vergari, *op. cit.*, pp. 68 ss. Cfr. recentemente anche Isfol, *Quarto rapporto sull'offerta di formazione professionale in Italia. Anno formativo 2002-2003*, Isfol, Roma, 2005. Sull'accREDITAMENTO delle strutture formative che desiderano operare (anche) mediante l'utilizzo di risorse pubbliche v. Occhiocupo, Pomponi, *L'accREDITAMENTO nei servizi per l'impiego e nella formazione professionale*, in Magnani, Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/03 e n. 251/04*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 107-109.

vo quadro costituzionale affianca alla competenza regionale esclusiva sulla formazione professionale anche quella concorrente in materia di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro (113): ne risulta la possibilità per ogni Regione di condurre la propria strategia in materia di formazione continua non soltanto attraverso la predisposizione di appositi corsi o il sostegno finanziario alla loro organizzazione (114), ma

(113) La ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni in materia di diritto del lavoro ha impegnato intensamente la dottrina soprattutto per l'infelice formulazione del nuovo art. 117, comma 3, Cost., secondo il quale costituiscono materia di competenza concorrente anche «la tutela e sicurezza del lavoro». La dottrina maggioritaria, che ha ricevuto anche l'autorevole avallo della Corte Costituzionale (v. Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in q. *Riv.*, 2004, II, p. 19, con nota di Angiolini; Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, cit.; Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 51, in *Foro it.*, 2005, I, 620; Corte Cost. 16 giugno 2005, n. 234; Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 384), ricomprende nella locuzione la regolazione amministrativa del mercato del lavoro, e quindi *in primis* i servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro [v., per tutti, F. Carinci, *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in F. Carinci, Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro bianco al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, pp. 9-11; Magnani, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 651 ss.; Napoli, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Lavoro, diritto...*, cit., p. 212; Persiani, *Devolution e diritto del lavoro*, in Persiani, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 679 ss. (già in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 19 ss.)]. Un orientamento minoritario, invece, allarga la materia della competenza concorrente anche a porzioni più o meno ampie della disciplina dei rapporti di lavoro (v. ad es. Alessi, *op. cit.*, pp. 50 ss.; Di Stasi, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 100-101), che invece secondo la dottrina maggioritaria rientrano nella competenza esclusiva statale dell'«ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.). V., per una rassegna esauriente delle posizioni dottrinali, Albi, *op. cit.* Tuttavia, nessuno dubita che la materia dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro sia di competenza concorrente, anche se è presente qualche opinione che sposta addirittura le politiche attive tra le materie di competenza residuale esclusiva regionale (così Varesi, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl. al n. 1/2002, pp. 121 ss.; Di Stasi, *Il diritto del lavoro...*, cit., p. 89).

(114) Le Regioni svolgono la loro opera di supporto finanziario alla formazione continua prevalentemente attraverso le risorse del Fse, stanziato mediante i Piani operativi regionali (approvati con decisione della Commissione insieme al Quadro comunitario di sostegno predisposto dal Ministero del lavoro – sulle modalità di preparazione e negoziazione del Quadro comunitario di sostegno e dei Por v. Canu, Gagliardi, *L'obiettivo 3. Lezioni da una esperienza*, in *Ist. fed.*, 2001, pp. 483 ss.) e rese disponibili alla platea dei potenziali fruitori con appositi bandi: sul ruolo del Fse nel supporto alla formazione continua v. *infra* nel testo. La dipendenza delle Regioni dai finanziamenti del Fse appare peraltro in crescita e probabilmente eccessiva: nel 2004 nelle Regioni del centro-nord l'84% del finanziamento pubblico della formazione continua a gestione regionale proveniva dal Fse (cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 75).

anche mediante l'utilizzo di più complessi schemi che incentivino le imprese e/o i lavoratori a percorrere la via dell'apprendimento permanente (115).

Sin dall'inizio degli anni settanta del secolo scorso il Fondo sociale europeo ha rappresentato il sostegno finanziario principale per gli investimenti in formazione continua delle imprese italiane (116). L'art. 146 TCe attribuisce al Fse «l'obiettivo di promuovere all'interno della Comunità le possibilità di occupazione e la mobilità geografica e professionale dei lavoratori, nonché di facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali e ai cambiamenti dei sistemi di produzione, in particolare attraverso la formazione e la riconversione professionale». Benché il riferimento all'adeguamento alle trasformazioni produttive mediante iniziative formative sia stato inserito soltanto con il Trattato di Maastricht del 1992, il sostegno alla formazione professionale, e in particolare a quella continua, è sempre stato di cruciale importanza nell'ambito delle azioni del Fse (117). La centralità degli interventi del Fse a supporto della formazione professionale ha però cominciato a declinare a seguito della riforma dei fondi strutturali del 1999. Il periodo di programmazione che si va concludendo

Ritiene necessario un maggior coinvolgimento regionale nella produzione e attuazione del diritto comunitario in materia di formazione professionale e di interventi del Fse Delfino, *Formazione professionale e Fondo sociale europeo: il ruolo dell'Unione europea tra «federalismo» e «centralismo»*, in Zoppoli, Realfonzo (a cura di), *op. cit.*, pp. 109 ss.

Per una valutazione dell'impatto della programmazione del Fse sulle politiche regionali e statali v. Bulgarelli, De Lellis, *Le politiche comunitarie e il loro impatto sugli interventi statali e regionali nel campo della formazione e dell'occupazione*, in *Ist. fed.*, 1998, p. 286, in particolare pp. 300 ss.

(115) Del resto già la legge quadro prevedeva la possibilità che le Regioni stipulasero convenzioni con le imprese per lo svolgimento di attività di formazione iniziale o continua (art. 5, comma 3, legge n. 845/1978): v. Napoli, *La legge-quadro...*, cit., pp. 231-232; Varesi, *Regioni e mercato...*, cit., p. 98. Nel decennio successivo alla legge quadro, tuttavia, le Regioni non hanno fatto ampio uso di tale possibilità: v. Napoli, *Il conflitto Regioni/Stato sul contratto di formazione e lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Politiche del lavoro, occupazione, diritto: idee ed esperienze (1983-1986)*, Angeli, Milano, 1988, pp. 215-216.

(116) Il Fse ha cominciato a operare il 20 settembre 1960, ma fino al 1971 potevano essere beneficiari del co-finanziamento soltanto gli Stati od organismi di diritto pubblico [cfr. Arrigo, *Il diritto del lavoro...*, cit., p. 255; Gulotta, *Sub art. 146 TCe*, in Pocar (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, p. 603].

(117) V. Napoli, *Commento sub art. 35...*, *Cost.*, cit., p. 41; Loffredo, *Il sistema...*, cit., pp. 89-91; Arrigo, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 254-255; Gulotta, *op. cit.*, pp. 603-606; Roccella, Treu, *op. cit.*, p. 143; Roccella, *op. cit.*, p. 3 del dattiloscritto.

(2000-2006) prevedeva 3 obiettivi per l'attività dei fondi strutturali: «promuovere lo sviluppo e l'adeguamento strutturale delle Regioni che presentano ritardi nello sviluppo» (obiettivo 1), «favorire la riconversione economica e sociale delle zone in difficoltà strutturali» (obiettivo 2), «favorire l'adeguamento e l'ammodernamento delle politiche e dei sistemi di istruzione, formazione e occupazione» (obiettivo 3) (118). Il Fse è stato impegnato su tutti e tre gli obiettivi, ma ha agito come co-finanziatore esclusivo delle iniziative collegate all'obiettivo 3 (119). Il Regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1262 del 21 giugno 1999, che disciplina l'attività del Fse, definisce gli ambiti di intervento del fondo nel rispetto della missione attribuita dall'art. 146 TCe, degli obiettivi posti dal regolamento sui fondi strutturali, della coerenza con la strategia europea dell'occupazione (120) (art. 1 del Regolamento n. 1262/1999). Il riorientamento del Fse a sostegno della politica comunitaria dell'occupazione ha conseguenze importanti. Da un lato, esso rappresenta un notevole strumento economico di pressione nei confronti degli Stati membri: nell'ambito di una politica comunitaria come quella dell'occupazione, che è basata sul coordinamento aperto e sulla *soft law* (121), l'utilizzo della leva finanziaria può contribuire efficacemente al rispetto delle raccomandazioni rivolte agli Stati per ottenere l'osservanza degli orientamenti fissati dal Consiglio in materia di occupazione (art. 128, par. 4, TCe). Dall'altro lato, la funzionalizzazione del Fse alla politica comunitaria dell'occupazione ha allargato notevolmente il suo campo d'intervento, che ora abbraccia tutto l'ambito delle politiche attive del lavoro e dello sviluppo delle risorse umane (122). La formazione continua è contemplata nell'art. 2, comma 1, lett. *c* e *d*, là dove si indicano tra i settori di intervento del Fondo la «promozione e il miglioramento della formazione professionale [...] nell'ambito di una politica di apprendimento nell'intero arco della vi-

(118) Cfr. l'art. 1 del Regolamento 21 giugno 1999, n. 1260.

(119) Sulla riforma del Fse che ha avviato il sessennio di attività 2000-2006 v. Napoli, *La riforma...*, cit., pp. 179 ss.; Roccella, Treu, *op. cit.*, pp. 145 ss.

(120) Sulla strategia europea dell'occupazione v. gli Autori citati *retro* alla nota 6.

(121) Cfr. per tutti Barbera, *op. cit.*, pp. 128 ss.; Ravelli, *op. cit.*, pp. 67 ss. Sull'ampliamento dell'ambito di applicazione del metodo del coordinamento aperto oltre i confini della politica comunitaria dell'occupazione v. Olivelli, *Diritti sociali e «metodo di coordinamento aperto» in Europa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 313 ss.

(122) Così Napoli, *La riforma...*, cit., p. 195; Roccella, Treu, *op. cit.*, p. 148; Roccella, *op. cit.*, 11 del dattiloscritto.

ta», nonché la «promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattabile». Tuttavia, il Fse non è più incentrato prevalentemente sugli interventi di formazione (123).

La situazione non è destinata a cambiare in modo sostanziale con la riforma dei fondi strutturali che aprirà il sessennio 2007-2013. I tre obiettivi per l'azione dei fondi diventano «convergenza», «competitività regionale e occupazione» e «cooperazione territoriale europea»: il Fse provvederà al cofinanziamento dei progetti nell'ambito dei primi due (124). La proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio sul Fse rafforza il ruolo ausiliario della politica europea dell'occupazione (125). Rispetto al regolamento in vigore, è presente una maggiore enfasi sulla formazione continua (126). Tuttavia, l'allargamento del campo d'intervento del Fse, unitamente alla necessità di coprire gli Stati di nuova accessione, comporterà necessariamente una diminuzione delle risorse disponibili per il supporto alla formazione continua (127). Peraltro, dovrebbero essere escluse conseguenze troppo serie per il sistema italiano. Già ora le statistiche mostrano una certa disaffezione nei confronti del ricorso al finanziamento Fse per i progetti di formazione continua: al 30 giugno 2005 soltanto il 45,8% delle risorse programmate risultava speso. In particolare, sembra che le imprese e i soggetti formatori si stiano orientando verso altri canali di finanziamento (quali i neonati fondi interprofessionali) (128), forse di più facile accesso (129).

(123) Cfr. Napoli, *La riforma...*, cit., p. 195; Roccella, Treu, *op. cit.*, p. 148.

(124) V. l'art. 3 della proposta di Regolamento del Consiglio del 14 luglio 2004, COM (2004) 492 def.

(125) Cfr. l'art. 2, comma 1, secondo cpv., della proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio 14 luglio 2004, COM (2004) 493 def., ai sensi del quale «il Fse fornisce sostegno alle azioni in linea con le raccomandazioni e gli orientamenti adottati nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione».

(126) L'art. 3 pone tra le priorità del Fse il sostegno all'investimento nelle risorse umane da parte delle imprese, in particolare delle Pmi, e dei lavoratori «tramite l'elaborazione di sistemi e strategie di formazione permanente che garantiscano un più agevole accesso alla formazione per i lavoratori meno qualificati e più anziani».

(127) Cfr. in questo senso Zoppoli, *op. cit.*, p. 21; Montanino, Sestito, *Introduzione e sintesi*, in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 12.

(128) Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 74-75.

(129) La proposta di nuovo regolamento generale sui fondi strutturali prevede peraltro misure di semplificazione in materia di programmazione, gestione finanziaria e controllo: v. proposta di Regolamento del Consiglio del 14 luglio 2004, COM (2004) 492 def.

Il terzo strumento di supporto finanziario alla formazione continua è il Fondo per la formazione professionale e per l'accesso al Fondo sociale europeo, previsto dall'art. 9 della legge n. 236/1993 (130). La destinazione di un apposito sostegno economico alle esperienze di formazione continua fu caldeggiata dalle parti sociali nell'AI 20 gennaio 1993 e lo Stato si impegnò in tal senso nel Protocollo Ciampi dello stesso anno (131): all'art. 9 della legge n. 236/1993 si fa usualmente risalire la nascita nel nostro paese di un sistema di formazione continua (132). In realtà il fondo di cui all'art. 9, legge n. 236/1993, esisteva già, ed era stato stabilito come fondo di rotazione per favorire l'accesso al co-finanziamento Fse dall'art. 25 della legge n. 845/1978. In questo articolo era stato contestualmente previsto uno stabile canale di finanziamento: i 2/3 dell'aumento contributivo dello 0,30% del contributo integrativo dovuto per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria. L'art. 9, comma 5, legge n. 236/1993, sancì la devoluzione integrale del contributo 0,30 al Fondo per la formazione professionale, stabilendo che 2/3 avrebbero continuato a co-finanziare gli interventi del Fse, mentre 1/3 sarebbe stato destinato al finanziamento degli interventi previsti dai commi 1-3-*bis* del medesimo art. 9 (art. 9, comma 4), in massima parte relativi a misure di formazione continua di occupati e disoccupati. Con l'art. 1, comma 72, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, i 2/3 del contributo 0,30 confluiscono direttamente presso il Fondo di rotazione per l'attuazione delle politiche comunitarie (istituito dall'art. 5 della legge 16 aprile 1987, n. 183), che già raccoglieva le risorse nazionali e comunitarie relative agli altri fondi strutturali. A seguito della nascita dei fondi interprofessionali (art. 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388), il contributo 0,30 dei datori di lavoro che vi aderiscono affluisce, dapprima per 1/3 e dal 2005 per intero, ai fondi stessi (art. 1, comma 151, della legge 30 dicembre 2004, n. 311). Il Fondo *ex* art. 9, comma 5, legge n. 236/1993, continua a essere alimentato dall'1/3 del contributo 0,30 dei datori di lavoro che non aderiscono ai

(130) Sul quale v. D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 313 ss. Sulla prima esperienza di attuazione dell'art. 9, legge n. 236/1993, v. Frigo (a cura di), *La formazione continua nella legge 236/1993. L'esperienza della circolare n. 174/96*, Quaderni di formazione Isfol, Franco Angeli, Milano, 2001; Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 149.

(131) V. *retro* il par. 1.

(132) Si esprimono in questi termini Torelli, *op. cit.*, p. 195; in Aa.Vv., *Introduzione*, in Frigo (a cura di), *La formazione continua...*, cit., pp. 30-31.

fondi, mentre ulteriori risorse sono state fatte affluire con carattere di stabilità dall'art. 66, comma 2, legge 17 maggio 1999, n. 144. Non entrano a far parte del Fondo per la formazione professionale, ma costituiscono comunque risorse vincolate al finanziamento della formazione continua, le somme destinate dall'art. 6, comma 4, della legge 8 marzo 2000, n. 53, e provenienti dal Fondo per l'occupazione ex art. 1, comma 7, legge n. 236/1993 (133).

L'art. 9, commi 1-3-*bis*, legge n. 236/1993, prevede l'intervento del Fondo per la formazione professionale nell'ambito di misure relative alla gestione del mercato del lavoro (convenzioni tra Regioni ed enti bilaterali per lo studio delle situazioni occupazionali e dei fabbisogni professionali, servizi di orientamento per la ricollocazione di lavoratori in Cigs e in mobilità), alla formazione continua di lavoratori occupati, disoccupati o dipendenti da imprese beneficiarie di interventi di Cigs.

Con riferimento alle misure in favore di lavoratori disoccupati, la legge prevede che il Ministero del lavoro, le Regioni e le Province autonome possano contribuire al finanziamento di interventi di formazione professionale in favore di lavoratori iscritti alle liste di mobilità, formulati congiuntamente dalle imprese e dalle organizzazioni sindacali, anche di livello aziendale, o dalle associazioni datoriali e sindacali, anche mediante i propri organismi paritetici per la formazione (art. 9, comma 3, seconda parte); i medesimi soggetti istituzionali approvano anche progetti di formazione continua predisposti da organismi formatori rivolti a lavoratori disoccupati che abbiano partecipato ad attività socialmente utili.

Per quanto riguarda la formazione continua rivolta a lavoratori occupati, l'art. 9, comma 3, prima parte, stabilisce che i già menzionati soggetti istituzionali possono contribuire al finanziamento di misure di formazione continua rivolte a lavoratori occupati in imprese beneficiarie di interventi di Cigs; di lavoratori dipendenti da imprese che contribuiscano in misura non inferiore al 20% al costo delle attività; di operatori della formazione professionale (134). Per quanto riguarda la programmazione degli interventi del Fondo per la formazione professiona-

(133) V. *infra* questo stesso paragrafo. Per una precisa ricostruzione dei flussi finanziari gestiti dal Ministero del lavoro e indirizzati al sostegno della formazione continua v. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 29 ss.

(134) In questo caso, tuttavia, il finanziamento non è a carico del Fondo per la formazione professionale, bensì della disponibilità di cui alla legge 12 novembre 1988, n. 492 (art. 9, comma 4, legge n. 236/1993).

le destinati alla formazione continua, l'art. 9, comma 7, secondo periodo, legge n. 236/1993, dispone che il Ministro del lavoro provveda «d'intesa con le Regioni [...] in un modo appropriato rispetto ai fabbisogni formativi», dopo aver acquisito il parere preventivo della Commissione centrale per l'impiego (135).

Questo quadro normativo ha subito qualche complicazione a opera della legislazione successiva. In particolare, l'art. 17, comma 1, lett. *d*, legge n. 196/1997 (136), aveva prefigurato importanti cambiamenti: da un lato aveva disposto la progressiva destinazione delle risorse di cui al Fondo per la formazione professionale a interventi di formazione continua nell'ambito di piani formativi aziendali o territoriali concordati tra le parti sociali; dall'altro lato aveva allargato la platea dei beneficiari di tali interventi anche ai lavoratori autonomi e agli imprenditori, benché i lavoratori subordinati occupati, in mobilità o disoccupati per i quali l'attività formativa fosse propedeutica all'assunzione avrebbero dovuto essere al centro delle iniziative formative; dall'altro lato ancora, aveva stabilito la confluenza delle risorse del Fondo per la formazione professionale in appositi fondi paritetici, disponendo peraltro la definizione «di meccanismi di integrazione del fondo di rotazione». Nonostante l'apposito regolamento governativo di attuazione dell'art. 17 non sia mai entrato in vigore (137), l'art. 66, comma 2, legge n. 144/1999, ha integrato con carattere di continuità le disponibilità del fondo vincolando tale integrazione agli interventi di cui all'art. 17, comma 1, lett. *d*, legge n. 196/1997.

Infine l'art. 6, comma 4, legge n. 53/2000, ha riservato annualmente una somma a carico del Fondo per l'occupazione al finanziamento da parte delle Regioni di progetti di formazione che, «sulla base di accordi

(135) Sostituita nel 1997 dalla Conferenza Stato-Regioni a opera dell'art. 7, comma 1, e dell'allegato A del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, ma ricostituita con d.m. 10 aprile 2002, previa modifica dell'allegato A appena menzionato.

(136) Sul quale v. Lambertucci, Bellomo, *op. cit.*, pp. 367-368; M. G. Garofalo, *La formazione e la ricerca nel cosiddetto Pacchetto Treu*, in *q. Riv.*, 1998, I, pp. 71 ss.; Loffredo, *Il sistema...*, *cit.*, pp. 86-89; D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 314-317. Per un commento puntuale di questa disposizione v. B. Angiello, *La formazione*, in Galantino (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 424 ss.; Ciucciovino, *Sub art. 17 – Riordino della formazione professionale*, in Ghera (a cura di), *Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi*, Jovene, Napoli, 1998, 193 ss.; Varesi, *Sub art. 17...*, *cit.*, pp. 1357-1358.

(137) V. *retro* questo stesso paragrafo.

contrattuali, prevedano quote di riduzione dell'orario di lavoro, nonché progetti di formazione presentati direttamente dai lavoratori».

L'attività del Fondo per la formazione professionale destinata al sostegno della formazione continua comincia di fatto soltanto nel 1996 (138), a seguito della Circolare ministeriale n. 174: l'avvio effettivo di questa esperienza è sicuramente uno degli effetti positivi scaturiti dal Patto sociale del 1996 (139). Inizialmente la programmazione operata dal Ministero del lavoro si è distinta per il carattere estremamente dettagliato, che lasciava alle Regioni soltanto compiti di carattere operativo e di selezione delle domande secondo criteri predefiniti (140). Successivamente, anche sotto l'influenza del processo di decentramento prima amministrativo e poi federale dello Stato, il Ministero si è limitato a stabilire un elenco non tassativo dei beneficiari delle iniziative formative e la ripartizione delle risorse finanziarie tra le varie Regioni, lasciando a queste ultime il compito di definire autonomamente ulteriori beneficiari, nonché gli obiettivi e i criteri di selezione (141).

La Circolare n. 174/96 stabiliva tre obiettivi: azioni di sistema volte a diffondere una cultura e una strumentazione omogenea relativamente alle attività di formazione continua; azioni di riqualificazione e riconversione degli operatori di organismi di formazione; azioni di formazione continua aziendale nelle aree della qualità, dell'innovazione tecnologica e organizzativa, della sicurezza e della flessibilità. A partire dalla Circolare n. 37/98 si è consentito alle Regioni di riservare una quota dei finanziamenti del Fondo per la formazione professionale alle azioni di formazione promosse individualmente dai lavoratori occupati; con i decreti interministeriali 6 giugno 2001, 26 maggio 2004, n. 136, e 17 di-

(138) Aa.Vv., *Introduzione*, cit., p. 19.

(139) V. *retro* il par. 1.

(140) Cfr. la Circolare del Ministero del lavoro 23 dicembre 1996, n. 174, come integrata e corretta dalla Circolare n. 14/1997; la Circolare 19 marzo 1998, n. 37, e l'avviso dell'Ufficio centrale per l'orientamento e la formazione professionale dei lavoratori (di seguito: Ucofpl) n. 2/98; le Circolari 22 dicembre 1998, n. 139, 5 agosto 1999, n. 65, 23 maggio 2000, n. 30; 29 dicembre 2000, n. 92.

(141) Questa evoluzione «federale» è testimoniata anche dal cambiamento dello strumento giuridico utilizzato per la gestione del Fondo: il decreto direttoriale o dirigenziale, nel 2003 addirittura accompagnato da «Criteri generali per lo sviluppo della prassi della formazione continua», condivisi con Regioni, Province autonome e parti sociali. Cfr. il d.dir. Ucofpl n. 296/V/2003, il d.d. Ucofpl n. 243/V/2004 e il d.d. della direzione generale per le politiche per l'orientamento e la formazione (di seguito: Dgpof) n. 107/2006.

cembre 2004, n. 349, sono state ripartite tra le Regioni le risorse del Fondo per l'occupazione destinate *ex art. 6*, comma 4, legge n. 53/2000, agli accordi contrattuali che prevedono quote di riduzione dell'orario di lavoro, e ai progetti presentati direttamente dai lavoratori.

Il d.dir. Ucofpl n. 296/V/2003 e il d.d. Ucofpl n. 243/V/2004 hanno segnato un importante cambiamento di strategia con riferimento al coinvolgimento delle parti sociali, e ai destinatari (142), in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 17, comma 1, lett. *d*, legge n. 196/1997, e dall'art. 66, comma 2, legge n. 144/1999. La presenza di un piano formativo concordato tra le parti sociali diventa condizione necessaria di accesso al finanziamento, mentre in precedenza garantiva soltanto una priorità durante la selezione (143). I destinatari degli interventi delle somme stanziare sono tutti i lavoratori delle imprese private con meno di 15 dipendenti; i lavoratori con contratto di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, di apprendistato, di inserimento e a progetto; i lavoratori collocati in Cassa integrazione guadagni; le persone iscritte nelle liste di mobilità; i lavoratori di imprese private con più di 45 anni; i lavoratori di imprese private in possesso del solo titolo di studio di licenza elementare o di istruzione obbligatoria; i soggetti disoccupati a seguito di ristrutturazione aziendale nonché in aree e settori di crisi supportati da accordi tra le parti sociali, purché per tali soggetti l'attività formativa sia propedeutica all'assunzione. Le Regioni e le Province autonome possono decidere di riservare il 70% delle risorse loro assegnate a tutti o solo a una parte dei destinatari indicati, mentre sono libere di definire altri destinatari per il restante 30%. Il d.d. Dgpof n. 107/2006 si mantiene nel solco dei due decreti precedenti, ma incrementa ulteriormente gli spazi decisionali delle Regioni in relazione al finanziamento dei piani formativi aziendali, territoriali, settoriali e individuali (spariscono le indicazioni percentuali e l'elenco di destinatari), peraltro introducendo il vincolo dell'«accordo con le parti sociali» per quanto riguarda la definizione degli ambiti prioritari di intervento. La lista dei destinatari degli interventi di sostegno permane accorciata (non compaiono più i lavoratori disoccupati e in Cig) soltanto in relazione ai *vouchers* individuali o aziendali (questi ultimi indirizzati ai lavoratori occupati nel-

(142) Sulla «specializzazione» degli interventi del Fondo *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236/1993, v. Bulgarelli, *op. cit.*, pp. 10-12.

(143) V. Frigo, *Introduzione*, in Frigo, Vaccaro (a cura di), *op. cit.*, p. 19.

le imprese con meno di 15 dipendenti), dei quali il decreto prescrive l'utilizzo in via generalizzata per il finanziamento della formazione di lavoratori «deboli»: anche in questo caso la definizione delle priorità deve avvenire «in accordo con le parti sociali».

Il meccanismo di accesso ai finanziamenti, di monitoraggio e di ridistribuzione delle risorse in caso di non uso è almeno in parte modellato su quello del Fse, ma si è contraddistinto fin dalla Circolare n. 174/96 per una maggior semplicità: il principio del finanziamento a sportello (*first wins the post*) e del computo della retribuzione del lavoratore in formazione come co-finanziamento a carico dei privati ha sicuramente favorito l'utilizzo delle risorse (144). Nel d.d. n. 243/V/2004 e nel d.d. n. 107/2006 la fissazione dei criteri di selezione dei progetti è rimessa alle Regioni e alle Province autonome, fermo il co-finanziamento dei privati non inferiore al 20% e il rispetto delle regole comunitarie in materia di aiuti di Stato (145).

Il bilancio del meccanismo di sostegno alla formazione continua realizzato grazie all'art. 9, legge n. 236/1993, è sicuramente positivo (146). La sua entrata a regime ha comportato un raddoppio netto della capacità del paese di fare formazione continua (147), mentre i dati sembrano suggerire che vi sia stato un effetto moltiplicatore delle attività delle imprese in questo ambito (148). Inoltre, esistono ormai meccanismi stabili di finanziamento anche dei progetti formativi presentati dai lavoratori su base individuale.

Non mancano però le sfide per il futuro. Anzitutto, anche in relazione a questo strumento di sostegno economico si è manifestata una certa difficoltà nell'impegno di tutte le risorse disponibili (149). In secondo luogo, il coinvolgimento del sindacato nell'elaborazione dei piani formativi è stato assai spesso puramente virtuale (150). In terzo luogo, l'av-

(144) V. in questo senso Aa.Vv., *Introduzione*, e Frigo, *Conclusioni*, in Frigo (a cura di), *La formazione continua...*, cit., p. 26, e rispettivamente p. 285.

(145) I Regolamenti Ce 12 gennaio 2001, n. 68 sugli aiuti alla formazione e n. 69 sugli aiuti de minimis. Su di essi v. anche le note 252 e 253.

(146) V. Torelli, *op. cit.*, p. 197; Frigo (a cura di), *La formazione continua...*, cit.; Bulgarelli, *op. cit.*, 6; D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 314-315; Bozzao, *op. cit.*, pp. 149-150.

(147) Così Frigo, *Conclusioni*, cit., p. 285.

(148) V. Francalanci, *L'autovalutazione delle attività formative*, in Frigo (a cura di), *La formazione continua...*, cit., pp. 205-207.

(149) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 90-91.

(150) V. Vannucci, *La rilevazione dei fabbisogni formativi*, in Frigo (a cura di), *La formazione continua...*, cit., p. 252.

vio dell'esperienza dei fondi paritetici interprofessionali ha comportato una duplice conseguenza: da un lato, una marcata diminuzione del flusso finanziario al Fondo *ex art.* 9, comma 5, legge n. 236/1993 (151); dall'altro lato, il rischio di una duplicazione degli interventi a carico del fondo stesso, visto che anche i fondi paritetici si occupano di formazione continua (152). La nuova programmazione di cui ai d.dir. Ucofpl n. 296/V/2003 e al d.d. Ucofpl n. 243/V/2004 ha cercato di rimediare a questa potenziale sovrapposizione focalizzando l'attività del Fondo su fasce di lavoratori «deboli», difficilmente raggiungibili dalle iniziative dei fondi paritetici (153), e invitando le Regioni a coordinare il proprio operato in modo da realizzare sinergie con le azioni cofinanziate dal Fse e l'attività dei fondi paritetici interprofessionali. Il d.d. Dgpof n. 107/2006 ha ribadito questa linea, pur aprendo ulteriori spazi di autonomia nell'attuazione agli accordi tra le Regioni e le parti sociali.

5. — Segue: *...i fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua* — Il quarto strumento di sostegno finanziario alla formazione continua è costituito dai fondi paritetici interprofessionali (154). Nell'art. 17, comma 1, lett. *d*, della legge n. 196/1997, si prospettava la confluenza delle risorse di cui all'art. 9, comma 5, legge n. 236/1993 (1/3 del contributo 0,30), «in uno o più fondi nazionali, articolati regionalmente e territorialmente aventi configurazione giuridica di tipo privatistico e gestiti con partecipazione delle parti sociali». Il governo non è riuscito a disciplinare in via regolamentare i fondi paritetici interprofessionali, come era previsto dall'art. 17, comma 2, legge n. 196/1997 (155). La normativa è dunque stata posta dall'art. 118 della

(151) Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 32-33 e pp. 86-88.

(152) Cfr. Montanino, Sestito, *op. cit.*, p. 14.

(153) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 86-88.

(154) L'esperienza dei fondi interprofessionali per la formazione continua non è ancora stata oggetto di approfondite ricerche, tanto meno sotto il profilo giuridico. V. comunque Bulgarelli, *op. cit.*, pp. 9-10; Santucci, *op. cit.*, pp. 84 ss.; Leonardi, *op. cit.*, pp. 454-456; P. Tiraboschi, *Contratto di inserimento, Fondi Interprofessionali, disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, pp. 90 ss.; Bozzao, *op. cit.*, pp. 150 ss.

(155) V. *retro* il paragrafo precedente. Il regolamento che non passò il vaglio della Corte dei Conti contemplava tra l'altro la costituzione, in forma di fondazione di diritto privato, di un unico fondo interprofessionale per la formazione continua, con un comitato di indirizzo e sorveglianza di 16 membri (8 designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e 8 dalle associazioni dei datori di lavoro) e un consiglio di amministrazione composto di 9 esperti in materia di formazione

legge 23 dicembre 2000, n. 388, successivamente modificato a più riprese al fine di precisare meglio la disciplina e incrementare le risorse disponibili (156).

Si è previsto fin dall'inizio un meccanismo di finanziamento dei fondi basato sulle contribuzioni dei datori di lavoro a essi aderenti su base volontaria. Tuttavia, poiché l'art. 118, commi 1 e 3, identifica tali contribuzioni nel contributo 0,30 *ex art.* 25, legge n. 845/1978, l'adesione al fondo non implica alcun maggior esborso per i datori di lavoro, che sarebbero comunque tenuti al versamento di tale contributo in favore del Fondo per la formazione professionale *ex art.* 9, comma 5, legge n. 236/1993, anche nel caso in cui decidessero di restare al di fuori del sistema dei fondi interprofessionali (157). Il datore di lavoro versa il contributo all'Inps mediante il modello DM 10/2 sul quale egli indica il codice del fondo prescelto (158), e l'Inps provvede a trasferire le relative somme al fondo mediante acconti bimestrali, dedotti i meri costi amministrativi (art. 118, comma 3). Ai sensi del comma 8 dell'art. 118 l'omissione contributiva, anche parziale, obbliga il datore di lavoro al versamento del contributo omesso e delle relative sanzioni: poiché deve ritenersi che la destinazione formativa del contributo 0,30 non ne muti la natura previdenziale (159), l'Inps provvederà al recupero coattivo dei contributi omessi e delle sanzioni secondo le procedure stabilite dal diritto della previdenza sociale (160). Le adesioni e le disdette dovranno avvenire entro il 31 ottobre di ogni anno e avranno effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo (art. 118, comma 3): per conseguenza l'iscrizione al

professionale. Destinatari delle iniziative sarebbero stati i lavoratori sia autonomi che subordinati, e anche i disoccupati. Il fondo sarebbe stato finanziato tramite una quota del contributo 0,30. Per un commento v. Loffredo, *Il sistema...*, cit., pp. 87-89.

(156) L'art. 118, legge n. 388/2000, è stato successivamente novellato dall'art. 48 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, dall'art. 1, commi 151 e 156, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, dall'art. 13 del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80.

(157) Come è stabilito del resto espressamente dal comma 5 dell'art. 118.

(158) Sulle modalità concrete di adesione e disdetta è intervenuta la Circolare Inps 2 aprile 2003, n. 71, secondo quanto previsto dall'art. 118, comma 3.

(159) Cfr. autorevolmente il par. 5.1 di Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 51, cit., secondo la quale i fondi interprofessionali «gestiscono i contributi dovuti dai datori di lavoro a essi aderenti ai sensi della legislazione in materia di assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione», disciplina che «viene a incidere [...] nella materia della previdenza sociale».

(160) Particolarmente rapide e incisive: cfr. Margiotta, *Ispersioni in materia di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2001, pp. 112 ss.

fondo si rinnova tacitamente di anno in anno qualora non intervenga tempestiva disdetta. Il legislatore ha provveduto a incrementare la dotazione dei fondi sia prevedendo la devoluzione integrale del contributo 0,30 (161) (nella formulazione originaria dell'art. 118 era prevista la destinazione soltanto di 1/3), sia attribuendo ai fondi stessi risorse aggiuntive per favorire il loro decollo (e quindi limitate nel tempo) (162).

Nell'introdurre la disciplina dei fondi paritetici interprofessionali, il legislatore afferma che lo sviluppo della formazione continua è funzionale sia alla «competitività delle imprese» che alla «garanzia di occupabilità dei lavoratori» (art. 118, comma 1, primo cpv.): è chiaro il riferimento non soltanto a categorie ben note alla strategia comunitaria dell'occupazione, ma anche alla consapevolezza ormai maturata dalle parti sociali in merito alla natura di interesse condiviso della formazione continua dei lavoratori (163). Nella regolazione dei fondi il legislatore si ispira parzialmente alla disciplina della previdenza complementare, materia nella quale è pure riconosciuto un comune interesse delle parti sociali: tuttavia, la minore rilevanza del diritto promosso nell'art. 118 consente l'utilizzo di una tecnica normativa più sintetica e di più ampi rinvii alle determinazioni delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro (164).

Quanto alla struttura dei fondi, il legislatore stabilisce quattro requisiti fondamentali. Anzitutto, essi devono essere gestiti congiuntamente dalle parti sociali in modo paritetico (art. 118, comma 1): per conseguenza ogni loro organo dovrà essere composto di un pari numero di rappresentanti delle associazioni datoriali e dei sindacati dei lavoratori (165). In secondo luogo, i fondi devono avere carattere nazionale, anche se, previo accordo tra le parti, si possono articolare regionalmente o ter-

(161) Avvenuta con l'art. 1, comma 151, lett. c, legge n. 311/2004.

(162) Cfr. l'art. 118, commi 10 e 12, legge n. 388/2000. Sulla ripartizione delle somme aggiuntive tra i fondi v. il d.i. 23 aprile 2003 (come modificato dal d.i. 20 maggio 2005), il d.d. n. 148/I/2003, il d.d. n. 351/I/2003, il d.d. n. 13/V/2004, il d.d. n. 133/I/2004, il d.d. 4/VI/2006. Per tali risorse il Ministero del lavoro ha stabilito precise regole di utilizzo e di monitoraggio: v. la Circolare 18 novembre 2003, n. 36, e le linee guida applicative del 15 gennaio 2004 in materia di costi ammissibili e di controlli. Per una meticolosa ricostruzione dei flussi di finanziamento dei fondi interprofessionali, corredata di cifre, v. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 30 ss.

(163) V. *retro* il par. 1.

(164) Critica tuttavia la sinteticità della disciplina che regola i fondi pensione Bessone, *Previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 197-198. La critica vale *a fortiori* per la regolazione dei fondi interprofessionali, veramente essenziale.

(165) Cfr. il punto 2 della Circolare Inps n. 71/2003.

ritorialmente (art. 118, comma 1). In terzo luogo, devono rivestire carattere interprofessionale: precisamente, essi possono essere istituiti «per ciascuno dei settori economici dell'industria, dell'agricoltura, del terziario e dell'artigianato»; tuttavia, l'art. 118, comma 1, aggiunge che è consentita «l'istituzione di fondi anche per settori diversi» (166). Per i dirigenti, a riconoscimento della loro posizione peculiare anche con riferimento alle problematiche della formazione, possono essere costituiti appositi fondi, oppure apposite sezioni all'interno dei fondi interprofessionali nazionali (art. 118, comma 1).

I fondi paritetici interprofessionali non potranno essere costituiti nei settori economici i cui datori di lavoro non sono tenuti al versamento del contributo integrativo dovuto per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria ai sensi dell'art. 12 della legge 3 giugno 1975, n. 160, di cui il contributo 0,30 costituisce aumento *ex art.* 25, legge n. 845/1978 (167): si tratta in particolare dell'area del pubblico impiego (168), nonché delle imprese pubbliche, delle imprese esercenti pubblici servizi e delle imprese private che garantiscono stabilità di impiego (169). D'altro canto, anche nei settori economici in cui vige l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, la legislazione previ-

(166) Esattamente con le medesime modalità previste per l'istituzione dei fondi relativi ai settori nominati: accordo interconfederale stipulato dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 118, comma 1).

(167) Sono i datori di lavoro che non sono tenuti ad assicurare i propri lavoratori contro la disoccupazione involontaria: cfr. gli artt. 38 ss. del regio decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827.

(168) Dove la formazione continua dei dipendenti è disciplinata in modo peculiare rispetto al settore privato. A tacer d'altro, l'art. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce un vero e proprio obbligo di formazione continua a carico delle pubbliche amministrazioni, precisando che esse «curano la formazione e l'aggiornamento del personale, ivi compreso quello con qualifiche dirigenziali». L'art. 7-*bis* proceduralizza questo obbligo prescrivendo altresì alle pubbliche amministrazioni la predisposizione di un piano di formazione del personale con cadenza annuale. In argomento v. Paolucci, *Principi in materia di organizzazione e gestione delle risorse umane*, in F. Carinci, Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, F. Carinci (Commentario diretto da), *Diritto del lavoro*, vol. V, Utet, Torino, 2004, pp. 234-239. I contratti collettivi del pubblico impiego prevedono solitamente che al finanziamento della formazione continua sia destinato l'1% della massa salariale: cfr. Paparella, *op. cit.*, p. 79.

(169) V. l'art. 40, comma 1, n. 2, r.d.l. n. 1827/1935. In materia di tutela contro la disoccupazione la dottrina previdenzialistica ha sottolineato a più riprese l'anacronismo dell'esclusione legata alla stabilità dell'impiego (cfr. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2005, p. 313), che peraltro non coincide con l'ambito

denziale esonera i datori di lavoro dal versamento dei relativi contributi per alcune tipologie di lavoratori: apprendisti (170) e lavoratori con contratto di inserimento che beneficiano degli incentivi economici previsti dalla disciplina sui contratti di formazione e lavoro (171), personale artistico, teatrale e cinematografico (172), giornalisti (173), lavoratori extracomunitari stagionali (174). Inoltre, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, il somministratore non è tenuto al versamento del contributo 0,30 per i lavoratori somministrati (175). Tuttavia, nella disciplina *ex art.* 118, legge n. 388/2000, non esiste alcuna disposizione che impedisca ai fondi interprofessionali

di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti: infatti, la giurisprudenza intende tale stabilità in senso molto più rigoroso, e precisamente come impossibilità di licenziamenti per motivi economici, espressamente sancita nelle norme sullo Statuto giuridico dei lavoratori, o nei contratti collettivi (v. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 326; Persiani, *op. ult. cit.*, p. 313). Si tratta peraltro di un'esclusione che si va progressivamente restringendo: v. ad es. la Circolare Inps 22 luglio 2002, n. 133, che ha preso atto del venir meno del regime di stabilità previsto dai contratti collettivi per i funzionari e dirigenti delle Casse di risparmio, e ha conseguentemente incluso tali lavoratori tra quelli soggetti all'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria. È perfino superfluo notare come l'esclusione dall'obbligo di contribuire al sistema di formazione continua, che consegue a quella dall'obbligo di assicurare i lavoratori contro la disoccupazione, appaia anche più anacronistica e irrazionale (salvo, naturalmente, che per le pubbliche amministrazioni: v. la nota precedente).

(170) Art. 21 della legge 19 gennaio 1955, n. 25.

(171) Art. 59, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. A essi, infatti, si applica tra l'altro l'art. 3, comma 6, della legge 19 dicembre 1984, n. 863, secondo il quale «per i lavoratori assunti con il contratto di formazione e lavoro la quota di contribuzione a carico del datore di lavoro è dovuta in misura fissa corrispondente a quella prevista per gli apprendisti».

(172) V. l'art. 40, comma 1, n. 5, r.d.l. n. 1827/1935.

(173) Che sono assicurati presso l'Inpgi anche per la disoccupazione: v. Cinelli, *Diritto...*, cit., p. 323.

(174) Cfr. Cinelli, *Diritto...*, cit., p. 326.

(175) L'esonero si giustifica in relazione al contributo del 4% sulla retribuzione che i soggetti autorizzati alla somministrazione devono versare in particolare a fini di formazione continua e sostegno al reddito dei lavoratori somministrati. Le risorse vengono convogliate in appositi fondi costituiti dalla contrattazione collettiva nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro, anche nell'ambito di enti bilaterali. La disciplina di questi fondi richiama in più punti quella dei fondi interprofessionali (la cui normativa, a sua volta, si è ispirata a quella dell'art. 5 della legge n. 196/1997, ora abrogato, che regolava l'attività del Fondo per la formazione dei lavoratori temporanei – Forma.Temp, costituito il 7 novembre 2000): cfr. l'art. 12, d.lgs. n. 276/2003. V., per ulteriori approfondimenti, Filì, *Sub art. 12. I fondi bilaterali per i lavoratori somministrati*, in Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del*

di finanziare piani formativi che coinvolgano anche lavoratori per i quali non è dovuto il contributo 0,30 (176). Nonostante una circolare Inps suggerisca il contrario (177), i datori di lavoro del settore agricolo sono tenuti al versamento del contributo integrativo, e conseguentemente del contributo 0,30, anche per gli operai agricoli (178).

Il quarto requisito riguarda la forma giuridica dei fondi paritetici interprofessionali: essi devono essere costituiti alternativamente come associazione non riconosciuta *ex art. 36 cod. civ.*, oppure come soggetto dotato di personalità giuridica *ex d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361*, concessa con decreto del Ministro del lavoro (art. 118, comma 6). Per conseguenza, i fondi potranno assumere la veste dell'associazione non riconosciuta, dell'associazione o di altra istituzione di carattere privato dotata di personalità giuridica, e della fondazione (179). La disposizione riprende quella analoga sulla forma giuridica dei fondi di previdenza complementare ed è adeguata a garantire l'assenza di scopo di lucro sogget-

lavoro, F. Carinci (coordinato da), *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 257 ss.; La Macchia, *Sub art. 12*, in Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, pp. 198 ss.; Pedrazzoli, *Sub art. 12. Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in Pedrazzoli (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 157 ss.; Bozzao, *op. cit.*, pp. 142 ss. Per una valutazione dell'attività del Fondo per la formazione dei lavoratori temporanei v. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 67-69.

(176) Anzi, l'art. 55, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, conferma espressamente che i fondi possono finanziare piani formativi che coinvolgano anche lavoratori per i quali il contributo 0,30 non è dovuto. E, infatti, l'articolo appena menzionato prevede la possibilità che i fondi interprofessionali intervengano per finanziare la formazione necessaria per realizzare il progetto dei lavoratori con contratto di inserimento. E per alcuni di questi lavoratori il contributo 0,30 non è dovuto (v. *retro* la nota 171).

(177) V. la Circolare Inps 24 maggio 2005, n. 67, nota 1.

(178) L'art. 40, comma 1, n. 1, r.d.l. n. 1827/1935, escludeva il lavoro agricolo dall'obbligo di assicurazione contro la disoccupazione. Successivamente l'art. 32, comma 1, lett. a, legge n. 264/1949, ha esteso l'obbligo di assicurazione contro la disoccupazione ai «salariati fissi e assimilati, obbligati e braccianti fissi, giornalieri di campagna, piccoli coloni e compartecipanti familiari e individuali»: quindi agli operai agricoli, a tempo pieno e a tempo determinato [in questo senso cfr. Luciani, *I soggetti protetti*, in Bussi, Persiani (diretto da), *Trattato di previdenza sociale*, vol. III, *La tutela contro la disoccupazione – La tubercolosi – Gli assegni familiari*, Cedam, Padova, 1977, pp. 7-8]. Depone nel senso dell'obbligo di versamento del contributo 0,30 anche per questi lavoratori la lettura combinata dell'art. 25, commi 3-4, legge n. 845/1978, e dell'art. 12, commi 8-9, legge n. 160/1975.

(179) Cfr. l'art. 1, comma 1, del d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361.

tivo e la funzione mutualistica, la destinazione del patrimonio al fine determinato dal legislatore e la sua intangibilità da parte dei singoli associati/fondatori (180). Tuttavia, nella disciplina dei fondi di previdenza complementare vi sono indicazioni normative chiare nel senso che le associazioni datoriali e le organizzazioni sindacali che hanno provveduto a istituire i fondi non possono comparire tra i soci dell'associazione, né negli organi di amministrazione e controllo di associazioni e fondazioni (181): saranno i rappresentanti eletti dai lavoratori e dai datori di lavoro a trovarvi posto (art. 5 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e art. 5 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252). Gli ostacoli di carattere letterale e sistematico presenti nella disciplina della previdenza complementare non sussistono nel caso dei fondi paritetici interprofessionali: al contrario, per essi il legislatore ha proprio immaginato una persona giuridica costituita e partecipata dalle associazioni datoriali e dai sindacati, anche sulla scorta dell'esperienza degli enti bilaterali (182), che in materia di formazione hanno vissuto una grande fioritura negli anni novanta (183).

(180) Cfr. Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 311 ss. Bessone, *op. cit.*, pp. 188-189, segnala correttamente che l'esile trama normativa codicistica delle associazioni non riconosciute appare davvero poco adeguata a regolare organismi complessi come i fondi pensione e (si aggiunge qui) i fondi interprofessionali per la formazione continua: si pensi all'art. 38 cod. civ., secondo il quale «per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione [...] rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione».

(181) V. Tursi, *op. cit.*, pp. 350, 356, 362, e 381-382, che segnala una parziale eccezione con riferimento alle fondazioni di previdenza complementare, nei cui organi collegiali «sembra ipotizzabile la partecipazione minoritaria dei soggetti fondatori» (p. 382), e quindi di rappresentanti delle associazioni dei datori di lavoro e delle organizzazioni sindacali che hanno provveduto alla costituzione del fondo previdenziale in forma di fondazione.

(182) Proprio l'esperienza degli enti bilaterali avrebbe forse dovuto suggerire al legislatore l'adozione di forme giuridiche più appropriate per la regolazione del fenomeno dei fondi. Correttamente Napoli, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 2005, p. 312, rileva che la configurazione come associazione mal si attaglia a organismi a composizione paritetica come gli enti bilaterali o (si aggiunge qui) i fondi, «poiché la base associativa è formata solamente dai due soggetti collettivi, le organizzazioni sindacali e quelle imprenditoriali, e non dai rispettivi associati».

(183) V. anche *retro* il par. 1. Napoli, *Gli enti bilaterali nella prospettiva di riforma del mercato del lavoro*, in *Jus*, 2003, p. 241, si esprime in termini di «modello spinto di utilizzo dell'ente bilaterale» nell'ambito delle disposizioni di cui all'art. 118, legge n. 388/2000; analogamente B. Caruso, *op. cit.*, p. 58 del dattiloscritto. Il paradigma de-

Secondo gli artt. 118, commi 1 e 6, i fondi possono essere istituiti soltanto «sulla base di accordi interconfederali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale» (184). Per la costituzione di fondi chiusi di previdenza complementare sono sufficienti «contratti e accordi collettivi, anche aziendali» (art. 3, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 124/1993, e art. 3, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 252/2005). Il requisito più stringente della maggiore rappresentatività dei soggetti stipulanti (185), stabilito per i fondi

gli enti bilaterali ha sicuramente ispirato il legislatore dell'art. 118. E tuttavia i fondi interprofessionali non assorbono, se non parzialmente, le funzioni degli enti bilaterali in materia di formazione. Anzi, gli enti bilaterali hanno ricevuto un ulteriore impulso alla diffusione proprio dalla prospettiva dell'interazione con i fondi interprofessionali: v. *infra* questo stesso paragrafo. Proia, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 656, sottolinea che i fondi *ex art. 12*, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 (e, si aggiunge qui, anche i fondi interprofessionali per la formazione continua), costituiscono «entità distinta» dagli enti bilaterali, per i quali soltanto il legislatore prevede la regola della libertà di forma giuridica e organizzativa. Analogamente Leonardi, *op. cit.*, p. 455; Pasquini, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 663-664.

(184) Secondo l'art. 118, comma 1, i fondi relativi ai dirigenti devono essere costituiti mediante accordi stipulati «dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei dirigenti comparativamente più rappresentative». La variante semantica «comparativamente», in quanto inserita in una disposizione normativa che contempla la stipulazione di contratti collettivi, può sviluppare appieno la propria funzione selettiva: cfr. l'analogia con i prototipi normativi della rappresentatività comparata di cui all'art. 2, comma 25, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, in materia di minimale contributivo *ex art. 1*, legge n. 389/1989, e all'art. 5, comma 1, della legge 28 novembre 1996, n. 608, in materia di contratti di riallineamento retributivo. Per conseguenza, in ciascuno dei settori economici di cui all'art. 118, comma 1, deve ritenersi possibile la costituzione di un solo fondo interprofessionale riservato ai dirigenti. Non è peraltro chiaro per quale motivo il legislatore abbia adottato soltanto per i dirigenti il criterio più selettivo della rappresentatività comparata. In generale sulla nozione di rappresentatività comparata e sulle ragioni della sua adozione da parte del legislatore v. Silvagna, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 2, pp. 211 ss.

(185) L'elaborazione giurisprudenziale in materia di criteri di accertamento della maggiore rappresentatività di un'associazione sindacale è ormai assodata (F. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro. 1 - Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2006, pp. 78-79): dato associativo, diffusione sul territorio nazionale, capacità di autotutela con riferimento a diversi livelli e attori, capacità di influire sulle vicende economico-politiche del paese, intercategorialità. Quest'ultima, in passato non sempre adeguatamente valorizzata dalla giurisprudenza, è cruciale nell'ambito della maggiore rappresentatività di cui all'art. 118 per via della natura interprofessionale dei fondi. Tuttavia, si deve ritenere che la maggiore rappresentatività (e conseguentemente anche

interprofessionali, si giustifica, da un lato, con la necessità di compensare un apparato normativo meno dettagliato: il legislatore sceglie di promuovere il diritto dei lavoratori alla formazione continua conferendo ampia autonomia a interlocutori collettivi particolarmente affidabili piuttosto che disciplinando dettagliatamente le modalità del sostegno finanziario. Dall'altro lato, è la natura sostanzialmente pubblica delle risorse a spingere il legislatore a selezionare attentamente gli operatori che devono promuovere l'effettività del diritto alla formazione continua secondo il principio della sussidiarietà orizzontale. Proprio in quest'ottica la tecnica del ricorso al criterio selettivo della maggiore rappresentatività sembra decisamente indenne da qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 39, comma 1, Cost. (186).

La formula della maggiore rappresentatività consente astrattamente l'istituzione di più fondi interprofessionali per ciascun settore economico menzionato nell'art. 118, comma 1. Inoltre, la lettera dei commi 1 e 3 dell'art. 118 permette al datore di lavoro non soltanto di revocare la propria adesione al fondo scelto inizialmente e di ritornare a versare il contributo 0,30 al Fondo per la formazione professionale *ex art.* 9, comma 5, legge n. 236/1993, ma anche di trasferire la propria contribuzione a un altro fondo, eventualmente anche operante in un settore economico diverso da quello di appartenenza (187). Il legislatore ha dunque voluto garantire la sussistenza di un certo grado di concorrenza tra i fondi, anche in misura maggiore rispetto a quella possibile tra fondi chiusi, fondi aperti e forme pensionistiche individuali secondo la disciplina della previdenza complementare (188).

il requisito dell'uniforme esercizio dell'attività sindacale nelle diverse categorie produttive) debba essere verificata al livello del settore economico nell'ambito del quale il fondo viene a costituirsi: industria, terziario, artigianato, agricoltura. Sulla nozione di maggiore rappresentatività v., per tutti, Napoli, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in Aa.Vv., *La rappresentatività del sindacato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 5, 1989, pp. 7 ss.; P. Greco, *La rappresentatività sindacale*, Giappichelli, Torino, 1996; Scarponi, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova, 2005.

(186) V. le note sentenze Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Foro it.*, 1974, I, 963 ss.; Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 334, in *Mass. giur. lav.*, 1988, pp. 189 ss.; Corte Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pp. 3 ss.

(187) V. in questo senso il punto 6 della Circolare Inps n. 71/2003.

(188) Nell'ambito della previdenza complementare la concorrenza tra le forme pensionistiche subisce una serie di limitazioni derivanti dall'eterogeneità dei soggetti attuatori (organismi *profit* e non) e dalla necessità di garantire al meglio la finalità previdenziale delle somme accantonate: v. Tursi, *op. cit.*, pp. 391 ss.

I compiti dei fondi sono illustrati nella seconda parte dell'art. 118, comma 1. La funzione principale è il finanziamento, totale o parziale, dei «piani formativi aziendali, territoriali, settoriali o individuali concordati tra le parti sociali, nonché» di «eventuali ulteriori iniziative propedeutiche e comunque direttamente connesse a detti piani concordate tra le parti». In considerazione delle competenze regionali in materia di formazione continua, si prevede che «i piani aziendali, territoriali o settoriali» siano «stabiliti sentite le Regioni e le Province autonome territorialmente interessate», mentre «i progetti relativi ai piani individuali e alle iniziative propedeutiche e connesse ai medesimi sono trasmessi alle Regioni e alle Province autonome, affinché ne possano tener conto nell'ambito delle rispettive programmazioni». I fondi godono dunque di una notevole libertà nel determinare le proprie prestazioni: essi possono decidere liberamente le spese ammissibili e la quota di finanziamento, che può addirittura arrivare alla totalità del costo dell'iniziativa; possono impegnare risorse per informazione e pubblicità, assistenza tecnica ai soggetti responsabili dei progetti formativi, analisi della domanda e dei fabbisogni formativi (189); possono stabilire i criteri di selezione dei progetti e quindi attuare entro certi limiti proprie politiche formative. A questo proposito, tuttavia, una notevole restrizione è stata introdotta con la novella operata dall'art. 1, comma 151, lett. b, legge n. 311/2004, secondo la quale «nel finanziare i piani formativi [...] i fondi si attengono al criterio della redistribuzione delle risorse versate dalle aziende aderenti a ciascuno di essi»: la novella indebolisce il carattere mutualistico dei fondi, ne depotenzia le capacità progettuali e di conduzione di politiche formative autonome, e tende a ridurre il loro ruolo a quello di «banche» (190) depositarie di conti vincolati a scopi

Criticamente su questi limiti alla disponibilità del risparmio destinato a fini previdenziali Bessone, *op. cit.*, pp. 248 ss.

(189) V. il punto 1 della Circolare del Ministero del lavoro n. 36/2003, cit.

(190) In riferimento all'immagine del «conto aziendale» per la formazione acceso idealmente presso il fondo, utilizzata nelle strategie di comunicazione e promozionali di alcuni fondi, si è espresso criticamente Nobili, *Lo sviluppo degli elementi di concorrenzialità tra i fondi paritetici interprofessionali*, in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 127: si pongono, infatti, «alcuni interrogativi rispetto al venir meno del carattere mutualistico dei Fondi Paritetici [...], in una certa misura indispensabile per il soddisfacimento della domanda delle piccole e piccolissime imprese, il cui contributo annuo non permetterebbe certamente di costituire un "conto aziendale" di dimensioni tali da essere concretamente spendibile in attività formative». Se si aggiunge che le piccole e piccolissime imprese sono anche le meno propense a investire in formazione senza adeguati incentivi, si deve concludere che la novella appare davvero infelice.

di formazione (191). Il Ministero del lavoro svolge i compiti di autorizzazione all'inizio di attività dei fondi, nonché di vigilanza sulla loro gestione (art. 118, comma 2). L'autorizzazione è rilasciata con decreto ministeriale dopo aver verificato che organi, strutture, criteri di funzionamento e professionalità dei gestori del fondo siano conformi alle finalità stabilite nel comma 1 dell'art. 118 (192). In caso di irregolarità o inadempimenti il Ministero può disporre la sospensione dell'attività o il commissariamento del fondo. L'art. 118, comma 2, prevede la costituzione di un organo ausiliario del Ministero con compiti di indirizzo del sistema dei fondi tramite la predisposizione di linee-guida: l'Osservatorio per la formazione continua (193).

L'Osservatorio si avvale dell'assistenza tecnica dell'Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori (Isfol). L'Osservatorio non è una vera e propria autorità amministrativa indipendente e i suoi compiti di indirizzo non hanno niente a che vedere con quelli attribuiti alla Commissione di vigilanza sui Fondi pensione (Covip) dall'art. 17, d.lgs. n. 124/1993, e dall'art. 19 del d.lgs. n. 252/2005. La Covip può orientare l'attività dei fondi pensione con ben maggiore efficacia, assumendo in sé anche i compiti di approvazione di statuti e regolamenti dei Fondi pensione, istruttoria e rilascio delle autorizzazioni (194), nonché vigilanza; per quanto riguarda i fondi interprofessionali, invece, la funzione di indirizzo rimane sostanzialmente in capo al Ministero.

(191) È solo il caso di accennare come ben diversa sia l'idea di formazione professionale che traspare dalla legge n. 845/1978. Si tratta di un concetto «alto», secondo il quale la «formazione professionale è uno strumento di politica economico-sociale», e per conseguenza «non deve adattarsi alla dinamica occupazionale e produttiva, ma deve essa stessa favorire l'occupazione e la produzione. La legge reputa che un'oculata gestione dei processi formativi possa, anche se non da sola, suscitare una domanda di lavoro aggiuntiva e una diversificazione produttiva»: così Napoli, *La legge-quadro...*, cit., p. 205; lo stesso Autore in *La formazione professionale come strumento di politica del lavoro*, in *Politiche del lavoro...*, cit., p. 295.

(192) In particolare il fondo dovrà dotarsi di un adeguato sistema per il controllo interno di gestione, nonché di un efficiente meccanismo di vigilanza sull'esecuzione dei piani formativi finanziati: cfr. il punto 1 della Circolare ministeriale n. 36/2003, cit.

(193) Istituito con d.m. 9 dicembre 2003, n. 383. L'Osservatorio è composto da due rappresentanti del Ministero, dal Consigliere di parità presso la Commissione centrale per l'impiego, da quattro rappresentanti delle Regioni designati dalla Conferenza permanente Stato-Regioni, da un rappresentante di ciascuna delle confederazioni delle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 118, comma 2).

(194) Cfr. l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 124/1993, e l'art. 4, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 252/2005.

I fondi interprofessionali sono entrati a regime soltanto dalla fine del 2004 (195), ma il loro avvio è stato promettente. A oggi sono stati istituiti 12 fondi: Fon.Coop (settore della cooperazione), Fon.Ter (settore terziario), Fond.E.R. (settore degli enti di ispirazione religiosa), Fondimpresa (settore dell'industria – imprese associate a Confindustria), Fondir (dirigenti del terziario), Fondirigenti (dirigenti dell'industria), Fondo Artigianato Formazione (settore artigiano), Fondo Dirigenti Pmi (dirigenti della piccola e media impresa industriale), Fondo Formazione Pmi (settore delle piccole e medie imprese industriali), Fondoprofessioni (settore degli studi professionali), For.Te (settore terziario), Fon.Ar.Com. (settore del terziario, dell'artigianato e delle piccole e medie imprese). Soltanto uno dei fondi è stato costituito come fondazione (Fondirigenti) (196); tre (Fond.E.R., Fondo Formazione Pmi e Fon.Ar.Com.) hanno optato per la forma dell'associazione non riconosciuta, mentre tutti gli altri hanno assunto le vesti dell'associazione dotata di personalità giuridica.

Tutti i fondi strutturati come associazione prevedono come organi paritetici l'assemblea e il consiglio di amministrazione (197); il collegio sindacale (o dei revisori contabili) è invece tripartito, con la partecipazione di almeno un membro di nomina ministeriale; il presidente dell'associazione è solitamente espressione della parte datoriale, mentre il vicepresidente di quella sindacale (198). Sono presenti molto spesso anche comitati di indirizzo paritetici (199): si tratta di organismi di carattere tecnico che hanno il compito di elaborare le linee strategiche delle attività formative da sottoporre all'attenzione degli altri organi dell'associazione. In molti casi i comitati rappresentano le diverse categorie produttive e assumono la denominazione di

(195) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 40.

(196) La costituzione di Fondirigenti è infatti avvenuta mediante la trasformazione di una fondazione preesistente: si tratta della Fondazione «Giuseppe Talierno» per la formazione alla dirigenza nelle imprese industriali. Cfr. l'art. 1 dello Statuto di Fondirigenti.

(197) In Fondirigenti l'assemblea è sostituita dal Comitato promotore, anch'esso paritetico: cfr. l'art. 7 dello Statuto di Fondirigenti.

(198) V. l'art. 9, comma 4, dello Statuto di Fondimpresa; l'art. 10, comma 1, dello Statuto di Fondoprofessioni; l'art. 9 dello Statuto di For.Te; l'art. 9, comma 1, dello Statuto di Fondir; l'art. 8, comma 2, dello Statuto di Fondo Artigianato Formazione; l'art. 9 dello Statuto di Fon.Coop; l'art. 8 dello Statuto di Fondo Formazione Pmi; l'art. 10, comma 1, di Fond.E.R.

(199) Cfr. l'art. 13 dello Statuto di Fondimpresa; l'art. 4 del regolamento di Fon.Ter; l'art. 2, comma 2, dello Statuto di Fondoprofessioni; l'art. 2 dello Statuto di For.Te; l'art. 2 dello Statuto di Fondir; l'art. 1 del regolamento di Fond.E.R.

«comitati d'area o di comparto» (200). L'articolazione regionale, presente per tutti i fondi, è più pronunciata nel settore artigiano (201) e in quello delle piccole e medie imprese (202). Soltanto in rari casi è stata prevista la creazione di un'apposita sezione per i dirigenti all'interno di un fondo di settore (203): questa categoria di lavoratori ha preferito creare propri fondi.

In tutti i fondi costituiti in forma di associazione le organizzazioni sindacali dei datori e dei lavoratori che hanno provveduto alla costituzione hanno assunto la qualifica di associati a pieno titolo. Negli statuti le imprese che si iscrivono al fondo versando il contributo 0,30 vengono denominate aderenti o associati beneficiari, e dispongono di diritti limitati all'accesso alle procedure di finanziamento. Nessun fondo è stato costituito per i lavoratori del settore agricolo: ciò dipende sicuramente dall'orientamento dell'Inps secondo il quale i datori di lavoro non sono tenuti al versamento del contributo 0,30 per gli operai agricoli (204). Per ognuno degli altri settori menzionati nell'art. 118, comma 1 (industria, artigianato, terziario), sono stati istituiti almeno due fondi (artigianato, industria), per uno di essi addirittura tre (terziario) soprattutto in conseguenza delle peculiarità della rappresentanza datoriale (205). Queste ultime peculiarità spiegano anche la creazione di fondi in altri settori (cooperazione, enti religiosi, professioni).

(200) Nel qual caso si prevede anche che le risorse finanziarie vengano contabilizzate con evidenza separata per ogni categoria e spese prevalentemente per le imprese della categoria da cui provengono (salvo una quota destinata al funzionamento del fondo e al finanziamento di azioni di tipo trasversale): cfr. l'art. 2, comma 2, dello Statuto di Fondoprofessioni; l'art. 2 dello Statuto di For.Te; l'art. 2 dello Statuto di Fondir; l'art. 1 del regolamento di Fond.E.R.

(201) Il decentramento territoriale è ormai il tratto caratteristico dell'intero impianto di relazioni contrattuali nel settore artigiano: cfr. da ultimo l'«Intesa applicativa dell'Accordo interconfederale dell'artigianato del 17 marzo 2004», stipulata lo scorso 14 febbraio 2006 tra Confartigianato, Cna, Casartigiani e Claii, da un lato, e Cgil, Cisl e Uil, dall'altro.

(202) Cfr. gli artt. 4-5 del regolamento di Fondo Artigianato Formazione: in particolare si prevede che il 90% delle risorse raccolte in ciascuna Regione vada a finanziare i progetti delle imprese della medesima Regione. Disposizioni analoghe sono contenute nell'art. 6 dello Statuto e nell'art. 4 del regolamento di Fondo Formazione Pmi. Cfr. anche l'art. 3 del regolamento del Fondo Dirigenti Pmi, nel quale le articolazioni regionali hanno funzione di promozione, raccolta e valutazione dei progetti formativi.

(203) V. ad es. l'art. 2 dello Statuto di Fon.Ter; l'art. 3 dello Statuto di Fon.Coop.

(204) V. *retro* questo stesso paragrafo.

(205) Nell'industria, infatti, la piccola e media impresa tende ad aderire a Confapi (Fondo Formazione Pmi), mentre la grande industria è normalmente associata a

Cgil, Cisl e Uil hanno partecipato alla stipulazione di tutti gli accordi interconfederali, a parte quelli costitutivi di Fon.Ar.Com. e dei fondi riservati ai dirigenti. Per conseguenza, appare piuttosto improbabile che si possa sviluppare una concorrenza infrasettoriale tra fondi diversi. Per la verità, con il decreto di autorizzazione (206) di Fon.Ar.Com. il Ministero del lavoro ha optato per un'interpretazione estensiva della nozione di maggiore rappresentatività, del resto in linea con la giurisprudenza della fine del secolo scorso (207). Ciò nonostante, non sono molte le residue confederazioni sindacali di cui si potrebbe affermare la maggiore rappresentatività a livello nazionale (208). Altrettanto improbabile, anche se auspicato da qualcuno (209), è lo sviluppo di meccanismi concorrenziali fra fondi di settori diversi. Infatti, da un lato, i fondi tendono a sviluppare un'offerta modellata sulle peculiarità del proprio settore (210), cosicché le imprese di settori diversi difficilmente troveranno conveniente trasferire l'adesione; dall'altro lato, i contratti collettivi di categoria stanno già cominciando a menzionare i fondi di riferimento nei propri articolati, finendo così per fidelizzare almeno indirettamente anche le imprese che li applicano (211).

Confindustria (Fondimpresa). Nel terziario For.Te è il fondo di riferimento di Confcommercio, Abi, Ania e Confetra; Fon.Ter è quello di Confesercenti. Con riferimento ai settori dell'artigianato e del terziario Fon.Ar.Com. è il fondo alla cui costituzione ha partecipato la Cifa.

(206) D.m. 6 marzo 2006, n. 40.

(207) Con il decreto appena menzionato il Ministero ha riconosciuto la maggiore rappresentatività dell'associazione datoriale Cifa e della confederazione di sindacati autonomi Confsal: in particolare quest'ultima gode di un consistente radicamento soltanto nel pubblico impiego. Già alla fine degli anni ottanta una parte della dottrina si era espressa con toni critici riguardo alle sempre più frequenti decisioni giurisprudenziali che annacquavano la portata selettiva del criterio della maggiore rappresentatività, specialmente quanto al requisito della intercategorialità: v. Napoli, *I sindacati maggiormente rappresentativi...*, cit., pp. 7 ss.

(208) Sicuramente Cisl e Ugl: v. F. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *op. cit.*, p. 79.

(209) Cfr., ad es., Nobili, *op. cit.*, pp. 126 ss.; Croce, Montanino, *Selezione dei lavoratori nei processi formativi e ruolo delle politiche pubbliche*, in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 118.

(210) Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 53 ss.

(211) Cfr. il punto 4 della parte IV del capitolo I del Ccnl 12 febbraio 2002 per l'industria chimica; l'art. 66 del Ccnl 28 maggio 2004 per l'industria tessile; l'art. 4 del Ccnl 7 maggio 2003 per l'industria metalmeccanica privata. V. Pellegrini, Vaccaro, *La contrattazione della formazione continua*, in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 158.

Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ha immaginato un ruolo cruciale per gli enti bilaterali anche in materia di formazione continua: da un lato, ha sancito il loro ruolo nella «programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda»; dall'altro, ha evocato «la gestione mutualistica di fondi per la formazione» (art. 2, comma 1, lett. *b*) (212). Tuttavia, con riferimento ai fondi interprofessionali per la formazione continua di cui all'art. 118, legge n. 388/2000 (213), la maggior parte degli enti bilaterali si limiterà a collaborare con i fondi per l'identificazione di azioni formative prioritarie (214), potrà fornire assistenza alle

(212) Non è sfuggito alla dottrina il metodo curioso adottato dal d.lgs. n. 276 nella definizione degli enti bilaterali (cfr. Napoli, *Riflessioni sul ruolo...*, cit., p. 314). Le funzioni loro attribuite non sono soltanto quelle che trovano riscontro nelle disposizioni del decreto legislativo, ma anche quelle previste da altri testi normativi (ad es. l'art. 20 del d.lgs. n. 626/1994), dai contratti collettivi, o addirittura solo prefigurate. La norma acquisisce così una spiccata valenza programmatico/promozionale, per la verità poco consona a un testo normativo di rango ordinario (Napoli, *op. ult. cit.*, p. 314, si esprime in termini di «ruolo [...] penetrante di produzione di un effetto annuncio, come in generale avviene per le norme programmatiche»). Sugli enti bilaterali prima del d.lgs. n. 276 v. il classico studio di Bellardi, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva. Il settore edile (1945-1988)*, Giuffrè, Milano, 1989. Sugli enti bilaterali dopo il d.lgs. n. 276 v. per tutti Napoli, *op. ult. cit.*, pp. 309 ss.; Proia, *op. cit.*, pp. 647 ss.; Leonardi, *op. cit.*, pp. 443 ss.; il numero monografico di *Lavoro e diritto* a essi dedicato (*Lav. dir.*, 2, 2003, con saggi di Mariucci, Martinengo, Zilio Grandi, F. Carinci, Del Punta, Scarponi, Torelli, U. Romagnoli); Greco, Ioele, Stecca, *Le casse edili. Origini. Attività. Organizzazione*, Cues, Napoli, 2004. Sulle funzioni degli enti bilaterali in materia di formazione, in particolare continua, Santucci, *op. cit.*, pp. 83-84; con particolare riferimento all'esperienza campana, Cugini, *Dalla concertazione alla bilateralità: i Fondi Interprofessionali per la formazione continua*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, pp. 15 ss. Sugli enti bilaterali come risorsa cruciale per il sistema economico italiano dei distretti industriali v. P. Perulli, Sabel, *Gli enti bilaterali dopo l'inizio: tre approcci a una interpretazione operativa*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 2, pp. 27 ss. Sulla natura giuridica degli enti bilaterali v. la fondamentale sentenza della Cassazione 6 marzo 1986, n. 1502, *Mass.*, nonché, con particolare riferimento alle Casse edili, la bella ricostruzione di Disiano Preite, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 376-377.

(213) L'art. 12, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 prevede invece espressamente la possibilità che i fondi bilaterali per la formazione e l'integrazione del reddito dei lavoratori somministrati siano costituiti anche negli enti bilaterali.

(214) Cfr. ad es. l'AI 6 giugno 2001, istitutivo di Fon.Coop, che prevede il parere degli enti bilaterali regionali e nazionali sui programmi annuali decisi dal consiglio di amministrazione. Un gruppo di valutazione presso gli enti bilaterali regionali è anche incaricato di vagliare i progetti formativi da inviare al consiglio di amministrazione per l'ammissione al finanziamento: cfr. l'art. 4, comma 9, del regolamento di Fon.Coop. V. Paparella, *op. cit.*, p. 77; Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, p. 157.

imprese per la preparazione dei piani formativi e per la loro presentazione ai fondi per il finanziamento (215), ed eventualmente costituire anche la sede per l'acquisizione dell'accordo sindacale sui piani formativi elaborati dalle aziende (216). Per la maggior parte degli enti bilaterali una sinergia più intensa è impedita (217), tra l'altro, dalla circostanza che i fondi sono necessariamente intercategoriale, mentre gli enti bilaterali sono per lo più costituiti a livello di singola categoria. L'eccezione più significativa è rappresentata da Fondimpresa, che utilizza come proprie articolazioni territoriali gli organismi bilaterali regionali (218) istituiti a seguito dell'AI 20 gennaio 1993 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil (219): questa particolarità si spiega con il fatto che questi organismi bilaterali sono stati attivati a livello di intero settore industriale, quindi coincidente con l'ambito di azione di Fondimpresa (220).

L'assenza di costi aggiuntivi per il datore, il regime previdenziale dei contributi e il rinnovo tacito sono tutte circostanze che favoriscono l'adesione di massa ai fondi. Ciò si è puntualmente verificato: infatti, al 30 maggio 2005, le imprese che hanno aderito ai fondi occupavano già cir-

(215) Cfr. il punto 4 della parte IV del capitolo I del Ccnl 12 febbraio 2002 per l'industria chimica, che istituisce l'organismo bilaterale nazionale per la formazione chimica; l'art. 24 del Ccnl 28 maggio 2004 per l'industria tessile, che istituisce l'organismo bilaterale nazionale di categoria per la formazione; gli artt. 5-*bis*, 6 e 16 del Ccnl 2 luglio 2004 per il terziario (Confcommercio); la sezione formazione del Ccnl 14 luglio 2003 per l'industria alimentare, che istituisce l'organismo bilaterale nazionale per la formazione nell'industria alimentare; l'art. 4 del Ccnl 7 maggio 2003 per l'industria metalmeccanica privata, che consolida l'esperienza delle commissioni nazionali e territoriali per la formazione professionale e prefigura l'istituzione di un ente bilaterale nazionale; l'art. 13 del Ccnl 11 luglio 1999 per i quadri direttivi del credito, che prefigura l'istituzione di commissioni paritetiche aziendali sulla formazione che interagiscono con l'ente nazionale bilaterale del credito (Enbicredito). V. Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, pp. 157-158.

(216) Ad esempio nel caso in cui nell'impresa non siano presenti rappresentanze sindacali: cfr. l'Accordo fra Assolombarda e Cgil, Cisl e Uil del 15 ottobre 2004 in materia di Commissioni tecniche paritetiche per la formazione continua.

(217) Di opinione parzialmente diversa Leonardi, *op. cit.*, p. 456.

(218) A essi è attribuito il compito di «promuovere, selezionare e monitorare i piani formativi aziendali, territoriali e settoriali concordati tra le parti, presentati all'Associazione per il relativo finanziamento»: cfr. il punto 5 dell'AI istitutivo di Fondimpresa 18 gennaio 2002. Cfr. anche l'art. 4 del regolamento di Fondimpresa.

(219) Cfr. *retro* il par. 1.

(220) L'AI 6 giugno 2001 istitutivo del Fondo Artigianato Formazione prevede un coinvolgimento meno intenso degli enti bilaterali regionali, delle cui strutture logistiche e attività le articolazioni regionali del fondo potranno semplicemente avvalersi.

ca la metà dei dipendenti di quelle complessivamente associate alle organizzazioni datoriali promotrici (221). Si calcola che nel 2005 sia confluito nei fondi oltre il 40% del gettito del contributo 0,30 (222): a regime i fondi dovrebbero gestire annualmente risorse per circa 300 milioni di euro (223).

Per quanto riguarda il regime dei finanziamenti, l'analisi dei documenti istitutivi dei fondi mostra che in taluni di essi il carattere mutualistico è più spiccato che in altri. In alcuni si prevede che nessuna impresa beneficiaria possa ottenere più di una percentuale (di solito il 70%) della contribuzione accumulata presso il fondo in un anno (o in un periodo di più anni); allo stesso tempo viene altresì stabilito che le somme residue o inutilizzate siano impiegate secondo criteri solidaristici o per iniziative formative cd. trasversali o di sistema (224). Altri fondi invece non pongono vincoli di questo tipo, e sembrano orientati a utilizzare le risorse secondo criteri più solidaristici e in un'ottica di più attiva politica industriale. Si tratta, non a caso, dei fondi che raccolgono le realtà produttive di minori dimensioni (225): per queste ultime un fondo che si limita a gestire un «conto formazione» presenta sicuramente un interesse minore. Rimane dubbio, tuttavia, quanto questo secondo modello sia compatibile con le modifiche apportate al regime delle prestazioni dei fondi dall'art. 1, comma 151, lett. *b*, legge n. 311/2004 (226).

Nella fase di avvio i fondi hanno proceduto alla raccolta dei piani formativi concordati tra le parti sociali con procedura analoga a quel-

(221) V. i dati riportati in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 47. Si deve tra l'altro considerare che le adesioni hanno cominciato a pervenire soltanto nel corso del 2003.

(222) Cfr. la tabella in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 35.

(223) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 35.

(224) V. l'art. 10 dell'AI 18 gennaio 2002 istitutivo di Fondimpresa; l'art. 5 del regolamento di Fon.Ter; l'art. 8 dell'AI 23 maggio 2002 istitutivo di Fondirigenti; l'art. 5, comma 7, del regolamento di For.Te; l'art. 5, comma 7, del regolamento di Fondir; l'art. 8 dell'AI 10 giugno 2003 istitutivo di Fondo Dirigenti Pmi. Nell'ambito di questo tipo di azioni, chiaramente, una singola impresa potrà eventualmente ricevere anche più del 70% di quanto accumulato.

(225) V. l'art. 5 del regolamento di Fondoprofessioni; l'art. 5 del regolamento di Fondo Artigianato Formazione; l'AI 6 giugno 2001 istitutivo di Fon.Coop, che prevede il limite del 70% della contribuzione soltanto per le cooperative con un numero di soci lavoratori e/o dipendenti superiore a 50; l'art. 5 del regolamento di Fondo Formazione Pmi; l'art. 5 del regolamento istitutivo di Fond.E.R.

(226) V. *retro* questo stesso paragrafo.

la utilizzata dalle Regioni per l'impegno delle risorse nazionali o del Fse, e precisamente mediante l'emanazione di appositi bandi o avvisi (227). Nella seconda metà del 2004 tutti i fondi (tranne i più recenti: Fond.E.R., Fondoprofessioni e Fon.Ar.Com.) hanno provveduto all'emanazione dei primi avvisi (228). Essi rivelano talune caratteristiche comuni e altre invece diversificate che dimostrano come i fondi tendano già ad attuare politiche formative orientate alla propria clientela di riferimento (229). Tutti i fondi limitano la platea dei beneficiari ai lavoratori per i quali le imprese sono tenute a versare il contributo 0,30, benché questa soluzione non sia imposta dalla lettera della legge (230). Gli avvisi specificano accuratamente le caratteristiche dei piani formativi che possono accedere al sostegno economico dei fondi, le eventuali priorità accordate, i limiti di contributo (formulati in modi assai diversi, ma presenti in tutti gli avvisi), le spese ammissibili. A livello meramente esemplificativo, Fondimpresa tende a favorire i piani formativi di grandi dimensioni che aggregano più imprese, prevedendo finanziamenti minimi di importo elevato per programmi che devono situarsi almeno al livello territoriale/set-

(227) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 43. Talora i regolamenti specificano che le domande possono essere presentate non soltanto dalle imprese aderenti ai fondi, ma anche, per loro conto, da altri soggetti: enti di formazione accreditati presso il fondo stesso (cfr. l'art. 5, comma 2, del regolamento di Fon.Ter), imprese o loro consorzi, articolazioni regionali del fondo stesso, singole parti sociali (cfr. l'art. 5, comma 18, del regolamento di Fondo Artigianato Formazione). Negli altri casi sono i bandi stessi a stabilire i soggetti proponenti: v. le tabelle in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 57 ss. (compaiono, tra l'altro, Università, enti di formazione accreditati, enti bilaterali, parti sociali, oltre, ovviamente, le imprese stesse in forma singola o associata).

Il meccanismo dell'avviso appare del tutto adeguato all'impegno delle risorse ministeriali della fase transitoria: non a caso la maggior parte degli avvisi è aperta anche alle imprese che non hanno ancora aderito ai fondi (cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 57 ss.). L'utilizzo del bando a scadenza sembra invece meno adatto per erogare finanziamenti sulla base di risorse che pervengono al fondo con continuità (come le contribuzioni 0,30 a regime). Del resto, proprio in prospettiva futura, le imprese mostrano di apprezzare il fondo interprofessionale proprio per la circostanza che esso è potenzialmente in grado di erogare finanziamenti con carattere di continuità e svincolati dal meccanismo dei bandi [v. Istud (a cura di), *Valutare una rete di formazione in Lombardia: il caso Fondimpresa P.I.S.T.E. Lombardia Occidentale. Rapporto finale*, Elledue, Milano, 2006, p. 31].

(228) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 53.

(229) Tabelle di sintesi con le caratteristiche salienti degli avvisi sono consultabili in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 57 ss.

(230) V. *retro* questo stesso paragrafo.

toriale (231); Fon.Ter prevede invece un finanziamento massimo per ciascun piano formativo di importo piuttosto contenuto, favorendo così i piani individuali presentati da piccole imprese; Fon.Coop concede finanziamenti di maggiore entità a piani di carattere innovativo; i fondi dei dirigenti rivolgono particolare attenzione al finanziamento dei piani individuali.

Anche per i fondi interprofessionali, come già notato per gli altri strumenti di sostegno alla formazione continua, si sta delineando una preoccupante difficoltà a impegnare tutte le risorse disponibili (232).

6. — *Le criticità dei meccanismi di sostegno economico* — Il sistema italiano di sostegno alla formazione continua, cresciuto per aggiunte successive spesso di problematica armonizzazione, si presenta attualmente in fase di riassetto per evitare duplicazioni e interferenze. I più recenti decreti (d.dir. Ucofpl n. 296/V/2003, d.d. Ucofpl n. 243/V/2004 e d.d. Dgpof n. 107/2006) hanno cercato di ritagliare uno spazio di intervento al Fondo per la formazione professionale *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236/1993, focalizzando i finanziamenti su lavoratori e imprese «deboli», ovvero che difficilmente entrano nei circuiti di formazione continua in modo autonomo o con il sostegno dei fondi interprofessionali (v. *retro*

(231) Con le risorse ministeriali della fase di avvio Fondimpresa ha varato in particolare i Piste (programmi di preminente interesse settoriale e territoriale). Appositi comitati di pilotaggio bipartiti all'interno delle articolazioni territoriali del fondo hanno svolto un'accurata indagine sui fabbisogni formativi del mondo produttivo e hanno predisposto, con l'assistenza di enti di formazione radicati sul territorio, un catalogo di interventi fra i quali le imprese sono state chiamate a scegliere. Questo approccio particolarmente attivo del fondo ha dato risultati estremamente incoraggianti in alcune zone del paese, come la Lombardia occidentale, in termini di partecipazione complessiva e delle piccole e medie imprese, nonché di soddisfazione dei partecipanti: v. Istud (a cura di), *op. cit.* Questo *modus operandi* di Fondimpresa appare però strettamente tributario della fase di avvio, mentre a regime, quando l'iniziativa dovrà partire dalle imprese e le risorse erogate saranno proporzionali alle contribuzioni versate, si teme un crollo della partecipazione, soprattutto delle realtà produttive di più modeste dimensioni [v. in questo senso l'intervento di Laura Mengoni al Convegno che si è tenuto l'8 marzo 2006 presso la sede dell'Assolombarda di Milano, sul tema «Valutare un sistema di formazione (che) continua. Un'esperienza di Fondimpresa in Lombardia»].

(232) V. Montanino, Sestito, *op. cit.*, p. 13, nonché la tabella in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, pp. 39 e 45. Solo 1/5 delle risorse complessivamente affluite ai fondi risulta effettivamente impegnato. L'interpretazione di questi dati deve tuttavia essere improntata a grande cautela per via del recentissimo avvio dell'esperienza dei fondi interprofessionali nel nostro paese.

il par. precedente). Anche gli interventi del Fse insistono in parte sui medesimi obiettivi (233), mentre alle Regioni è stata attribuita ampia autonomia nella gestione concreta di entrambi gli strumenti, e il poco invidiabile compito di armonizzarli tra loro e con le proprie politiche in materia di formazione continua. Benché il quadro che ne risulta presenti una certa coerenza, tutte le sovrapposizioni non sono state eliminate. Basti pensare che ai fondi interprofessionali è sicuramente consentito il finanziamento di piani formativi per i summenzionati lavoratori «deboli» (234), mentre le imprese aderenti ai fondi possono partecipare anche ai bandi finanziati *ex art.* 9, comma 5, legge n. 236/1993.

Una semplificazione di questo intreccio di strumenti di sostegno alla formazione continua forse gioverebbe all'efficienza complessiva del sistema (235). In ogni caso, essa è ormai resa indilazionabile a seguito della riforma in chiave federale avviata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Nonostante gli sforzi del Ministero del lavoro per accreditare una tesi diversa (236) e mantenersi un autonomo strumento di intervento nell'ambito della formazione continua, quest'ultima è senza dubbio una *species* del *genus* formazione professionale, che rientra pacificamente tra le materie di competenza legislativa residuale esclusiva delle Regioni *ex art.* 117, commi 3-4, Cost.: la Corte Costituzionale ha avuto recentemente occasione di ribadirlo (237). Di più, il giudice delle leggi ha avuto modo di precisare che nelle materie di competenza legislativa regionale (residuale o anche concorrente) so-

(233) Per il periodo 2000-2006 v. il Quadro comunitario di sostegno dell'obiettivo 3 (Fse), decisione della Commissione n. C 1120 del 18 luglio 2000, in particolare l'asse D, obiettivo specifico 7: «sostenere le politiche di rimodulazione degli orari e di flessibilizzazione del mercato del lavoro, e sviluppare la formazione continua con priorità alle piccole e medie imprese e alla pubblica amministrazione»; per il sessennio 2007-2013 v. *retro* la nota 126.

(234) Per quanto riguarda i disoccupati v. espressamente l'art. 17, comma 1, lett. d, legge n. 196/1997; l'art. 1, comma 2, del d.l. 6 marzo 2006, n. 68, convertito in legge 24 marzo 2006, n. 127, nell'ambito delle misure urgenti per il reimpiego di lavoratori ultracinquantenni.

(235) In questo senso Montanino, Sestito, *op. cit.*, p. 13.

(236) V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 29, secondo il quale «in base al decreto legislativo 112/98 sulla ripartizione dei compiti tra Stato e Regioni, le competenze sulla formazione continua sono rimaste all'amministrazione centrale». La tesi non è condivisibile. Il d.lgs. n. 112/98 attuava un decentramento amministrativo a Costituzione invariata, e risulta sicuramente superato dalla nuova ripartizione di competenze attuata dalla riforma federale dello Stato.

(237) Cfr. Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 51, cit. V. anche gli Autori citati *retro* alla nota 45.

no vietati nuovi interventi finanziari statali sia a destinazione vincolata, sia indirizzati a soggetti privati (238), poiché «il ricorso a questo tipo di finanziamento può divenire uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nelle funzioni delle Regioni» (239). È vero che la Corte in tutte le sue decisioni ha censurato interventi legislativi successivi alla riforma costituzionale del 2001, e ha invece mostrato comprensione per le disposizioni normative precedenti tale data in attesa della completa attuazione del nuovo art. 119 Cost. in tema di autonomia finanziaria delle Regioni (240). E tuttavia, benché i decreti dirigenziali e direttoriali del 2003 e del 2004, e ancor più quello direttoriale del 2006, attribuiscono notevole autonomia alle Regioni nel determinare beneficiari e modalità dei finanziamenti *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236, il meccanismo decisionale del Fondo per la formazione professionale rimane imperniato sul Ministero del lavoro (241) e quindi lesivo delle prerogative regionali (242). Sarebbe perciò opportuno che la legge statale attribuisse il flusso finanziario del Fondo *ex art. 9*, comma 5, alle Regioni senza vincoli di destinazione. In alternativa, la medesima legge potrebbe stabilire i livelli essenziali delle prestazioni che ogni Regione deve garantire nell'ambito della formazione continua (art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.), magari con spe-

(238) Sono ormai numerosissime le sentenze che hanno affermato a chiare lettere questo principio: v. Corte Cost. 23 dicembre 2003, n. 370, in *Foro it.*, 2005, I, 49; 13 gennaio 2004, n. 12, in *Foro it.*, 2004, I, 1357; 16 gennaio 2004, n. 16, in *Foro it.*, 2005, I, 1329; 29 gennaio 2004, n. 49, in *Foro it.*, 2005, I, 1329; 21 ottobre 2004, n. 308, in *Foro it.*, 2004, I, 3260; 5 novembre 2004, n. 320, in *Mass.*; 29 dicembre 2004, n. 423, in *Foro it.*, 2005, I, 2291, con nota di Ferioli; 29 dicembre 2004, n. 424, in *Foro it.*, 2006, I, 54; 26 gennaio 2005, n. 31, in *Foro it.*, 2005, I, 2933; 28 gennaio 2005, n. 51, cit.; 21 aprile 2005, n. 160, in *Foro it.*, 2005, I, 2278; 16 giugno 2005, n. 231, in *Mass.*; 31 marzo 2006, n. 133, in *Mass.*

(239) V. il par. 3.2 di Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 51, cit.

(240) Cfr. ad es. il punto 5 di Corte Cost. 29 dicembre 2004, n. 423, cit.

(241) V. *retro* il par. 4.

(242) In modo del tutto condivisibile la Corte dei Conti, in sede di esame preventivo di legittimità del regolamento del Consiglio dei ministri 21 dicembre 1998, aveva già sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, commi 3, 3-bis e 4, legge n. 236/1993, in riferimento agli artt. 117 e 119, Cost. (vecchio testo): secondo la Corte, infatti, era già in contrasto con l'impianto costituzionale regionalista la previsione che «nell'ambito della stessa (*sub*) materia» della formazione continua fossero «contemporaneamente possibili (non definiti e non differenziati) interventi sia statali che regionali finanziati con le medesime risorse» [v. Corte Conti 22 settembre 1999 (ord.), cit.]. Il rilievo vale *a fortiori* nell'ambito della nuova struttura federale dello Stato.

cifico riferimento soltanto ai lavoratori «deboli», e destinare al finanziamento di tali prestazioni le risorse del fondo (243).

La sentenza della Corte Costituzionale n. 51/2005 ha contestualmente dichiarato incostituzionale la disciplina dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua «nella parte in cui non prevede strumenti idonei a garantire una leale collaborazione fra Stato e Regioni». Secondo la Corte allo Stato è consentito disciplinare la costituzione di fondi operanti sull'intero territorio nazionale nell'ambito della formazione continua, nonché dettare disposizioni in materia di natura giuridica, vigilanza e finanziamento degli stessi: in questo modo, infatti, lo Stato resta all'interno della propria competenza esclusiva in materia di ordinamento civile e previdenza sociale (art. 117, comma 2, lett. *l e o*, Cost.). La Corte ha dunque rigettato l'interpretazione estrema della Regione ricorrente, secondo la quale «il sistema della formazione professionale non può avere un livello nazionale di organizzazione e gestione» (244). Tuttavia, alla luce della circostanza che l'attività dei fondi insiste su una materia di competenza residuale esclusiva delle Regioni, alla Corte sono apparse assolutamente insufficienti le scarse disposizioni dell'art. 118, comma 1, legge n. 388/2000, che si limitavano a rendere le Regioni destinatarie di mere comunicazioni (245). In ottemperanza alla sentenza della Corte l'art. 13, comma 13, del d.l. 14 marzo 2005, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, ha aggiunto il diritto delle Regioni di essere sentite in merito ai piani formativi inerenti il loro territorio (246), e ha aumentato da 2 a 4 il numero dei rappresentanti delle Regioni in seno all'Osservatorio per la formazione continua. Residua qualche dubbio se questo intervento limitato possa soddisfare quanto stabilito nella sentenza n. 51/2005 (247).

(243) Sulle caratteristiche che devono rivestire i livelli essenziali delle prestazioni *ex* art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost. v. l'importante sentenza della Corte Costituzionale 27 marzo 2003, n. 88, in *Foro it.*, 2003, I, 2915.

(244) V. il par. 5 di Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 51, cit.

(245) Infatti l'art. 118, comma 1, sesto periodo, nella formulazione antecedente alla novella del 2005, si limitava a prevedere che i piani formativi fossero trasmessi alle Regioni perché ne tenessero conto per la loro programmazione. Secondo la Corte, invece, lo Stato deve «rispettare» in particolare «la competenza legislativa delle Regioni a disciplinare il concreto svolgimento sul loro territorio delle attività di formazione professionale» (così il par. 5.2 di Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 51, cit.).

(246) V. *retro* il par. precedente.

(247) Cfr. anche l'Accordo 15 marzo 2006 tra Regioni, Ministero del lavoro e partiti sociali. Da un lato si mira a potenziare il decentramento territoriale dei fondi, e cor-

Il sistema italiano di sostegno alla formazione continua è stato reso compatibile con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato alla fine del 2004. I decreti dirigenziali e direttoriali del 2003-2004 e 2006 invitano le Regioni a erogare i finanziamenti del Fondo per la formazione professionale *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236/93, con modalità rispettose delle disposizioni comunitarie in materia di aiuti di Stato. I decreti direttoriali che attribuiscono le risorse aggiuntive iniziali ai neonati fondi paritetici interprofessionali puntualizzano che il loro utilizzo deve avvenire «nel rispetto delle regole comunitarie in materia di aiuti di Stato (Regolamenti Ce n. 68/2001 e n. 69/2001)» (248).

L'art. 118, legge n. 388/2000, invece non menziona le disposizioni comunitarie in materia di aiuti di Stato (249). Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea costituisce aiuto di Stato qualsiasi trasferimento di risorse statali che non avvenga in modo generale e automatico (250). Ora, pur essendo l'adesione ai fondi interprofessionali facoltativa, la contribuzione è di fatto obbligatoria, poiché le imprese che non aderiscono debbono comunque versare all'Inps il contributo 0,30: per conseguenza, al momento del finanziamento i fon-

relativamente l'interazione tra fondi e Regioni; dall'altro lato, e contestualmente, si cerca di rafforzare il coordinamento dell'attività dei fondi mediante un più efficace utilizzo dell'Osservatorio nazionale sulla formazione continua. Cfr. Dacrema, Pettenello, *Fondi interprofessionali e sistema della formazione continua*, nonché la scheda allegata a cura di Pettenello, in www.cgil.it/formazione-ricerca.

(248) Così ad es. l'art. 2, d.d. n. 351/II/2003, e l'art. 4, d.d. n. 133/V/2004.

(249) P. Tiraboschi, *op. cit.*, p. 97, conclude per la conformità della disciplina dei fondi interprofessionali con le disposizioni in materia di aiuti di Stato: tuttavia la sua analisi è limitata alla normativa che regola la fase di *start-up*, e gli argomenti dell'Autrice non sono utilizzabili per quella a regime.

(250) Cfr. proprio per la legittimità comunitaria di uno sgravio fiscale di carattere generale e automatico, collegato all'effettuazione di iniziative formative, Corte di Giustizia della Comunità europea (di seguito: Cgce) 15 giugno 1993, C-225/1991 (caso Matra), in *Racc. giur. Corte*, 1993, I, 3203. La discrezionalità di cui gode l'ente erogatore nella scelta dei destinatari è indice sicuro della selettività dell'aiuto: v. il punto 23 della sentenza Cgce 26 settembre 1996, C-241/94 (caso Fne), in *Racc. giur. Corte*, 1996, I, 4551. In dottrina v. Evans, *Socially Acceptable Distorsion of Competition: Community Policy on State Aid*, in *Eur. L. Rev.*, 1991, p. 47; Bacon, *State Aids and General Measures*, in *Year. Eur. L.*, 1997, p. 291; Baudenbacher, *A Brief Guide to European State Aid Law*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1997, p. 21; Caputi Jambrenghi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1266; Schön, *Taxation and State aid law in the European Union*, in *Common mark. l. rev.*, 1999, p. 932; M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 99; Roccella, *op. cit.*, pp. 19-20 del dattiloscritto.

di trasferiranno risorse statali ai sensi dell'art. 87, par. 1, TCe (251). Se i fondi mutualizzassero effettivamente i contributi e provvedessero a erogare i finanziamenti secondo criteri indipendenti dai contributi ricevuti, il finanziamento non avverrebbe in modo generale e automatico e costituirebbe aiuto di Stato. Gli aiuti di Stato sono in linea di principio vietati dall'art. 87, par. 1, TCe. Tuttavia, il Regolamento Ce n. 68/2001 dispone che gli aiuti di Stato alla formazione conformi ai requisiti in esso stabiliti sono automaticamente compatibili con il mercato comune (252). Altrettanto stabilisce il Regolamento Ce n. 69/2001 per gli aiuti *de minimis*, ovvero quelli che non superino i 100.000 euro su un periodo di 3 anni (253). Se il legislatore avesse previsto nell'art. 118 che i fondi interprofessionali devono rispettare i due regolamenti comunitari nel finanziamento dei piani formativi, tanto sarebbe bastato per avere una disciplina conforme al diritto comunitario (254). Il legislatore ha invece

(251) Come conferma d'altro canto il Considerando 6 del Regolamento Ce n. 68/2001 sugli aiuti alla formazione: «va ricordato [...] che i contributi dei fondi settoriali» di formazione continua «se sono resi obbligatori dallo Stato, non sono considerati risorse private ma costituiscono risorse statali ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del Trattato». Cfr. anche Bacon, *State Aids and General Measures*, cit., pp. 280-282; Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1997, p. 153.

(252) L'aiuto alla formazione è automaticamente ammissibile quando non superi 1 milione di euro per singola impresa e sia co-finanziato dall'impresa beneficiaria con le percentuali stabilite dal regolamento stesso. In particolare, gli aiuti per la formazione specifica non possono superare il 25% delle spese ammissibili per le grandi imprese e il 35% per le piccole e medie; gli aiuti per la formazione generale non possono superare il 50% per le grandi imprese e il 70% per le piccole e medie. Percentuali più elevate sono previste per gli aiuti alla formazione erogati a imprese stabilite nelle zone depresse della Comunità od operanti nel settore marittimo, nonché per gli aiuti che hanno come obiettivo la formazione di lavoratori svantaggiati. Gli aiuti che non rispondono ai requisiti stabiliti dal regolamento devono essere notificati alla Commissione, che deciderà sulla loro compatibilità con l'art. 87 TCe. Da ultimo sul Regolamento n. 68/2001 v. Roccella, *op. cit.*, pp. 19-21.

(253) Art. 2 del Regolamento Ce n. 69/2001.

(254) La versione originaria dell'art. 118 poneva limiti all'intervento finanziario del fondo in percentuale dell'entità complessiva delle spese ammissibili per l'attività di formazione. E infatti secondo l'art. 118, comma 1 (vecchio testo), «i fondi finanziano piani formativi aziendali, territoriali o settoriali concordati tra le parti sociali, nella misura del 100 per cento del progetto nelle aree depresse di cui all'obiettivo 1 del Regolamento (Ce) n. 1260/1999 del Consiglio del 21 giugno 1999 e nella misura del 50% nelle altre aree». Questi limiti tenevano conto degli orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato vigenti nel 2000, e sarebbero potuti essere facilmente ricondotti in linea con le nuove disposizioni introdotte nel 2001 dal Regolamento Ce n. 68. Il legislatore ha invece preferito sostituire integralmente la disposizione con quella di cui all'art. 1, comma 151, lett. b, legge n. 311/2004. V. immediatamente *infra* nel testo.

preferito stabilire che «nel finanziare i piani formativi di cui al presente comma, i fondi si attengono al criterio della redistribuzione delle risorse versate dalle aziende a ciascuno di essi» (art. 118, comma 1, ult. periodo, legge n. 388/2000, come modificato dall'art. 1, comma 151, lett. b, legge n. 311/2004). In questo modo si può ritenere che l'erogazione dei finanziamenti avvenga in modo generale e automatico (255), ma a prezzo della rinuncia ad attribuire ai fondi una funzione veramente incisiva di politica formativa e industriale (256). E, infatti, la normativa *ex* art. 118 appare tanto più conforme alla disciplina in materia di aiuti di Stato quanto più rigorosamente si interpreta il vincolo stabilito dal medesimo articolo al finanziamento dei fondi. Potrebbero invece sorgere problemi di conformità se si interpreta quel vincolo come un indirizzo di massima per l'attività di finanziamento dei fondi, che non osta a una loro azione improntata a uno spiccato solidarismo.

7. — *I congedi* — Spronato in tale senso dalle parti sociali nell'Accordo per il lavoro del 1996, con la legge 8 marzo 2000, n. 53, il legislatore è intervenuto su un altro pilastro degli strumenti di sostegno alla formazione continua: la disciplina dei congedi formativi. L'ispirazione proviene chiaramente dall'ordinamento francese (257), ma la realizzazione è una normativa sintetica, a tratti eccessivamente deferente nei confronti della sussidiarietà orizzontale, nel complesso piuttosto disattenta nei confronti degli incentivi economici all'utilizzo dei congedi.

Il congedo *ex* art. 5, legge n. 53/2000, è chiaramente modellato sul *Congé individuel de formation* francese. Si tratta, infatti, di un congedo su iniziativa del lavoratore finalizzato alla frequenza di attività formative che non necessariamente forniscono conoscenze e abilità spendibili presso l'attuale datore di lavoro, né di suo interesse (258):

(255) Infatti, ogni domanda rispettosa dei requisiti fissati dai fondi potrà ricevere il finanziamento, dal momento che nessuna impresa potrà ricevere più di quanto versato.

(256) Cfr. *infra* il par. 8.

(257) In questo senso Alessi, *Sub artt. 5-6 l. n. 53/2000*, in Napoli, Magnani, Balboni (a cura di), *op. cit.*, p. 1275. Non vanno peraltro trascurate le suggestioni comunitarie in materia: v. Torelli, *I congedi formativi e il diritto alla formazione continua e permanente*, in Del Punta, Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi*, in *Il Sole 24ore*, Milano, 2001, pp. 231-232.

(258) V. Del Punta, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 177; Alessi, *Sub artt. 5-6...*, *cit.*, p. 1276;

conseguimento di un titolo di studio anche di livello universitario, nonché «partecipazione ad attività formative diverse da quelle poste in essere o finanziate dal datore di lavoro» (art. 5, comma 2). L'anzianità di servizio necessaria per accedere al congedo è di 5 anni presso il medesimo datore di lavoro, e appare eccessivamente elevata (259) e tale da scoraggiare i soggetti più giovani e quelli dalle storie lavorative più frammentate, che spesso invece necessiterebbero di strumenti di supporto alla formazione (260). La durata del congedo è di 11 mesi nell'arco dell'intera vita lavorativa; esso può essere fruito in forma continuativa o frazionata (art. 5, comma 1). L'art. 5, comma 4, attribuisce alla contrattazione collettiva (261) il compito di stabilire le modalità di fruizione del congedo: essa può tra l'altro prevedere percentuali massime di lavoratori che possono avvalersene contemporaneamente, precisare le ipotesi di diniego o differimento da parte del datore di lavoro e fissare i termini del preavviso, che comunque deve essere pari almeno a 30 giorni (art. 5, comma 4).

Nonostante il legislatore abbia previsto questo intervento integrativo della contrattazione collettiva, si deve ritenere che il congedo *ex art. 5* costituisca un vero e proprio diritto soggettivo perfetto (262): il datore di lavoro potrà opporsi alla richiesta di congedo soltanto temporaneamente (263) e sulla base di «comprovate esigenze organizzative», ma certamente non nel caso in cui la contrattazione collettiva non si sia attivata (264). In coerenza con la potenziale assenza

Gorretta, *op. cit.*, p. 101; Torelli, *I congedi formativi...*, cit., p. 235; Santucci, *op. cit.*, p. 89; B. Caruso, *op. cit.*, p. 70 del dattiloscritto.

(259) Si tenga presente che nell'ordinamento francese il *Congé de formation* richiede come condizione di accesso un'anzianità aziendale di un solo anno (e un'anzianità di lavoro di due).

(260) Cfr. Guarriello, *op. cit.*, p. 259, nota 121; Alessi, *Professionalità...*, cit., pp. 199-200.

(261) Di qualsiasi livello: cfr. Alessi, *Sub artt. 5-6...*, cit., p. 1280.

(262) Alessi, *Sub artt. 5-6...*, cit., p. 1278, si esprime in termini di diritto potestativo. *Contra*, però, Santucci, *op. cit.*, p. 90.

(263) L'art. 5, comma 4, stabilisce che «il datore di lavoro può non accogliere la richiesta di congedo per la formazione ovvero può differirne l'accoglimento nel caso di comprovate esigenze organizzative». Il non accoglimento può essere inteso soltanto in senso temporaneo, anche se probabilmente si tratta di un periodo più lungo (e più difficilmente determinabile nella sua estensione) rispetto al differimento. Ogni diversa interpretazione finirebbe per vanificare completamente il diritto *ex art. 5*, esito che non può essere accettato.

(264) In questo senso la maggior parte della dottrina: cfr. Del Punta, *La nuova disciplina...*, cit., p. 178; Alessi, *Sub artt. 5-6...*, cit., pp. 1278-1279, e in

di interesse datoriale alla formazione oggetto del congedo, l'art. 5 precisa che il congedo non è retribuito. Disposizione analoga è prevista per il *Congé individuel de formation* francese, che però dispone di una solida fonte alternativa di finanziamento direttamente tramite gli organismi paritetici: il loro contributo può arrivare anche all'80% della retribuzione persa (265). L'ordinamento italiano consente invece al lavoratore soltanto di richiedere l'anticipazione del trattamento di fine rapporto o delle prestazioni delle forme pensionistiche complementari ai sensi dell'art. 7, legge n. 53/2000 (266). La dottrina non ha mancato di rilevare come questo sostegno economico sia, da un lato, poco efficace per permettere un diffuso ricorso a questo tipo di congedo (267) e, dall'altro lato, addirittura controproducente in relazione alla funzione previdenziale rivestita dalle risorse economiche di cui si incoraggia l'utilizzo a fini formativi (268).

I congedi *ex art. 6*, legge n. 53/2000, sono di natura più incerta rispetto a quelli dell'art. 5. Sebbene la legge li ricolleggi ambigualmente tanto alla «autonoma scelta del lavoratore» quanto all'iniziativa aziendale (269) «attraverso i piani formativi aziendali o territoriali concordati tra le parti sociali» (art. 6, comma 1), sembra proprio che questi congedi debbano accrescere e perfezionare conoscenze utilizzabili nell'ambito del rapporto di lavoro in essere (270). A questa soluzione spingono due considerazioni. Anzitutto, l'art. 6, comma 1, identifica la funzione dei congedi nell'accrescimento, in un'ottica di apprendimento «per tutto l'arco della vita», delle «conoscenze e competenze professionali»: non si fa alcun cenno ad altri percorsi di studio, come

Professionalità..., cit., pp. 196-198; Torelli, *I congedi formativi...*, cit., pp. 244 e 260; Santucci, *op. cit.*, p. 90; Calafa, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 220-222.

(265) Cfr. Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, pp. 34 ss.; Corti, *op. cit.*, p. 1310, ove anche ulteriori riferimenti bibliografici.

(266) Per un commento di questa disposizione v. Corti, *op. cit.*, pp. 1289 ss.

(267) In questo senso Torelli, *I congedi formativi...*, cit., p. 253; Alessi, *Professionalità...*, cit., 199; B. Caruso, *op. cit.*, p. 71 del dattiloscritto.

(268) Corti, *op. cit.*, p. 1309.

(269) Secondo Torelli, *I congedi formativi...*, cit., p. 256, l'autonoma scelta del lavoratore troverebbe spazio soltanto nella misura in cui non esista un piano formativo concordato dalle parti sociali.

(270) Cfr. in questo senso Alessi, *Sub artt. 5-6...*, cit., p. 1285, e in *Professionalità...*, cit., pp. 201-202; Gorretta, *op. cit.*, p. 101; Torelli, *I congedi formativi...*, cit., p. 235; Loffredo, *Considerazioni...*, cit., p. 142; G. Loy, *Professionalità...*, cit., p. 44; B. Caruso, *op. cit.*, p. 65 del dattiloscritto.

nel caso dell'art. 5, legge n. 53/2000. In secondo luogo, il comma 2 dell'art. 6 fa riferimento a «modalità di orario e retribuzione connesse alla partecipazione ai percorsi di formazione»: un obbligo retributivo a carico del datore di lavoro, anche modellato dalla contrattazione collettiva, sarebbe difficilmente concepibile se la formazione del lavoratore non fosse per lui di alcun interesse (271).

Benché l'art. 6, comma 1, colleghi piuttosto enfaticamente questo congedo al «diritto di proseguire i percorsi di formazione per tutto l'arco della vita», la sua effettiva fruibilità pare totalmente condizionata all'intervento della contrattazione collettiva (272), cui il comma 2 dell'art. 6 attribuisce il compito di definire «il monte ore da destinare ai congedi [...], i criteri per l'individuazione dei lavoratori e le modalità di orario e retribuzione connesse alla partecipazione ai percorsi di formazione» (273). La considerazione che in questo congedo l'interesse alla formazione è condiviso da entrambe le parti del rapporto, di norma nell'ambito di un più ampio accordo tra le parti sociali, ha spinto il legislatore a prevedere incentivi economici più consistenti rispetto a quelli messi in campo per i congedi *ex art. 5* (274).

(271) Del resto, anche nell'ordinamento francese l'obbligo di corrispondere la retribuzione o di versare un'indennità, posto a carico del datore di lavoro, è previsto soltanto nel caso in cui la formazione si ponga nell'ottica dell'adeguamento o accrescimento della professionalità esplicita nel contratto di lavoro: v. *retro* il par. 3, anche alla nota 92.

(272) Di qualsiasi livello: «di categoria, nazionale e decentrata» (art. 6, comma 2). La dottrina concorda sul fatto che la norma non attribuisca alcun diritto soggettivo compiuto in capo ai lavoratori: v. Del Punta, *La nuova disciplina...*, cit., p. 179; Alessi, *Sub artt. 5-6...*, cit., p. 1287, e in *Professionalità...*, cit., p. 202; Torelli, *I congedi formativi...*, cit., pp. 254 e 260; Santucci, *op. cit.*, p. 90.

(273) Anche se sul punto dell'effettività del diritto non è da escludere qualche escursione giurisprudenziale. Si rammenti soltanto il noto caso dei permessi retribuiti per la partecipazione agli organi direttivi, provinciali e nazionali, dei sindacati di cui all'art. 19 Stat. lav.: benché l'art. 30 del medesimo Statuto rimandasse la definizione delle modalità di fruizione ai «contratti di lavoro», la giurisprudenza ha provveduto a dare concreta attuazione al diritto anche in assenza di essi. Cfr. da ultimo Cass., Sez. lav., 1° luglio 2004, n. 12105, in *Mass.*; Cass., Sez. lav., 18 gennaio 1991, n. 435, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 22. V. Poso, Agostini, *Sub art. 30 Stat. lav.*, in Pera, Grandi, *op. cit.*, p. 802.

(274) In questo senso Alessi, *Professionalità...*, cit., pp. 201-202. Torelli, *I congedi formativi...*, cit., 258, ricollega il favore legislativo alla circostanza che i congedi per la formazione continua contribuiscono più direttamente alla lotta contro la disoccupazione mediante l'incremento della professionalità del lavoratore. Questa funzione è invece soltanto eventuale nel congedo *ex art. 5*, legge n. 53/2000.

Da un lato il congedo è in linea di principio retribuito (275); dall'altro i singoli lavoratori potranno ricorrere all'anticipazione del Tfr o delle prestazioni delle forme pensionistiche complementari (art. 7, legge n. 53/2000) (276), mentre i piani formativi, anche individuali, potranno ottenere i finanziamenti dei fondi interprofessionali (artt. 6, comma 3, legge n. 53/2000, e 118, comma 1, legge n. 388/2000), nonché quelli regionali *ex art.* 6, comma 4, legge n. 53/2000 (277).

I contratti collettivi nazionali non hanno mostrato spiccata fantasia nel recepimento dell'art. 5, legge n. 53/2000 (278). Sono numerosi i contratti collettivi nazionali che hanno regolato le modalità di fruizione del congedo, soprattutto stabilendo le percentuali massime dei lavoratori che possono utilizzarlo contemporaneamente, e precisando le procedure per la richiesta e le comprovate esigenze organizzative che giustificano il diniego o differimento del datore di lavoro (279). Tuttavia il sostegno economico del congedo, vero e proprio punto debole della disciplina legislativa, non viene preso in considerazione molto di frequente: i pochi contratti che fanno riferimento alla possibilità di utilizzare il Tfr si limitano a richiamare un diritto già attribuito al lavoratore espressamente dall'art. 7, legge n. 53/2000.

(275) È incerta soltanto la misura della retribuzione: v. Torelli, *I congedi formativi...*, cit., p. 260.

(276) Nel caso in cui il datore di lavoro retribuisca interamente i congedi, soltanto per le spese di partecipazione al corso; nel caso in cui la retribuzione sia soltanto parziale, anche per coprire la quota di retribuzione non corrisposta dal datore di lavoro. V. Corti, *op. cit.*, p. 1297; Torelli, *I congedi formativi...*, cit., pp. 257-258.

(277) Cfr. Torelli, *I congedi formativi...*, cit., pp. 256 ss. I contratti collettivi prevedono talora che il lavoratore contribuisca a finanziare la propria formazione continua mediante le quote di retribuzione accumulate nelle cd. «banche delle ore», oppure tramite la frequenza di una parte della formazione al di fuori dell'orario di lavoro (cfr. i punti 1 e 2 della parte IV del capitolo I del Ccnl 12 febbraio 2002 per l'industria chimica). Nei settori dove la bilateralità è più solida (turismo, commercio, edilizia) è previsto il cofinanziamento a carico degli enti bilaterali. V. Paparella, *op. cit.*, pp. 78-82.

(278) Una rassegna dei contratti collettivi nazionali che hanno provveduto a regolare i congedi di cui agli artt. 5 e 6, corredata di tabelle, si può leggere in Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, pp. 152 ss.

(279) V. il punto 3, lett. c della parte IV del capitolo I del Ccnl 12 febbraio 2002 per l'industria chimica; l'art. 67, comma 8, del Ccnl 28 maggio 2004 per l'industria tessile; l'art. 31 del Ccnl 7 maggio 2003 per l'industria metalmeccanica privata. Nei contratti è ricorrente il riferimento a motivi tecnico-organizzativi, particolare intensità lavorativa e difficoltà di sostituire i lavoratori: cfr. la tabella in Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, pp. 153-156.

Per quanto riguarda i congedi per la formazione continua *ex art. 6*, non sono molti i contratti collettivi nazionali che si sono occupati di regolare espressamente l'istituto (280). Nella maggior parte dei casi la contrattazione nazionale ha preferito estendere alla formazione prevista da questo articolo i permessi retribuiti cd. «150 ore» (281), meccanismo già ampiamente sperimentato e che ben si presta per l'applicazione dell'art. 6: in particolare, quindi, si stabilisce una percentuale massima di lavoratori che si possono assentare contemporaneamente e si precisa che la formazione deve essere correlata all'attività dell'azienda (282).

La scelta di questa via non appare peraltro priva di conseguenze negative. E, infatti, il sistema dei permessi «150 ore» risulta penalizzante per i lavoratori delle piccole e medie imprese. La presenza di un monte ore complessivo collegato alle dimensioni aziendali e di una percentuale massima di lavoratori che possono assentarsi contemporaneamente rende il diritto alla formazione continua di più difficile fruizione nelle realtà produttive di più modeste dimensioni (283).

Un'ulteriore regolazione dei congedi *ex art. 6* potrebbe aver luogo a livello decentrato: è, infatti, a questo livello che più frequentemente si negoziano i piani formativi alla cui realizzazione i congedi potrebbero essere finalizzati.

Non esistono dati precisi a questo proposito. Non di meno, va ricordato che la contrattazione decentrata nel nostro paese rimane una realtà minoritaria per numero di aziende e lavoratori coinvolti (284); inoltre, recenti statistiche confermano che nell'ambito dei

(280) V. Vaccaro, *Presentazione*, in Frigo, Vaccaro (a cura di), *op. cit.*, p. 29; Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, p. 153. Tra i contratti collettivi che hanno regolato i congedi *ex art. 6* brilla per le soluzioni innovative (tra cui la stipulazione del patto formativo tra lavoratore e azienda) il Ccnl 12 febbraio 2002 per l'industria chimica (punti 1 e 2 della parte IV del capitolo I).

(281) Cfr. l'art. 66 del Ccnl 28 maggio 2004 per l'industria tessile; l'art. 29, punto b) del Ccnl 7 maggio 2003 per l'industria metalmeccanica privata. V. Torelli, *I congedi formativi...*, cit., pp. 260-261; Alessi, *Professionalità...*, cit., p. 204; Loffredo, *Considerazioni...*, cit., p. 141.

(282) Come del resto si ricava già dall'esegesi dell'art. 6: v. *retro* questo stesso paragrafo. V. l'art. 66 del Ccnl 28 maggio 2004 per l'industria tessile; l'art. 29, punto b) del Ccnl 7 maggio 2003 per l'industria metalmeccanica privata.

(283) V. *retro* la nota 77.

(284) Secondo l'indagine Istat sulle retribuzioni del 2002, menzionata da Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, p. 160, la contrattazione aziendale riguarda soltanto il 22,7% delle imprese al di sopra dei dieci dipendenti.

contratti collettivi aziendali la formazione costituisce oggetto di negoziazione solo sporadico (285).

8. — *Le debolezze del sistema italiano di formazione continua alla luce del modello francese* — L'analisi del sistema di formazione continua sin qui svolta ha rivelato positivi elementi di evoluzione, ma anche il delinarsi di qualche tendenza negativa.

Gli elementi positivi riguardano la strutturazione stessa del sistema di formazione continua, cominciata nel 1993 e culminata nel 2000. Esistono canali pubblici stabili di sostegno finanziario, che garantiscono un afflusso di risorse di tutto rispetto. Questi canali si stanno specializzando a seconda dei destinatari: in particolare la gestione del sostegno pubblico alla formazione continua degli occupati viene progressivamente trasferita alle parti sociali (286), per il tramite della costituzione dei fondi paritetici interprofessionali (287). Il legislatore ha saggiamente delegato alle associazioni sindacali e datoriali compiti importanti in questo ambito: il loro coinvolgimento può contribuire a evitare che le imprese sviluppino percorsi formativi autonomi e incomunicanti, creando professionalità eccessivamente specifiche e sostanzialmente senza mercato al di fuori delle realtà produttive di provenienza (288). Infine, i congedi formativi hanno finalmente acquisito lo *status* di diritto promosso e tutelato dalla legge.

Le tendenze preoccupanti sono invece legate all'evoluzione della formazione continua nella prassi. Tra i paesi europei più sviluppati l'Italia rimane uno di quelli che fanno meno formazione continua (289), e l'attivismo legislativo non ha sinora provocato un vero e pro-

(285) La formazione rientra tra le materie oggetto del contratto aziendale soltanto in un quarto dei casi: i dati sono dell'indagine Istat citata alla nota precedente.

(286) Che hanno chiesto e ottenuto di condividere la responsabilità di gestire la formazione continua e il suo finanziamento: v. Torelli, *I congedi formativi...*, cit., p. 263.

(287) Sul ruolo della bilateralità per l'estensione dei diritti dei lavoratori anche nella materia della formazione professionale continua, a fronte dei limiti dell'intervento pubblico e dei diritti azionabili nell'ambito del contratto di lavoro, v. Varesi, *Azione sindacale e tutela nel mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, pp. 226 ss.

(288) Sui benefici che la collaborazione tra le parti sociali in materia di formazione professionale (sistema duale di apprendistato) ha recato alla competitività dell'industria tedesca v. Regini, *I mutamenti...*, cit., pp. 78-79.

(289) Cfr. la tabella 1 in Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 20. I dati della tabella sono aggiornati al 1999. Tuttavia, i primi risultati disponi-

prio salto di qualità. Dal 1993 le risorse per la formazione continua sono sicuramente aumentate, ma si delinea una tendenza preoccupante con riferimento all'utilizzo delle risorse stanziare: le statistiche mostrano che i finanziamenti del Fse, quelli del Fondo per la formazione professionale *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236/1993, e quelli dei fondi paritetici interprofessionali sono utilizzati in misura molto inferiore rispetto alle somme disponibili (290). Anche la qualità della formazione effettuata è poco soddisfacente: i dati empirici rivelano che le imprese ricorrono prevalentemente alla formazione adattiva, il cui scopo è limitato a dotare i lavoratori delle competenze strettamente necessarie alla risposta ai cambiamenti organizzativi e tecnologici imposti dall'evoluzione dei processi produttivi; assai più rara, invece, la formazione volta a elevare la professionalità complessiva dei dipendenti in un'ottica di innovazione dei prodotti e dei processi lavorativi (291). Infine, le indagini empiriche mostrano che la collaborazione delle parti sociali funziona bene quando si tratta di tracciare le linee guida dei processi ed enunciare i principi generali; la realizzazione nella pratica appare invece molto più difficile, e la formazione continua tende a essere in gran parte ancora una questione su cui l'impresa decide da sola, a volte con il *placet* del sindacato (292) (indispensabile per l'accesso ai finanziamenti del fondo *ex art. 9*, comma 5, legge n. 236/1993, o dei fondi paritetici interprofessionali).

Le ragioni di queste persistenti debolezze del nostro sistema di formazione continua sono complesse e non si pretende di trattarle qui diffusamente. Sicuramente hanno a che vedere con il nostro apparato produttivo, basato su un tessuto di piccole e medie imprese i cui elementi di competitività sono la flessibilità e l'innovazione organizzativa piuttosto che la qualità e l'innovazione del prodotto (293). Inoltre, le parti so-

bili dell'indagine campionaria nazionale 2005 sulla formazione degli adulti in Italia realizzata dall'Isfol indicano una percentuale non molto diversa di partecipanti ad attività di formazione continua fra i lavoratori dipendenti da imprese private: 24,4% contro 26%. Il dato Isfol mostra tra l'altro una diminuzione rispetto a quello del 2003. V. il cap. V del Rapporto Isfol 2005.

(290) In questo senso Montanino, Sestito, *op. cit.*, p. 13.

(291) Cfr. Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, p. 146.

(292) V. Vaccaro, *Presentazione*, in Frigo, Vaccaro (a cura di), *op. cit.*, p. 30; Pellegrini, Vaccaro, *op. cit.*, p. 144.

(293) Sulle caratteristiche del modello produttivo italiano prevalente, la cd. «specializzazione flessibile», v. Regini, *Istituzioni e sistema...*, cit., pp. 126 ss. Questo modello, che trova il terreno ideale di radicamento nei distretti industriali,

ciali si sono accinte con molto impegno a negoziare la formazione, ma, salvo in alcuni settori peculiari dove tale collaborazione era di lunga data (edilizia, turismo, commercio, agricoltura), la loro esperienza in materia partiva pressoché dal nulla (294); spesso, poi, dietro le dichiarazioni generiche in favore della formazione continua, tra gli attori collettivi continuano a persistere importanti divergenze di vedute sulla strategia che il processo deve perseguire.

Tuttavia, sembra più interessante soffermarsi un poco sulle carenze legislative che ostacolano un armonico sviluppo della formazione continua in Italia. Queste risultano evidenti se si effettua un rapido confronto con l'esperienza francese, che ha costituito il prototipo degli interventi del legislatore nazionale, ma è stata recepita con alcuni scostamenti di dubbia opportunità.

Per quanto riguarda il sostegno finanziario pubblico alla formazione continua, nella costruzione del sistema italiano è stato completamente ignorato il principio di sussidiarietà che anima il modello francese (295). Le imprese francesi sono incoraggiate a finanziare autonomamente i propri piani di formazione: in questo modo esse si sottraggono al versamento di una parte della contribuzione dovuta agli organismi paritetici (296). Talune imprese preferiscono ricorrere all'autofinanziamento incentivato piuttosto che accedere agli organismi paritetici o ad altri canali di finanziamento pubblico, inevitabilmente connotati da una certa dose di burocrazia. Le imprese italiane, invece, non hanno scelta rispetto a un accesso formalizzato al sostegno pubblico: e molte di esse, soprattutto quelle medio-piccole, probabilmente preferiscono non cimentarsi (297).

è stato oggetto di grande apprezzamento nel corso degli anni ottanta e novanta, ma una sua valutazione serena mostra importanti limiti che ostacolano la competitività dell'economia italiana: cfr. Thompson, McHugh, *op. cit.*, pp. 168-169. La crisi italiana di produttività («caso unico fra i paesi industrializzati»), legata anche a «carenza di capitale umano», è stata autorevolmente denunciata di recente anche dal neogovernatore della Banca d'Italia, nelle sue «Considerazioni finali alla Assemblea generale ordinaria dei partecipanti» tenuta a Roma il 31 maggio 2006 (in particolare pp. 7 e 11 delle bozze di stampa). Per un tentativo di spiegazione della singolarità della crisi italiana anche alla luce del sistema di relazioni industriali uscito dal Protocollo di luglio del 1993 v. Tronti, *Protocollo di luglio e crescita economica: l'occasione perduta*, in *Riv. int. sc. soc.*, 2005, pp. 345 ss.

(294) V. Paparella, *op. cit.*, pp. 52 e 61.

(295) V. *retro* il par. 3.

(296) V. *retro* il par. 3.

(297) In questo senso Torelli, *Lo sviluppo...*, cit., p. 200. Cfr. in argomento anche Montanino, Sestito, *op. cit.*, pp. 13-14. Sembra suggerire un dosato *mix* di cre-

Gli organismi paritetici francesi si stanno sempre più specializzando nell'offrire una vasta gamma di servizi che di fatto accompagnano l'impresa aderente dall'analisi del fabbisogno formativo fino alla certificazione delle competenze acquisite dai lavoratori. La loro opera è particolarmente preziosa per le imprese più piccole: esse infatti sono incoraggiate a ricorrervi, visto che non possono dedurre le loro spese di formazione dai contributi dovuti agli organismi paritetici (298). Il meccanismo mutualistico che contraddistingue il funzionamento degli organismi paritetici francesi permette anche a imprese di piccole dimensioni di ottenere finanziamenti per progetti formativi di notevole entità (299). Si è già segnalato come la novella del 2004 alla disciplina dei fondi interprofessionali italiani conduca invece al depotenziamento del carattere mutualistico dei fondi e a probabili effetti negativi per il sostegno alla formazione continua nelle piccole e medie imprese (300).

Le modifiche apportate dalla legge del 2004 hanno introdotto un vincolo ai meccanismi di solidarietà dei fondi che non esiste nell'ordinamento francese (301): esso non sembra per nulla opportuno, anche perché si pone in aperta contraddizione con la filosofia cui era univocamente ispirato il testo originario dell'art. 118. L'obbligo della struttura intercategoriale dei fondi, il requisito della maggiore rappresentatività delle parti sociali stipulanti gli accordi istitutivi e l'indicazione di limiti al co-finanziamento finalizzati al rispetto della di-

diti di imposta per investimenti innovativi in formazione e interventi dei fondi interprofessionali sulla scorta dell'esperienza francese Treu, *Le politiche del lavoro in Italia*, in *Politiche del lavoro...*, cit., pp. 47-48.

(298) V. retro il par. 3.

(299) Luttringer, *Le droit...*, cit., p. 95; Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, p. 8.

(300) V. retro il par. 5.

(301) In Francia prima della riforma del 1991 gli organismi paritetici che gestivano la contribuzione destinata al finanziamento delle iniziative formative datoriali (principalmente i *Fonds d'assurance formation*) erano liberi di decidere quale quota dei contributi ricevuti mutualizzare e destinare ad azioni cd. «collettive»: cfr. Luttringer, *Le droit...*, cit., p. 75. La novella del 1991 ha modificato in particolare l'art. L 961-9 del *Code du travail*, che ora stabilisce espressamente: i *fonds d'assurance formation*, e quindi ora gli Opca, «mutualizzano le somme che essi ricevono dalle imprese». La portata della previsione non è chiara (cfr. sulla questione De Jean, *Les problèmes juridiques posés par la mutualisation des fonds de la formation professionnelle*, in *Dr. soc.*, 1996, pp. 43 ss.), ma essa consente sicuramente agli Opca una gestione dei finanziamenti indipendente dai contributi ricevuti dalle singole

disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato alla formazione erano tutte previsioni che alludevano a organismi improntati a uno spiccato mutualismo e a un'attiva politica industriale. L'imposizione del criterio secondo il quale le risorse devono tornare alle imprese che le hanno versate suggerisce invece piuttosto un'attività di oculata gestione dei «conti di formazione» aperti presso il fondo (302).

Per quanto riguarda il *Congé de formation* (del tutto analogo al congedo di formazione *ex art. 5*, legge n. 53/2000), la legislazione francese prevede un sostegno finanziario specifico che può arrivare a rimpiazzare gran parte della retribuzione perduta in conseguenza della fruizione (303). La mancanza di un apposito sostegno finanziario che sostituisca la retribuzione perduta costituisce invece una delle cause di scarso utilizzo di questo diritto da parte dei lavoratori italiani: si potrebbe pensare di funzionalizzare a questo scopo le risorse destinate oggi al sostegno dei piani di formazione individuale dei lavoratori, che normalmente coprono soltanto (e talvolta parzialmente) le spese di iscrizione ai corsi (304).

Per quanto riguarda i congedi per la formazione continua *ex art. 6*, legge n. 53/2000, l'esperienza italiana li ha configurati come diritti condizionati all'intervento della contrattazione collettiva, che in qualche caso non è stata particolarmente solerte, in altri non abbastanza in-

imprese, e orientata secondo priorità stabilite dalle parti sociali: in altri termini, «una politica dinamica di formazione» che «favorisce le imprese più attive» (così Clavel-Fauquenot e Marignier, *op. cit.*, p. 71).

(302) La novella del 2004 peraltro può essere compatibile con un'azione dei fondi ispirata a un accentuato solidarismo nella misura in cui si interpreti il vincolo in essa contenuto come un orientamento di massima. In questo modo sarebbero sicuramente salve le disposizioni statutarie e regolamentari che prevedono quote di finanziamento riservate ad azioni solidaristiche, ma sorgerebbero problemi di compatibilità in relazione alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. V. *retro* i parr. 5-6.

(303) V. *retro* il par. 3.

(304) Cfr. ad es. il «Sistema di formazione continua individuale per il 2006» di cui alla direttiva della Giunta regionale della Regione Piemonte n. 49-1838 del 19 dicembre 2005: si prevede il rilascio di buoni di partecipazione per un valore massimo complessivo non superiore a euro 1000, a parziale copertura dei costi di partecipazione ai corsi (v. Signorini, Talone, *Formazione continua individuale dei lavoratori occupati*, in *Lav. e territorio*, 2, 2006, X, inserto a *Guida lav.*, 2006, p. 10). Cfr. anche Bulgarelli, *op. cit.*, p. 11, la quale sottolinea che i modelli di *vouchers* formativi individuali che si stanno sperimentando in tutta Europa prevedono forme di compartecipazione dei lavoratori alle spese «quale forma di maggior motivazione e responsabilizzazione».

cisiva (305). La legislazione francese, invece, offre dei diritti immediatamente esercitabili a iniziativa del lavoratore, anche se il mancato accordo con il datore di lavoro può ritardarne la fruizione (306).

Nell'esperienza francese, qualora la formazione abbia per oggetto lo sviluppo delle competenze del lavoratore e si svolga parzialmente al di fuori dell'orario di lavoro, l'accordo scritto tra il dipendente e il datore di lavoro deve regolare tra l'altro «le condizioni di accesso prioritario nell'arco di un anno [...] alle mansioni disponibili corrispondenti alle conoscenze così acquisite e [...] l'attribuzione dell'inquadramento corrispondente al posto occupato» (art. L 932-1, comma 4, *Code du travail*). Nell'esperienza italiana i percorsi di mobilità interna legati alla frequenza di iniziative formative costituiscono oggetto di disciplina soltanto negoziale, anch'essa, comunque, assai poco frequente (307).

Infine, sembra essere sfuggito alla maggior parte degli osservatori il ruolo giocato dalla circostanza che nel paese in considerazione esista un diritto a ricevere formazione continua da parte del datore di lavoro in costanza di rapporto (308). Negli ordinamenti tedesco e francese questo diritto discende dall'obbligo imposto in capo al datore di lavoro di adeguare la professionalità dei propri dipendenti all'evoluzione tecnologica e ai mutamenti tecnici e organizzativi che interessano la sua impresa. Nel sistema giuridico tedesco questo obbligo si può ricavare indirettamente dalla disciplina limitativa del licenziamento e da altre disposizioni (309), mentre in quello francese esso è

(305) V. *retro* il par. 7.

(306) Cfr. *retro* il par. 3. Suggestiscono correttamente ipotesi di «individualizzazione» dei congedi *ex art.* 6, subordinati peraltro all'accordo datoriale, Croce, Montanino, *op. cit.*, p. 118.

(307) La negoziazione in materia risulta diffusa soltanto nel settore pubblico: cfr. Paparella, *op. cit.*, pp. 72-73 e pp. 88-91. Anche il monitoraggio della prima esperienza applicativa dell'art. 9, legge n. 236/1993, ha rivelato che la formazione continua realizzata è stata seguita da ben pochi incrementi retributivi o passaggi di qualifica: cfr. Vannucci, *Le ricadute sul lavoro*, in Frigo (a cura di), *La formazione continua...*, cit., pp. 262-264. Il medesimo riscontro si ha anche per la formazione continua finanziata dal Fse: v. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. cit.*, p. 84.

(308) La circostanza non è passata inosservata a Biagi, *Recessione...*, cit., p. 267, il quale peraltro non manca di rimarcare che la «vera obbligazione» di formazione «a carico dell'imprenditore è resa effettiva» nel sistema francese «da una serie di istituti a essa collegati».

(309) V. *retro* il par. 3.

più chiaramente sancito nel *Code du travail* (310). L'obbligo in questione può ovviamente comportare misure di formazione continua. Il datore di lavoro è tenuto all'adozione delle iniziative formative che siano ragionevoli in considerazione di tutte le circostanze, e nei limiti dell'adeguamento/perfezionamento della professionalità del dipendente: non gli è invece imposto né un impegno sproporzionato, né un obbligo di riqualificazione del lavoratore. Qualora il datore non adempia il proprio obbligo di formazione continua, si troverà in serie difficoltà a sbarazzarsi del lavoratore la cui professionalità sia diventata obsoleta, poiché di norma i giudici non considereranno giustificato il licenziamento intimato per questo motivo.

Nell'ordinamento italiano una parte significativa e forse maggioritaria della dottrina nega che il lavoratore abbia diritto a ricevere formazione continua dal proprio datore di lavoro, benché entro i limiti dell'adeguamento della propria professionalità; anche la giurisprudenza, pur senza prendere chiaramente posizione, orienta per lo più le proprie decisioni come se un tale diritto non esistesse (311). Alcuni giuristi sembrano preoccupati dall'ampliamento dell'area dell'obbligo che conseguirebbe per il lavoratore dal riconoscimento di un suo diritto alla formazione continua, inevitabilmente controbilanciato dal correlativo obbligo di aggiornarsi ed essere aggiornato (312). Altri invece ritengono che affermare un diritto di questo tipo costituisca un elemento di rigidità poco coerente con una tendenza complessiva del diritto del lavoro a flessibilizzare le tutele e trasferirle dal rapporto al mercato, dal datore di lavoro ai servizi pubblici (313). Altri ancora considerano indispensabile l'intervento espresso del legislatore per contemperare gli interessi in gioco: operazioni interpretative in una materia che involge anche questioni economiche relevantissime sarebbero quanto mai inopportune (314).

9. — *L'improcrastinabile emersione del diritto alla formazione continua nel rapporto di lavoro* — Queste argomentazioni tuttavia non convincono per diverse ragioni.

(310) V. *retro* il par. 3.

(311) V. *retro* il par. 2.

(312) Carabelli, *op. cit.*, pp. 14 ss., in particolare pp. 71-73.

(313) Cfr. D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 379 ss., in particolare pp. 403 ss. Cfr. anche G. Loy, *Professionalità...*, cit., pp. 14-16.

(314) Roccella, *op. cit.*, pp. 34-37 del dattiloscritto.

In primo luogo è la stessa evoluzione dei processi produttivi a offrire conferma alla tesi secondo la quale la collaborazione professionale del lavoratore costituisce l'oggetto del contratto di lavoro (315). Nell'ambito di processi produttivi che richiedono in misura sempre maggiore la partecipazione intelligente e competente del lavoratore la sua professionalità (intesa come sintesi di sapere generico, sapere specifico e capacità relazionali) non può che situarsi al centro del contratto.

In secondo luogo, sin dall'inizio degli anni settanta gli snodi essenziali della normativa lavoristica consentono il radicamento del diritto alla formazione continua *ex art. 35, comma 2, Cost.* anche nell'ambito del contratto di lavoro. Per il rapporto di lavoro subordinato l'art. 2087 cod. civ. esplicita obblighi di protezione (316) che per altri tipi di contratto vengono derivati in via interpretativa dalle norme sull'esecuzione di buona fede (317). In particolare, l'obbligo di garantire la personalità morale del lavoratore sancito dall'art. 2087 cod. civ. si estende alla salvaguardia della sua professionalità (318): ciò è del tutto sintonico con la circostanza che la professionalità costituisce l'oggetto del contratto, e con l'originaria natura di obbligo di protezione posto a presidio delle ragioni dello scambio rivestita dall'art. 2087 cod. civ. Questa ampiezza dell'obbligo datoriale è stata precisata e confermata dalla novella dell'art. 2103 cod. civ. del 1970. E, infatti, questa disposizione si pone come declinazione particolare del più generale obbligo di tutela della professionalità del dipendente sancito dall'art. 2087. Nell'ambito dell'organizzazione del lavoro di tipo taylorista-fordista la protezione della professionalità dei lavoratori si basava essenzialmente sul divieto di demansionamento, perché in quel tipo di struttura produttiva la professionalità si conservava e sviluppava essenzialmente esercitandola (319).

Nell'ambito della diversa organizzazione del lavoro che si è andata affermando con il superamento del fordismo, interventi formativi di varia entità appaiono indispensabili per la conservazione della pro-

(315) V. *retro* il par. 2.

(316) In questo senso Alessi, *Professionalità...*, cit., p. 137; Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 70 ss., in particolare p. 88; Pisani, *Sull'uso improprio dell'art. 2105 cod. civ. da parte della Cassazione*, nota a Cass., Sez. lav., 4 aprile 2005, n. 6957, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 925.

(317) V. per tutti L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 368-370.

(318) Cfr. U. Romagnoli, *op. cit.*, pp. 234-237.

(319) Cfr. P. Ichino, *op. cit.*, p. 291.

fessionalità dei lavoratori. Il conseguente obbligo accessorio (320) di adeguamento delle competenze dei dipendenti, anche mediante iniziative formative, deriva, dunque, per il datore di lavoro da un'interpretazione evolutiva dell'art. 2087 cod. civ. Il corrispondente diritto del lavoratore alla formazione continua in costanza di rapporto a carico del datore di lavoro emerge dalla combinazione dell'art. 35, comma 2, Cost. (321) e dell'art. 2087 cod. civ. (322): il diritto risulta così strettamente funzionalizzato alla conservazione del sinallagma contrattuale, con la conseguenza che il datore di lavoro sarà obbligato ad adottare soltanto le misure formative indispensabili alla salvaguardia della professionalità dedotta nel contratto di lavoro (323), nei limiti di uno sforzo ragionevole considerate tutte le circostanze (324).

(320) In questi termini, correttamente, Loffredo, *Considerazioni...*, cit., p. 136. Nello stesso senso per la dottrina tedesca Däubler, *op. cit.*, p. 367; Käufer, *op. cit.*, pp. 185 ss.

(321) La lettera dell'art. 35, comma 2, Cost. non consente, infatti, di sostenere la natura immediatamente precettiva nei rapporti interprivati del diritto alla formazione continua.

(322) Il contenuto dell'obbligo datoriale varierà secondo quanto previsto dall'art. 2087 cod. civ., ovviamente con gli adattamenti resi necessari dall'oggetto della tutela. In particolare l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della formazione dipenderanno dalla natura delle mansioni svolte («la particolarità del lavoro»); dalle iniziative adottate nella stessa impresa o in altre imprese dello stesso settore, oppure suggerite dalla contrattazione collettiva («l'esperienza»); dall'evoluzione stessa del sistema di formazione professionale continua esterno all'impresa (presenza sul territorio di idonei enti di formazione; possibilità di accesso a finanziamenti pubblici o di altra natura) («la tecnica»). Per la declinazione dei criteri *ex art.* 2087 cod. civ. con riferimento alla salute e sicurezza sul lavoro v. per tutti Lai, *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 12-14.

(323) L'interpretazione dei confini della professionalità non potrà peraltro condurre a risultati eccessivamente angusti (come spesso accade ancora di fare alla giurisprudenza che si esercita sull'equivalenza delle mansioni *ex art.* 2103 cod. civ.). Con riferimento alla ricostruzione di questa nozione di professionalità, infatti, l'evoluzione stessa dei processi produttivi e dell'organizzazione del lavoro a essi connessa costringe, *ceteris paribus*, a esaltare l'importanza del sapere generico e della capacità professionale potenziale, e a ridurre la rilevanza del sapere specifico e della capacità professionale già acquisita: cfr. L. Mengoni, *La cornice legale*, in Aa.Vv., *L'inquadramento...*, cit., pp. 44-47; Magnani, *Organizzazione...*, cit., pp. 168 ss.

(324) *An*, *quomodo* e *quantum* della formazione dipenderanno in modo decisivo dall'applicazione del principio della ragionevolezza della misura formativa. Com'è noto, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, il principio di ragionevolezza non gioca alcun ruolo nell'ambito della sicurezza sul lavoro, dove l'adozione della misura necessaria *ex art.* 2087 cod. civ. è subordinata soltanto alla sua fattibilità tecnica (principio della «massima sicurezza tecnologicamente possibile»)

In terzo luogo il riconoscimento del diritto del lavoratore all'adeguamento permanente della propria professionalità in costanza di rapporto ha il pregio di consentire una ricostruzione più lineare del sistema di formazione continua. Il datore di lavoro ha l'obbligo di adattare le competenze dei propri lavoratori all'evoluzione dell'organizzazione lavorativa e dei processi produttivi nell'ambito della loro professionalità: a tal fine egli potrà sfruttare anche i congedi per la formazione continua *ex art. 6, legge n. 53/2000*. Ogni sviluppo ulteriore delle capacità dei suoi dipendenti, e in particolare ogni attività di riqualificazione, esula dal suo obbligo di formazione. I lavoratori potranno partecipare ad attività formative tese all'accrescimento della loro professionalità o alla loro riqualificazione mediante accordi con il datore di lavoro, nell'ambito dei congedi per la formazione continua *ex art. 6, legge n. 53/2000*, ovvero fruendo di un congedo di formazione *ex art. 5, legge n. 53/2000*. Le varie tipologie di sostegno finanziario alle attività di formazione continua illustrate nel corso di questo lavoro potranno essere utilizzate dai datori di lavoro sia al fine dell'adempimento del proprio obbligo di formazione continua, sia al fine di accrescere o modificare le competenze professiona-

(v. anche per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza, Lai, *op. cit.*, pp. 14 ss.). Quest'impostazione, che trova un solido fondamento sia nella Direttiva comunitaria n. 89/391/Cee che nel d.lgs. n. 626/1994, è coerente con il bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, che non sono sicuramente commensurabili. Da un lato si colloca il diritto fondamentale alla salute e all'incolumità fisica del lavoratore (art. 32 Cost.), dall'altro la libertà di impresa, che «non può svolgersi [...] in modo da recare danno alla sicurezza» del lavoratore (art. 41 Cost.). La ponderazione dei valori costituzionali di riferimento conduce a un risultato diverso nel caso del diritto del lavoratore alla salvaguardia della propria professionalità. Il diritto del lavoratore subordinato a esplicitare la propria professionalità (artt. 2 e 4 Cost.) non riveste sicuramente l'importanza del diritto alla salute e all'integrità fisica, e si dovrà far luogo a un bilanciamento con il diritto del datore di lavoro a organizzare liberamente la propria impresa. Il principio di ragionevolezza sembra poter costituire il metro adeguato per l'equo contemperamento dei due diritti: il datore di lavoro sarà obbligato a formare il dipendente soltanto se l'adozione delle misure formative sia ragionevole tenuto conto di tutte le circostanze. Un'applicazione interessante di questo principio si avrà nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Qualora, infatti, il degrado della professionalità dei lavoratori sia imputabile all'organizzazione del lavoro nell'impresa, e quindi all'inadempimento datoriale dell'obbligo di formazione continua dei propri dipendenti, l'onere di *repêchage* subirà un notevole ampliamento nella direzione dell'espletamento di corsi di formazione anche molto lunghi e costosi, tendenzialmente fino a ricomprendere tutti gli interventi precedentemente omessi.

li dei propri lavoratori (in questo caso soltanto previo loro accordo, come impone una corretta lettura dell'art. 2103 cod. civ.) (325). Una parte delle risorse finalizzate al sostegno della formazione continua è accessibile anche per i lavoratori che desiderino aggiornare o sviluppare la propria professionalità *uti singuli* (326).

In quarto luogo, il riconoscimento di un obbligo di formazione continua a carico del datore di lavoro non si pone in contraddizione con l'attuale tendenza del diritto del lavoro a spostare tutele dal rapporto di lavoro al mercato del lavoro (327). Per quanto riguarda la formazione continua, infatti, il problema non è di certo che se ne faccia troppa nell'ambito del rapporto di lavoro: si tratta piuttosto di immaginare gli strumenti più adatti per incrementare la frequenza di attività formative, dentro e fuori il rapporto. Nell'esperienza francese un sistema di formazione continua basato su un approccio olistico (obbligo datoriale di adeguamento della professionalità, articolato sistema di congedi formativi, assiduo coinvolgimento delle parti sociali, sostegno economico pubblico) si è mostrato efficiente nel garantire elevati livelli di partecipazione dei lavoratori ad attività formative lungo tutto l'arco della loro vita.

Infine, sarebbe certo auspicabile (328) che il legislatore tagliasse gordianamente il nodo dell'obbligo datoriale di formazione continua, anche al fine di regolare in modo più certo entità e ripartizione dei costi aggiuntivi: le imprese potrebbero essere, infatti, tentate di traslarli in qualche modo sui lavoratori. Tuttavia, in presenza di argomenti molto consistenti, radicati nel sistema giuridico e nell'evoluzione del sostrato economico e sociale, l'interprete, e a maggior ragione il legislatore, dovrebbero interrogarsi anche sui costi del man-

(325) Una lettura di questo tipo è corollario naturale di quelle posizioni dottrinali che negano la persistenza dello *ius variandi* datoriale a seguito della novella operata dall'art. 13 Stat. lav.: cfr., anche per le indicazioni di carattere bibliografico, Corti, *Esempi di difficile convivenza tra diritto civile e diritto del lavoro: privilegio generale sui mobili e conseguenze dell'illecito esercizio delle ius variandi*, nota a Corte Cost. 6 aprile 2004, n. 113, in *Giust. civ.*, 2005, I, pp. 1460-1461.

(326) V. *retro* il par. 4.

(327) Per una cruciale messa a punto dell'ampio dibattito che negli anni novanta si è incentrato sulla rimodulazione delle tutele v. Treu, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 467 ss.

(328) Come si augurano Naccari, Alleva, *Nota di commento alla proposta di «Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori»*, in www.cgil.it/giuridico/Politiche-deldiritto/Archivio/diritto dellavoro.

cato accoglimento della ricostruzione qui prospettata. In Italia, purtroppo, nel dibattito sulla formazione continua, per la verità non così fitto, trovano poco spazio le riflessioni sui vantaggi che la chiara affermazione di un obbligo datoriale di formazione in costanza di rapporto potrebbe comportare anche per le imprese stesse. Esse sarebbero finalmente spinte a prendere sul serio la formazione dei propri dipendenti. In combinazione con tutte le altre misure di sostegno alla formazione continua, il riconoscimento del diritto del lavoratore alla formazione continua in costanza di rapporto potrebbe offrire un contributo decisivo per indirizzare l'agire delle imprese e tutto il nostro sistema economico verso la via alta alla competitività (329).

(329) Sulla necessità di una politica della formazione che incentivi il sistema produttivo italiano a imboccare una via alta alla competitività, basata sull'innovazione continua di processo e di prodotto e non (o quanto meno non solo) sulla compressione del costo del lavoro in tutte le sue dimensioni, v. M. G. Garofalo, *La formazione...*, cit., pp. 71 ss., e più recentemente, in aperta polemica con le ricostruzioni che escludono qualsiasi diritto alla formazione dal rapporto di lavoro, in *Formazione e lavoro*, cit., p. 273. L'obbligo di formazione potrebbe essere considerato uno di quei «vincoli benefici» che servono a ottenere un bene pubblico difficile da conseguire sul mercato, e nello stesso tempo a plasmare nel lungo periodo la strategia delle imprese, migliorandone la situazione competitiva: cfr. Regini, *I mutamenti...*, cit., p. 93. Questo Autore si mostra piuttosto critico dell'approccio tradizionale con qualche innesto di sperimentazione su base per lo più volontaristica che ha prevalso nell'esperienza italiana di formazione professionale precedente il nuovo secolo (p. 95). V. questo Autore anche per i necessari riferimenti alla teoria sulla varietà dei capitalismi, che ha avuto il pregio di evidenziare il contributo decisivo delle istituzioni e delle regole nel determinare il vantaggio competitivo delle diverse economie capitalistiche. *Adde* per tutti anche il classico di Streeck, *Social Institutions and Economic Performance: Studies of Industrial Relations in Advanced Capitalist Economies*, Sage Publication, London, 1992, nonché Coates, *Models of Capitalism: Growth and Stagnation in the Modern Era*, Polity Press, Cambridge, 2000; Hall, Soskice, *Varieties of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Giampiero Golisano (*)

BLACKLISTING

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il *blacklisting* negli Usa. — 3. Il *blacklisting* in Italia.

1. — *Premessa* (1) — La *blacklist* è una lista di persone schedate per speciale avversione, contrasto od ostilità da parte di coloro che hanno preparato l'elenco o di coloro tra i quali esso è destinato a circolare. Il *blacklisting* può anche svilupparsi senza alcuna consapevolezza dell'individuo o delle persone il cui nome o la cui identità è comunicata. Il fenomeno ha avuto origine e particolare diffusione nei paesi di *common law*.

Nelle relazioni industriali la *blacklist* è un elenco diffuso, tra due o più datori di lavoro, per impedire l'assunzione di lavoratori (2) che sono stati licenziati per prestazioni inadeguate, per comportamento personale o per rivendicazioni sindacali (3).

Il *blacklisting* costituisce una discriminazione, espressa od occulta, da parte del datore di lavoro, consistente nel porre il nome di un lavoratore in un elenco di persone che devono essere danneggiate o punite (4).

2. — *Il blacklisting negli Usa* — Nelle relazioni di lavoro americane la *blacklist* ha riscontro già dal 1888 per censire i lavoratori «indesidera-

(*) Tecnologo di ricerca dell'Istituto nazionale di economia agraria (Inea), area giuridica.

(1) Le principali citazioni sono accompagnate dal testo originale in inglese, in corsivo tra parentesi.

(2) *U.S. Department of Labor (Office of Administrative Law Judges), Whistleblower Newsletter*, January 22, 2004, pp. 28-30.

(3) *Gilbert's Law Dictionary (Pocket Size), Blacklist*, Harcourt Brace Legal and Professional Publications Inc., 1997, p. 31: «Una lista di persone da evitare, come nel caso di lavoratori che siano stati licenziati per rendimento o comportamento non graditi, o come membri indocili del sindacato» [*A list of persons to be avoided, e.g., employees who have been fired for unacceptable performance or behaviour, or troublesome union members. (Verb) To put someone on such a list*].

(4) *Black's Law Dictionary* (Bryan A. Garner, *Editor in Chief*), *Blacklist* (vb.), West Publishing Company, 8th ed. (2004), p. 180.

bili» che non debbono essere assunti a causa dell'iscrizione al sindacato o dell'attività sindacale. Il concetto di lista discriminatoria assume ampia notorietà nelle repressioni antisindacali dal 1920 in poi, sebbene il sostantivo inglese (*blacklist*) sia in uso dal 1692 e come forma verbale (*blacklisting*) dal 1718.

Nei paesi anglosassoni, sino al primo trentennio del ventesimo secolo, l'attività sindacale ha risentito della criminalizzazione del movimento associativo (*crime of conspiracy*) e dello sciopero (5).

Il divieto di organizzazione dei lavoratori ha tuttavia origine nel liberalismo europeo e nel principio della libertà di intrapresa: il contratto di lavoro è valido soltanto se stipulato in assenza di «coalizione o accordo» (*combination or collusion*) tra gli operai che intendono spuntare migliori condizioni di trattamento e di salario (6). La libertà dell'individuo (nella contrattazione) spinge a vietare le coalizioni operaie in Francia, con la legge Le Chapelier del 14 giugno 1791 (abrogata solo nel 1887) e in Inghilterra con le *Combination Laws* (1799-1800), abolite nel 1824-1825. Il pretesto è che le associazioni operaie di ogni tipo avrebbero rappresentato il ristabilimento delle gilde medioevali. Karl Marx descrive la legge francese sul divieto di coalizione come un «colpo di Stato borghese» e ricorda che il relatore Le Chapelier fu definito all'Assemblea Nazionale quale «prepotente miserabile» (7).

Negli Usa, lo *Sherman Antitrust Act* del 1890 è applicato innanzitutto ai «gruppi» sindacali operai in quanto contrari alle regole di libero funzionamento del mercato, alla determinazione concorrenziale dei prezzi della forza-lavoro. Il *blacklisting* di esponenti sindacali e di militanti, la discriminazione di sindacalisti e scioperanti, lo sfratto dalle case di proprietà del datore di lavoro e il controllo esercitato dagli imprenditori sui governi locali, in modo da poter disporre della forza pubblica, furono il mezzo con cui dai primi anni del 1900 si ottenne la rottura delle organizzazioni sindacali e la soggezione del singolo lavoratore al terrore del licenziamento o della dequalificazione. La consapevolezza della sorveglianza continua e il timore dell'isolamento spezzavano la volontà

(5) Per l'evoluzione storica del movimento sindacale nei paesi a *common law*: M. Papaleoni, *Il diritto del lavoro nei paesi a «common law»*, Padova, 1982, Cedam, vol. II, pp. 3-40.

(6) D. Losurdo, *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, 2005, Laterza, pp. 208-215.

(7) K. Marx, *Il capitale*, Libro I (VII Sezione, capitolo XXIV, par. 3), Roma, ed. integrale a cura di E. Sbardella (marzo 1996), Newton, pp. 533-534.

dei lavoratori, mentre il flusso continuo dell'immigrazione e il rapido processo di innovazione tecnologica, che sviliva il lavoro umano, li mantenevano sotto la minaccia di essere rimpiazzati (8).

L'immigrazione aveva prodotto una condizione di lavoro di poco migliore della schiavitù. Gli immigrati, che consentivano l'accumulazione di grandi profitti per la differenza fra il loro salario e quello pagato ai lavoratori bianchi americani, erano chiamati con termini spregiativi (*kikes*, *wops*, *hunkies*, *dagoes*, *squareheads*, *heinies*, *greasers*, *polaks*) (9) ma costituivano un esercito di riserva sempre disponibile al lavoro, che esercitava una continua pressione sugli occupati.

In un sistema che ammetteva il collocamento dei disoccupati tramite uffici privati organizzati dai datori di lavoro, il concetto centrale del *blacklisting* era il *record* («l'informativa», il complesso di notizie relative al comportamento del lavoratore, alla sua attività sindacale, al suo orientamento politico). Una volta che un lavoratore in queste imprese fosse individuato da una informativa ostile presso l'ufficio centrale, egli doveva lasciare la città o cercarsi un lavoro non garantito dall'ufficio di collocamento (10).

L'ammissione inequivoca della illiceità del *blacklisting* e della diffusione di elenchi contenenti informazioni sul comportamento dei lavoratori si è consolidata lentamente. In Inghilterra, all'inizio del ventesimo secolo, si afferma il principio omologo, ma opposto, per cui costituisce un illecito, da parte delle organizzazioni sindacali, la formazione di

(8) John R. Commons (and Associates), *History of Labor in The United States (1896-1932)*, New York, ristampa 1966, A. M. Kelley Publishers, vol. III (*Working Conditions*, by Don D. Lescohier), pp. 298-299: *The individual worker was subjugated by keeping over him the fear of dismissal or demotion. [...] Consciousness of unending surveillance and of the deadliness of the blacklist broke the spirits of thousands, and the unending inflow of immigrant laborers seeking work in the mills, with the steady process of labor displacement by new types of labor saving machinery, kept ever before them the ease with which they could be replaced.*

(9) Richard O. Boyer e Herbert M. Morais, *Storia del movimento operaio negli Stati Uniti*, Bari, 1974, De Donato Editore, p. 324. I termini spregiativi indicavano nell'ordine: ebrei (*kikes*), italiani (*wops*), ungheresi (*hunkies*), spagnoli-portoghesi (*dagoes*), scandinavi (*squareheads*), tedeschi (*heinies*), messicani (*greasers*), polacchi (*polaks*).

(10) John R. Commons (and Associates), *History of Labor in The United States (1896-1932)*, New York, ristampa 1966, A. M. Kelley Publishers, vol. III (*Working Conditions*, di Don D. Lescohier), pp. 185-191 (p. 190: *Once a workman in these industries got a bad record at the central office, he had to leave town or get into a job not covered by the employment office*) e p. 298; Philip S. Foner, *History of The Labor Movement in The United States*, New York, 2nd edition (1975), International Publishers, vol. II, pp. 86, 159-161 e 276.

blacklists e di schede (*circulars*) per segnalare i nomi di coloro che rifiutano di scioperare, con l'obiettivo di intimidirli o di esercitare pressione sul datore di lavoro (11).

Tuttavia, la *blacklist* è soprattutto l'azione concertata dei datori di lavoro per rifiutare l'impiego a persone sospettate di opinioni o comportamenti sgraditi, come i lavoratori impegnati a sostegno del sindacato (12). Nelle imprese più grandi, i lavoratori possono essere forzati a riunirsi in sindacati «gialli», organizzati e sostenuti dagli stessi imprenditori per estromettere le organizzazioni sindacali sgradite. In modo analogo, i lavoratori possono essere indotti o costretti a sottoscrivere contratti «gialli» (*yellow dog contracts*), condizionati all'impegno di non iscriversi al sindacato o di dimettersi da esso a pena di licenziamento (13).

La libertà di associazione sindacale e di sciopero ha una evoluzione piuttosto complessa, che segue le fasi alterne della storia americana in materia di diritti sociali e del lavoro.

La Costituzione americana garantisce, con il primo emendamento, il diritto di associazione (letteralmente «il diritto di riunirsi pacificamente»). Tuttavia, la libertà di associazione tra lavoratori, fondata sulla cittadinanza, è una tutela meno efficace del diritto di compiere attività sindacale in forma associata.

Le imprese ricorrevano regolarmente al sistema giudiziario per ottenere un ordine (*injunction*) costrittivo nei confronti del sindacato, che impedisse il reclutamento sindacale, lo sciopero, il picchetto aziendale o il boicottaggio (14). Una pausa di cooperazione e di apertura al ruolo del

(11) *The Laws of England (A complete statement of the whole law of England)*, vol. XXVII, London, 1913, Butterworth & Co. (sect. 6, *Torts arising out of the operations of Trade Unions*, 1208), p. 658.

(12) *The New Dictionary of Cultural Literacy, Blacklist*, New York, 3rd ed. (2002), Houghton Mifflin Company, p. 315: «Azione concertata dai datori per rifiutare l'impiego a persone sospettate di opinioni o comportamento sgraditi. Per esempio, lavoratori sospettati di simpatie sindacali sono stati spesso schedati da tutti gli imprenditori di una regione» (*Concerted action by employers to deny employment to someone suspected of unacceptable opinions or behaviour. For example, individual workers suspected of favoring labor unions have often been blacklisted by all the employers in a region*).

(13) *Black's Law Dictionary* (Bryan A. Garner, *Editor in Chief*), *Yellow-dog contract*, West Publishing Company, 8th ed. (2004), p. 1647; *Gilbert's Law Dictionary (Pocket Size)*, *Yellow dog contract*, Harcourt Brace Legal and Professional Publications Inc., 1997, p. 359: «Contratto di lavoro che stabilisce che il dipendente non aderirà a un sindacato a pena di licenziamento» (*Employment contract which states that an employee will not join a labor union under penalty of dismissal*).

(14) *Wabash R. R. v. Young*, 162 Ind. 102, 69 N.E. 1003 (1904).

sindacato sul luogo di lavoro si ebbe nel triennio 1917-1919 per effetto della politica di guerra, ma dalla metà del 1920 i decreti e gli ordini giudiziari che vietavano lo sciopero ripresero il ruolo precedente, di compressione e coartazione dell'attività sindacale (15).

Il riconoscimento della piena legittimità dell'azione sindacale si produsse per la perseveranza dei lavoratori e dei dirigenti delle *trade unions* ma anche per la coincidenza di biografie straordinarie: il presidente Franklin D. Roosevelt (1882-1945); il suo principale consigliere in materia di lavoro, Sidney Hillman (16) (1887-1946), dirigente socialista della *Amalgamated Clothing Workers* (Acw), tra i più saldi sostenitori del ricorso alla trattativa politica, alla legge, agli organi del potere statale; Frances Perkins (1882-1965), ministra del lavoro (*Secretary of Labor*) di Roosevelt dal 1933 al 1945, la prima donna nella storia americana a occupare una carica di governo; il giudice Robert F. Wagner (1877-1953), poi senatore e principale artefice della legislazione sul lavoro del New Deal, che aveva elaborato fondamentali pronunciamenti (*opinions*) e decisioni (*orders*) in favore della libertà di associazione, di attività e di rivendicazione sindacale (17).

Il New Deal aveva come presupposto il concetto che vi fosse una sola politica pubblica realmente efficace: il rafforzamento del lavoro (18). Il presidente Roosevelt, nel discorso sullo stato dell'Unione dell'11 gennaio 1944, si espresse con queste parole: «E spero che ricorderete che tutti noi in questo governo rappresentiamo gli strati sociali a reddito fisso, esattamente come rappresentiamo gli imprenditori...» (19).

Solo per effetto di questo nuovo accordo sociale, fu prevista una rete sanzionatoria (*blacklisting claim*) per dissuadere il datore di lavoro da ogni atto di interferenza nella attività sindacale, per impedire il licenziamento degli iscritti al sindacato, il *blacklisting*, la turbativa

(15) William E. Forbath, *Law and the shaping of the american labor movement*, Cambridge, Massachusetts, 1991, Harvard University Press, pp. 98-127.

(16) R. Emmet Murray, *The lexicon of labor*, New York, 1998, The New Press, pp. 79-80; William E. Forbath, *Law and the shaping of the american labor movement*, Cambridge, Massachusetts, 1991, Harvard University Press, p. 119.

(17) William E. Forbath, *Law and the shaping of the american labor movement*, Cambridge, Massachusetts, 1991, Harvard University Press, p. 124.

(18) T. Geoghegan, *Foreword*, in R. Emmet Murray, *The Lexicon of Labor*, New York, 1998, The New Press, p. 7.

(19) Franklin D. Roosevelt, *Discorso sullo stato dell'Unione*, in *Quale Stato*, 2005, 2 (Aprile/Giugno), pp. 224-237 (p. 229 per la citazione).

delle assemblee dei lavoratori e le aggressioni da parte delle guardie private assunte dagli imprenditori (20).

La compilazione, distribuzione, cessione e uso di *blacklists* riguardanti i lavoratori e gli appartenenti a organizzazioni sindacali è adesso generalmente proibita.

In particolare, l'esercizio della libertà di associazione e attività sindacale è stato assicurato con il *National Labor Relations Act* (Nlra) (21), detto anche *Wagner Act*, lo Statuto federale adottato nel 1935 e con la presidenza Roosevelt, che regola i rapporti tra lavoratore e datore di lavoro *privato* sulla base di due principi fondamentali: il diritto di organizzazione sindacale e l'obbligo per i datori di contrattazione collettiva (*collective bargaining*) sull'orario, la retribuzione, gli altri termini e condizioni di lavoro (22). Il punto di svolta giudiziario fu la sentenza di conferma del *National Labor Relations Act* da parte della Corte Suprema nel 1937, con una ristretta maggioranza di 5 voti a 4 (23).

L'ampiezza della libertà di associazione sindacale e di sciopero è stata successivamente ristretta dal *Labor Management Relations Act* (Lmra) del 23 giugno 1947, anche conosciuto come *Taft-Hartley Act* dai nomi del senatore Robert Taft e del deputato Fred Hartley che ne ottennero l'approvazione nonostante il veto del presidente Harry S. Truman. Il *Taft-Hartley Act* ha aggiunto al Nlra la Sezione 8(c), conosciuta come il prin-

(20) M. Papaleoni, *Il diritto del lavoro nei paesi a «common law»*, Padova, 1982, Cedam, vol. II, p. 23.

(21) Sulla storia della legislazione sul lavoro e del *National Labor Relations Act* (Nlra): N. Lichtenstein, *State of the Union: A Century of American Labor (Politics and Society in Twentieth Century America)*, Princeton New Jersey, 3rd Printing Paperback Edition (2003), Princeton University Press, pp. 178-210; P. Hardin e J. Higgins (Editors in chief), *The Developing Labor Law*, BNA Books; 4th edition (January 2002), Volume 1, Part I, pp. 3-70; B. Cushman, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*, New York, 1998, Oxford University Press (Oup), pp. 107-129; W. J. Novak, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America (Studies in Legal History)*, Chicago, 1996, The University of North Carolina Press, pp. 83-113.

(22) R. Emmet Murray, *The Lexicon of Labor*, New York, 1998, The New Press, *National Industrial Recovery Act* (Nira), pp. 124-125. L'affermazione di questi principi non è stata immediata: il *National Recovery Administration* (Nra) nell'ambito del *National Industrial Recovery Act* (Nira), un primo Statuto sul lavoro del 1933, in pieno New Deal, fu dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema nel maggio del 1935.

(23) *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Sul rapporto tra le decisioni della Corte Suprema e la legislazione del New Deal con l'amministrazione Roosevelt: Lawrence M. Friedman, *A history of american law*, New York, 3rd edition (2005), Touchstone (Simon & Schuster), pp. 548-549.

cipio della «libertà di espressione del datore di lavoro» (*employer free speech provision*). In altri termini, esprimere un punto di vista, un argomento o una opinione non costituisce e non rappresenta prova di una pratica antisindacale (*unfair labor practice*) se questa espressione non contiene una minaccia di rappresaglia o di coartazione o la promessa di un beneficio. Il *Taft-Hartley Act* ha bloccato la giurisprudenza del Nlrb, che aveva iniziato a considerare illecite le forme di compressione e induzione ad astenersi dall'attività sindacale, realizzate dai datori mediante assemblee obbligatorie e pronunciamenti a contenuto denigratorio o evocativo di conseguenze negative per i lavoratori (24).

Una ulteriore modifica è stata disposta con il *Labor Management Reporting and Disclosure Act* (Lmrda) o *Landrum-Griffin Act* del 1959, teoricamente per contrastare la corruzione nella dirigenza sindacale, rendere illecite alcune forme di boicottaggio e infine per prevenire le cosiddette clausole *hot-cargo* nei contratti collettivi, che impegnano il datore di lavoro a esercitare pressione su un altro imprenditore con cui il sindacato è in conflitto, anche interrompendo i rapporti commerciali (*hot-cargo agreement*) (25).

Il *National Labor Relations Act* (Nlra) del 1935, sia pure nel testo emendato dai provvedimenti successivi, riconosce che il rifiuto di contrattazione rappresenta una condotta illecita (*unfair labor practice*). La Sezione 7 enumera i diritti dei lavoratori:

- 1) di auto-organizzarsi;
- 2) di associarsi, formare o sostenere organizzazioni sindacali;
- 3) di contrattare collettivamente attraverso rappresentanti liberamente scelti;
- 4) di impegnarsi in altre attività associative con lo scopo di contrattazione collettiva o di sostegno e solidarietà reciproca;
- 5) di sottrarsi a qualcuna o a tutte tra le attività precedenti.

La Sezione 8 elenca le attività del datore di lavoro considerate come condotte illecite (*unfair labor practices*) in violazione dei diritti dei lavoratori:

(24) Il *leading case Clark Bros.* (1946-1947) era relativo a un *captive audience meeting* a contenuto antisindacale nel quale il *National Labor Relations Board* (Nlrb) aveva ritenuto illecito l'obbligo di partecipazione a carico dei lavoratori. La decisione del *Board* era stata confermata dalla Corte d'Appello del Secondo Circuito. *In re Clark Bros. Co. Inc.*, 70 Nlrb 802, 1946 enforced, 163 F.2d 373, 376 (2d Cir. 1947).

(25) P. Hardin e J. Higgins (*Editors in chief*), *The Developing Labor Law*, BNA Books; 4th edition (January 2002), Volume 2, Part IV, Chapter 23, pp. 1745-1807.

1) interferenza, restrizione o coercizione in ordine ai diritti riconosciuti ai lavoratori dalla Sezione 7;

2) controllo o interferenza con la formazione o l'amministrazione di una organizzazione sindacale;

3) discriminazione di iscritti al sindacato a causa della loro adesione a una organizzazione sindacale;

4) discriminazione di un lavoratore per la rivendicazione di diritti garantiti dal Nlra;

5) rifiuto di contrattazione collettiva con i rappresentanti sindacali.

Il *blacklisting* è illecito, come pratica destinata a ostacolare o boicottare una persona nell'ottenere un lavoro. La calunnia verbale (*slander*) o scritta (*libel*) e la diffamazione (*defamation*) sono ugualmente pratiche illecite che si esprimono con l'addebito di false negligenze o la denigrazione finalizzate a screditare e danneggiare la reputazione personale del lavoratore (26).

La pratica del *blacklisting*, dichiarata illegale dal *Wagner Act* del 1935, è tuttavia sopravvissuta in varie forme indirette, una delle quali è «sondare» (*to sound out*), durante il colloquio di lavoro, l'atteggiamento del candidato verso l'attività sindacale e semplicemente scartarlo se sono percepite tendenze favorevoli al sindacato (*pro-union tendencies*) (27).

La posizione del lavoratore non è protetta perché se ne riconosce la debolezza contrattuale rispetto al ruolo dell'imprenditore: il confronto è piuttosto tra libertà economica di intrapresa e libertà di associazione.

Il sistema americano è sostanzialmente statico per quanto riguarda l'efficacia e l'effettività della tutela assicurata dalla legislazione come emerge anche dai casi giurisprudenziali (28). La dottrina (29) ha un giudizio duplice sulla legislazione del *National Labor Relations Act*

(26) *Black's Law Dictionary* (Bryan A. Garner, *Editor in Chief*), *Libel*, West Publishing Company, 8th ed. (2004), p. 934.

(27) R. Emmet Murray, *The Lexicon of Labor*, New York, 1998, The New Press, *Blacklist*, p. 23.

(28) *National Labor Relations Board* (Nlrb), *Taylor Machine Products Inc. and Woodrow Fay Singleton, Paul Edward Marguess, James Howells and Local Lodge 82, District Lodge 60, International Association of Machinists and Aerospace, Afl-Cio-Clc*, Cases 7-CA-33135, 7-CA-33187, 7-CA-33483, 7-CA-33583, 7-CA-33809(1), e 7-CA-33809(2), March 18, 2003.

(29) N. Lichtenstein, *State of the Union: A Century of American Labor (Politics and Society in Twentieth Century America)*, Princeton, New Jersey, 3rd Printing Paperback Edition (2003), Princeton University Press, pp. 178-210; M. M. Franckiewicz, *Winning at the Nlrb*, Washington DC, 1995 con supp. December 2005, Bureau of National Affairs (Bna) Books, pp. 191-227.

(Nlra): una parte reputa che la normativa rappresenta un equilibrio efficace tra il diritto di impresa e la libertà sindacale (30); per una diversa corrente, la regolamentazione attuale induce (se non determina) un deterioramento dei diritti dei lavoratori, aggravato dal processo mondiale di globalizzazione e di mobilità del capitale finanziario che consente il trasferimento della produzione industriale (31).

Il Nlra protegge le azioni collettive (*concerted activities*) dei lavoratori che si riuniscono in gruppo rispetto alla retribuzione, all'orario e alle condizioni di lavoro, siano essi costituiti o meno in «sindacato» in senso formale. L'enfasi sul ruolo del contratto individuale crea interferenze con la protezione dei diritti sociali, di cui il rapporto di lavoro è il terminale giuridico. Il meccanismo consente l'aggiustamento dei diritti sul luogo di lavoro mediante la disarticolazione del rapporto tra legge, contrattazione nazionale e contrattazione aziendale: l'assicurazione sanitaria privata, che è essenziale negli Usa per differenziare il lavoro di qualità da quello «senza prospettive» (*dead-end jobs*), è spesso elargita a livello aziendale; la retribuzione ha una struttura interna variabile, può essere composta di azioni e titoli dell'impresa (*stock options*) persino ai quadri inferiori di aziende della grande distribuzione; le ferie sono flessibili in quantità e continuità di fruizione.

L'assenza di un sistema di sanità pubblica universale vincola i lavoratori alle assicurazioni cui si rivolgono i datori di lavoro: in questo modo, le prestazioni sociali essenziali sono una variabile del rapporto di lavoro in danno dei diritti di partecipazione e negoziazione collettiva.

In generale, la dottrina accademica tende a sottovalutare le conseguenze concrete della «eccezione americana» (32). Nel 2005, il 12,5% dei lavoratori dipendenti Usa era iscritto al sindacato, a fronte di un tasso di iscrizione del 20,1% nel 1983 (primo anno per cui sono disponi-

(30) M. R. Carrel e C. Heavrin, *Labor Relations and Collective Bargaining*, Upper Saddle River, New Jersey, 6th Edition (2001), Prentice-Hall Inc., p. 138.

(31) V. Tait, *Poor Workers' Unions: Rebuilding Labor from Below*, Cambridge Ma, 2005, South End Press, pp. 2-32; K. Roth, *Workers' Rights in the United States*, in *Perspective on Work*, 2001, 5, 1, Industrial Relations Research Association, pp. 19-20; R. B. Freeman and M. Kleiner, *Employer Behavior in the Face of Union Organizing Drives*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 1990, 43, 4, pp. 351-356.

(32) R. Fantasia and K. Voss, *Hard Work: Remaking the American Labor Movement*, Berkeley, 2004, University of California Press, pp. 1-76. E anche: R. Fantasia et K. Voss, *Des syndicats domestiques (Répression patronale et résistance syndicale aux États-Unis)*, Paris, 2003, Raison d'Agir (Seuil), pp. 11-39.

bili i dati statistici) (33). Il tasso di iscrizione nel settore pubblico è più del quadruplo di quello nel settore privato. Nell'impiego pubblico, i gruppi con la maggiore quota di adesione sono gli insegnanti, le forze di polizia e i vigili del fuoco; nel privato, la presenza del sindacato è consolidata nei trasporti, nelle costruzioni, nella manifattura. Dal punto di vista territoriale, l'adesione percentuale dei lavoratori al sindacato differisce cospicuamente tra New York State (26,1), Texas (5,3), North Carolina (2,9) e South Carolina (2,3) (34). A dimostrazione dell'effetto di «trincea» svolto dal sistema dell'impiego pubblico sulle garanzie sindacali, in North Carolina tutti i dipendenti pubblici sono privi del diritto alla contrattazione collettiva (35). In termini assoluti, oltre 32 milioni di lavoratori negli Usa sono privi del diritto alla rappresentanza negoziale (36).

In concreto, la discriminazione può derivare sia dall'inserimento che dall'assenza del nome del lavoratore in un elenco: in altri termini è illecito l'uso di liste per discriminare (*blacklist*) o favorire (*whitelist*) un lavoratore in ordine all'assunzione. Allo stesso modo, è proibito il licenziamento del lavoratore per il fatto che il suo nome appare (*blacklist*) o è assente (*whitelist*) nell'elenco illecito.

Il divieto di *blacklisting* si estende alle notizie sul periodo precedente l'impiego (*pre-employment background records*), se ottenute o rilasciate (non da terzi ma) dal lavoratore nel procedimento di esame della candidatura ai fini della assunzione (37). Allo stesso modo, sono perseguibili

(33) Fonte: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics (January 20, 2006), *Union Members in 2005*, Table 3. *Union affiliation of employed wage and salary workers by occupation and industry*. Sullo stesso tema (Dati anno 2004): U.S. Department of Commerce, Census Bureau, *Statistical Abstract of the United States 2006, Labor Force, Employment and Earnings*, Tables 647, 648, 649 (pp. 436-437).

(34) Fonte: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics (January 20, 2006), *Union Members in 2005*, Table 5. *Union affiliation of employed wage and salary workers by state*. Sullo stesso tema (Dati anno 2004): U.S. Department of Commerce, Census Bureau, *Statistical Abstract of the United States 2006, Labor Force, Employment and Earnings*, Tables 647, 648, 649 (pp. 436-437).

(35) *International Confederation of Free Trade Unions (Icftu), Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2006*, p. 160.

(36) U.S. General Accounting Office (Gao), *Collective Bargaining Rights (Information on the Number of Workers With and Without Bargaining Rights), Report to Congressional Requesters U.S. Senate* (Gao 02-835), September 2002, pp. 10-14.

(37) *State of Montana, Department of Labor and Industry (Hearings Bureau), Corine Owen v. City of Billings Police Department (2003)*, 28th January 2003, case n. 572-2003.

le condotte o affermazioni invasive del diritto alla riservatezza sulla vita personale del lavoratore (*invasion of privacy issue*) (38).

Nel diritto americano, la *privacy* è legata al concetto di divulgazione (*disclosure*) di fatti e notizie riguardanti la vita privata (39). Il fatto divulgato deve essere vero, per essere protetto dalla *privacy action*, mentre la diffusione di informazioni false e diffamatorie è sanzionata con la *defamation action*.

Certamente, la *privacy action* ricorre anche in caso di divulgazione illecita di notizie vere che pongono la persona in una connotazione pubblica negativa (*claim for false light*) (40). Tuttavia, la legislazione e l'ambiente culturale stesso in cui sono immerse le relazioni industriali sembrano porre, come un presupposto ontologico, il principio che il datore di lavoro ha il diritto a un lavoratore «trasparente» (*naked employee*). In questo contesto, è pacificamente diffuso il concetto che il meccanismo di selezione (*personality testing*) degli aspiranti a una occupazione deve consentire l'esclusione del *walking lawsuit*, della «causa ambulante»: locuzione che contiene a un tempo il piantagrane, l'irregolare, il sindacalizzato e il sindacalista (41).

Il sistema americano, nel suo complesso di statuti federali, leggi statali e *case-law*, si trova stretto tra il principio di intangibilità della libertà individuale e l'aspirazione a raccogliere, memorizzare, ordinare, elaborare, incrociare, comunicare informazioni su un «lavoratore di vetro» (42).

Negli Usa, in alcuni Stati federali, le leggi locali consentono al datore di lavoro di compilare e comunicare giudizi negativi sul lavoratore, purché espressi in «buona fede» (43). In aggiunta, quando al preceden-

(38) M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, Jovene, pp. 31-36.

(39) D. J. Solove, M. Rotenberg, P. M. Schwartz, *Information Privacy Law*, New York, 2nd Edition (2006), Aspen Publishers (Wolters Kluwer), pp. 798-867; A. L. Greenspan, *Employer's Guide to Workplace Privacy*, New York, 4th rev. ed. (2004), Aspen Publishers (Wolters Kluwer), pp. 11-17.

(40) A. L. Greenspan, *Employer's Guide to Workplace Privacy*, New York, 4th rev. ed. (2004), Aspen Publishers (Wolters Kluwer), pp. 5-6.

(41) Sul *personality testing* e sul rapporto con le disposizioni del *National Labor Relations Act* (Nlra) o *Wagner Act*: F. S. Lane, *The Naked Employee: How Technology Is Compromising Workplace Privacy*, New York, 2003, American Management Association (Amacom Books), pp. 221-222 e pp. 249-250.

(42) M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, Jovene, pp. 37-38 (p. 37 per la locuzione «lavoratore di vetro», particolarmente icastica).

(43) *Administrative Review Board* (Arb), *Odom v. Anchor Lithkemko*, Case No. 96-WPC-1, slip. Op. at 13, October 10, 1997.

te datore di lavoro è posto il quesito se consiglierebbe il lavoratore per l'assunzione, egli non ha l'obbligo giuridico di rispondere: in altri termini, la pratica della *job reference* consente la formazione di un giudizio negativo implicito o inespresso (tramite il silenzio o la mancata risposta), oltre che la formulazione diretta di attestazioni ostili.

La «buona fede» consente anche l'inserimento della clausola anti-sciopero (*no-strike clause*) negli accordi collettivi, per vietare lo sciopero in alcuni periodi di vigenza del contratto. In questa ipotesi, non si ritiene sussistere una pratica illecita se l'accordo è assunto in buona fede (*bargain in good faith*) dal datore con il consenso del sindacato (44).

Le controversie e i conflitti tra lavoratori e datori di lavoro, la vigilanza e la funzione nomofilattica sull'applicazione delle norme del *National Labor Relations Act* (Nlra) o *Wagner Act* sono rimesse a una agenzia federale indipendente, il *National Labor Relations Board* (Nlrb), i cui giudizi sono resi esecutivi o annullati dalle Corti d'Appello federali (45).

Il *Board* vigila sulle elezioni che certificano la rappresentatività del sindacato, compie audizioni e decide sulle condotte illecite nelle relazioni di lavoro (*unfair labor practice*) sia delle imprese che delle organizzazioni sindacali, promuove e conduce indagini ispettive. I membri sono designati dal Presidente Usa e l'incarico è sottoposto all'approvazione del Senato.

Il fatto che il *Board* abbia anche funzioni quasi-giurisdizionali impedisce il ricorso diretto alla magistratura, mentre il procedimento di nomina dei membri influisce sulla composizione del Nlrb e lo rende permeabile all'orientamento politico dell'esecutivo presidenziale, con forti divergenze periodiche nell'applicazione delle tutele. L'influenza politica si svela nell'uso delle ingiunzioni (46) a tutela dei lavoratori, nei casi di prova evidente di una azione illecita del datore di lavoro, che varia secondo l'orientamento (democratico o repubblicano) dell'amministrazione presidenziale (47). L'ingiunzione ai sensi della Se-

(44) R. Emmet Murray, *The Lexicon of Labor*, New York, 1998, The New Press, *No-strike clause*, p. 129.

(45) R. Emmet Murray, *The Lexicon of Labor*, New York, 1998, The New Press, *National Labor Relations Board* (Nlrb), p. 125.

(46) *National Labor Relations Act* (Nlra), Section 10(j).

(47) Fonte: *National Labor Relations Board* (Nlrb), *End-of-Term Report on Utilization of Section 10(j) Injunction Proceedings, June 1, 2001 through December 31, 2005*, Memorandum GC 06-02, January 2006.

zione 10(j) del *National Labor Relations Act*, resa eseguibile tramite l'ordine di una Corte federale, può consentire il reintegro immediato del lavoratore per evitare il pregiudizio derivante dalla durata della procedura giudiziaria e dalla inutilità concreta di una decisione tardiva. Tuttavia, il numero medio totale per anno delle ingiunzioni emesse (per l'intera forza di lavoro Usa nel settore privato) è di alcune decine (48). Il numero dei lavoratori Usa per ciascun funzionario del Nlrb era di 30.176 nel 1980 e di 69.407 nel 2003 (49). Infine, il Nlrb impiega una media di 609 giorni per decidere un caso e questo scoraggia la maggior parte dei lavoratori coinvolti in casi di intimidazione e coercizione o di licenziamento discriminatorio (50).

Una parte della competenza è anche assegnata all'*Office of Administrative Law Judges* (Oalj) presso il Ministero del lavoro Usa (*Department of Labor*). L'*Office of Administrative Law Judges* (Oalj), diviso in otto uffici distrettuali, è autorità federale (*trial court*) per un'ampia casistica di programmi ministeriali, sommariamente riconducibili al controllo pubblico sulle condizioni di lavoro, alla tutela di particolari categorie di lavoratori (minatori e gente di mare), al rispetto delle libertà civili e alle norme contro la discriminazione razziale, religiosa, sessuale (*civil right actions*) (51).

(48) Fonte: *American Rights at Work* (Araw), *Eye on the Nlrb, Key Enforcement Tool Collects Dust at Bush Nlrb* (April 26, 2006), Table 1. *Comparison of the use of injunctions between administrations: 46 injunctions* per anno con il presidente Ronald Reagan (1981-1989); 41 con George H. W. Bush (1989-1993), 62 con William J. Clinton (1993-2001), 16 con George W. Bush (nel periodo di presidenza dal giugno 2001 al dicembre 2005). Una parte delle ingiunzioni autorizzate potrebbe risentire di una sovrapposizione nella fase di transizione tra le amministrazioni presidenziali, poiché i dati sono raccolti dal Nlrb per anno fiscale e non per calendario civile.

(49) Fonte: *American Rights at Work* (Araw), *Eye on the Nlrb, Growing Workforce, Shrinking Protection* (July 27, 2005) (<http://www.americanrightsatwork.org>).

(50) *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu), *Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2006*, Bruxelles, 2006, pp. 159-164; *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu), *Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2005*, Bruxelles, 2005, pp. 148-153. I dati dei due Rapporti indicano un aumento costante del tempo di decisione: la media 2004 (*Annual Survey 2005*, pp. 148-153) era di 557 giorni, con un aumento di quasi due mesi in un anno.

(51) Tra gli altri programmi federali sottoposti al sindacato dell'*Office for Administrative Law Judges* (Oalj): *Black Lung Benefits, Longshore Workers' Compensation, Immigration-related Alien Labor certifications and Enforcement Actions, Nuclear and Environmental Whistleblower, Fair Labor Standards Act enforcement actions, OFCCP Civil Right Actions*.

Il *National Labor Relations Board* (Nlrb) ha ritenuto che un clima di minacce velate rivolte al lavoratore, per l'attività sindacale o il sostegno alle iniziative e rivendicazioni sindacali, può costituire una pratica illecita (52).

Tuttavia, sebbene la fattispecie sia vietata, ne risulta diabolica la prova per i lavoratori coinvolti in atti discriminatori (53). Infatti, perché il rifiuto di assunzione sia dichiarato discriminatorio è necessario innanzitutto dimostrare:

1) che il datore stava assumendo o programmava concretamente di assumere del personale, al tempo della asserita condotta illecita;

2) che il lavoratore richiedente ha le competenze o l'esperienza rilevanti in relazione ai requisiti richiesti per la posizione lavorativa offerta, o, in alternativa, che il datore di lavoro non ha rispettato uniformemente quei requisiti, o che i requisiti medesimi erano pretestuosi o erano formati come pretesto per la discriminazione;

3) che l'*animus* antisindacale ha contribuito alla decisione di non assumere il lavoratore richiedente.

Una volta acquisiti questi elementi, si produce una inversione dell'onere di prova per dimostrare che il lavoratore non sarebbe stato assunto anche in assenza della attività o appartenenza sindacale (54). Il *National Labor Relations Board* (Nlrb) può emettere un ordine di reintegro (*full reinstatement*) nell'impiego precedente o, se questo è stato soppresso, in una posizione lavorativa in concreto equivalente, senza pregiudizio per l'anzianità di servizio o per alcun altro diritto o beneficio, compresi il reddito e le utilità perduti in seguito alla discriminazione illecita (55).

La necessità di dimostrare l'esistenza di una azione obiettiva e concreta di *blacklisting* restringe l'utilizzabilità anche delle prove documentali e ha indotto a escludere che costituisca una pratica illecita il solo scambio di informazioni (tra i datori) sui ricorsi per discriminazione promossi dai lavoratori.

(52) *National Labor Relations Board* (Nlrb), *ITT Federal Services Corporation and Lockheed Martin Services Inc. and Seafarers International Union et al.*, 335 Nlrb No. 79 (2001), August 27, 2001 (*Decision and order*), pp. 998-1015.

(53) *Administrative Review Board* (Arb), *Allen and others v. Stewart Enterprises Inc.*, Case No. 05-059, August 17, 2005.

(54) *National Labor Relations Board* (Nlrb), *ITT Federal Services Corporation and Lockheed Martin Services Inc. and Seafarers International Union et al.*, 335 Nlrb No. 79 (2001), August 27, 2001 (*Decision and order*), p. 1000.

(55) *National Labor Relations Board* (Nlrb), *Atlantic Communications Corp. v. Ignacio Ventura*, Case 2-CA-36066, October 19, 2004 (*Decision and order*).

Alcune delle pratiche antisindacali dei datori di lavoro sfuggono alla griglia legale o si impongono in via interpretativa davanti al *Board* e, anche quando gli imprenditori cadono nell'illiceità, le sanzioni sono considerate un «normale costo di produzione» (*a routine cost of doing business*) (56).

La situazione relativa al rispetto dei diritti sindacali ha una evidente relazione con la tutela dei diritti fondamentali della persona (57). Alain Supiot ha osservato che il lavoro non si trova soltanto al punto di incontro tra la persona e le cose. Il lavoro è anche, dalla scomparsa della schiavitù e del servaggio, «al punto di incontro tra subordinazione e libertà». Anche tra uomini liberi ed eguali, il lavoro comporta l'organizzazione di una gerarchia, la sottomissione degli uni al potere degli altri (58).

La *Dichiarazione universale dei diritti umani* (Onu, 10 dicembre 1948) dispone che «Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione e di associazione pacifica» (art. 20, comma 1) e che «Ogni individuo ha diritto di fondare dei sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi» (art. 23, comma 4) (59).

La Confederazione internazionale dei sindacati liberi (Cisl) ha rilevato che negli Usa i lavoratori continuano a subire intimidazioni e licenziamenti per l'attività sindacale (60). Alcuni dei comportamenti antisindacali realizzati dai datori di lavoro sono leciti per la legislazione americana, mentre il sistema giudiziario è incapace di assicurare una effettiva tutela e le sanzioni sono lievi se il datore agisce illegalmente.

(56) *International Confederation of Free Trade Unions (Icftu), Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2005*, Bruxelles, 2005, p. 150.

(57) L. Compa, *Unfair Advantage (Workers' Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards)*, New York, August 2000, Human Rights Watch (Hrw).

(58) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 1re édition «Quadrige» (2002), Puf Quadrige, p. 9: *Le travail n'est pas seulement au point de rencontre de la personne et des choses. Il est aussi, depuis la disparition de l'esclavage et du servage, au point de rencontre de la servitude et de la liberté. Car même entre des hommes libres et égaux, le travail implique l'organisation d'une hiérarchie, la soumission des uns au pouvoir des autres.*

(59) Su questo tema, con riferimento alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: W. Däubler, *I diritti dell'uomo e il mondo del lavoro*, in q. *Riv.*, 1989, 2-3, pp. 289-291.

(60) *International Confederation of Free Trade Unions (Icftu), Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2004*, Bruxelles, 2004, pp. 131-134. Il Rapporto è anche disponibile in francese: *Confederation Internationale des Syndicats Libres (Cisl), Rapport Annuel des Violations des Droits Syndicaux 2004*, Bruxelles, 2004, pp. 115-119.

Il datore ha il diritto di organizzare «incontri a presenza obbligatoria» (*captive audience meetings*) (61), «incontri a porte chiuse» (*closed-door meetings*) (62) e incontri individuali (*one-on-one meetings*) (63) per tenere pronunciamenti a contenuto antisindacale. Il datore può adottare provvedimenti disciplinari e anche intimare il licenziamento nei confronti dei lavoratori che non abbiano assistito agli incontri. La legge consente di «predire» (sebbene non di «minacciare») che una azienda possa chiudere se i lavoratori sosterranno il sindacato (64).

La giurisprudenza, con un pronunciamento della Corte d'Appello del Settimo Circuito (65) a conferma di una decisione Nlrb, ha tuttavia ritenuto che configuri una azione illecita l'invito, contenuto in un documento interno, a denunciare alla dirigenza aziendale gli atti di propaganda per l'iscrizione al sindacato o la distribuzione dei moduli di delega.

Oltre che alla iscrizione al sindacato o al sostegno alla attività sindacale, la pratica discriminatoria del *blacklisting* può manifestarsi in seguito a segnalazioni, reclami o ricorsi del lavoratore (*whistleblowing activity*) (66) in materia di salute e sicurezza sul lavoro, di protezione

(61) E. J. Masson, «*Captive Audience Meetings in Union Organizing Campaigns: Free Speech or Unfair Advantage?*», in *Hastings Law Journal*, Volume 56, Number 1, November 2004, pp. 13-18; *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu), *Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2004*, Bruxelles, 2004, p. 131; P. Hardin e J. Higgins (*Editors in chief*), *The Developing Labor Law*, BNA Books; 4th edition (January 2002), Volume 1, Part II, pp. 112-113.

(62) *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu), *Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2004*, Bruxelles, 2004, p. 132.

(63) Afl-Cio, *The Silent War: The Assault on Workers' Freedom to Choose a Union and Bargain Collectively in the United States*, Issue Brief, September 2005, p. 2.

(64) *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu), *Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2004*, Bruxelles, 2004, p. 132: «Negli Stati Uniti c'è una intera industria di consulenti e avvocati il cui solo scopo è la soppressione della libertà dei lavoratori di formare sindacati e agire collettivamente» (*There is an entire industry in the United States of consultants and lawyers whose sole purpose is to suppress the freedom of workers to form unions and bargain collectively*).

(65) *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit* (Illinois, Indiana, Wisconsin), *Brandeis Machinery & Supply Co. v. National Labor Relations Board*, Cases Nos 04-3156, 04-3537, June 24, 2005.

(66) M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, Jovene, pp. 226-254. La locuzione *to blow the whistle* (letteralmente «suonare il fischietto»), nel senso di denunciare un illecito o richiamare l'attenzione su una irregolarità, non ha frasi idiomatiche corrispondenti in italiano. Mariapaola Aimo traduce *whistleblowing* con il termine «soffiata» o «denuncia» (pp. 226-227).

dell'ambiente, di fatti illeciti (67). Il *whistleblower* è il dipendente che riporta gli illeciti del datore alla pubblica amministrazione o a una pubblica autorità garante (68). In questo senso, il *blacklisting* può tradursi in atti di rappresaglia verso il lavoratore (*retaliatory blacklisting*) che abbia invocato il rispetto di leggi statali o federali. Il datore di lavoro che intenda preparare il terreno per il licenziamento o per la formazione di note caratteristiche negative potrebbe iniziare a redigere richiami per ogni mancanza, reale o artificiosa, che possa dimostrare una prestazione inadeguata o problematica all'interno del fascicolo personale del dipendente. A questo proposito, la denuncia delle irregolarità o illegalità nell'impresa può ridurre i lavoratori a bersagli particolarmente vulnerabili di *blacklisting*.

È il problema delle possibili forme di esercizio del diritto di critica da parte del lavoratore e persino del rapporto tra la subordinazione nell'impresa e la posizione di cittadino che denuncia gli illeciti di cui è venuto a conoscenza.

Il *Whistleblower Protection Act* (Wpa), la legge federale applicabile ai dipendenti pubblici, e le altre leggi federali e statali assicurano tutela al lavoratore che denuncia gli illeciti, ma la protezione dalla rappresaglia incontra spesso il limite della posizione contrattuale occupata dal dipendente e della sua strutturale debolezza in ordine ai mezzi di prova (69).

In un caso, un camionista eccepiva che l'obbligo contrattuale di compiere la consegna entro le sei ore successive (*six-hour rule*) alla presa in carico del materiale, anche se avvenuto in piena notte (tra le 23 e le 5-6 del mattino successivo), ponesse un problema di sicurezza e chiedeva di eseguire una fermata per riposare o dormire nel corso dei trasporti notturni (70). Il committente replicava che l'interruzione del trasporto avreb-

(67) *Administrative Review Board* (Arb), *Pickett v. Tennessee Valley Authority*, Cases Nos. 02-056, 02-059 (ALJ Case No. 01-CAA-18), November 28, 2003.

(68) *Black's Law Dictionary* (Bryan A. Garner, *Editor in Chief*), *Whistleblower*, West Publishing Company, 8th ed. (2004), p. 1627.

(69) *Black's Law Dictionary* (Bryan A. Garner, *Editor in Chief*), *Whistleblower act*, West Publishing Company, 8th ed. (2004), p. 1627: le leggi federali che contengono disposizioni a tutela del *whistleblower* sono *Whistleblower Protection Act* (Wpa), *Occupational Safety and Health Act* (Osha), *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (Cercla), *Air Pollution and Control Act* (Apcra).

(70) *Administrative Review Board* (Arb), *Anderson v. Jaro Transportation Services and McGowan Excavating Inc.*, Case No. 05-011, November 30, 2005. Il caso è interessante anche per l'equiparazione al lavoratore subordinato di un trasportatore a contratto, che «personalmente conduca un veicolo commerciale» (*including an independent contractor when personally operating a commercial motor vehicle*), sotto il profilo

be causato, oltre al ritardo della consegna, anche un rischio assicurativo poiché il carico era garantito solo durante il viaggio e non per le soste in aree di parcheggio. Il lavoratore effettuava comunque le fermate nel corso dei viaggi notturni ed era per questo licenziato. In seguito al licenziamento, il lavoratore presentava due ricorsi al Ministero dei trasporti (*Department of Transportation*) a tutela della sicurezza e impugnava il licenziamento. I ricorsi e la richiesta di reintegrazione erano respinti, perché il lavoratore non aveva fornita adeguata prova che il licenziamento era dovuto alla sua richiesta di rispettare la legislazione in materia di trasporti e di sicurezza (71). Secondo quanto affermato dal camionista, invece, il licenziamento era stato imposto dal committente del trasporto all'impresa da cui egli dipendeva, sebbene con un contratto da collaboratore indipendente. Inoltre, il lavoratore lamentava che il committente lo aveva sottoposto a *blacklisting* presso altri imprenditori nel corso delle sue successive richieste di occupazione. L'intera vicenda si è conclusa per mancanza di prova dell'attività ritorsiva (*malicious purpose*) (72).

La referenza (*job reference*) e il giudizio sulla condotta lavorativa o sull'idoneità professionale sono il mezzo con cui si sanziona pretestuosamente il comportamento sgradito del lavoratore (73).

A questo proposito è significativa la decisione Nlrb (74) confermata dalla Corte d'Appello del Sesto Circuito (75) a tutela di una infermiera attiva nel sindacato di categoria, accusata di negligenza e licenziata. In

della tutela [*employee protection (whistleblower) provisions*] assicurata dal *Surface Transportation Assistance Act* (Staa). In altri termini, è posta l'equivalenza tra collaboratore autonomo (*independent contractor*) e lavoratore dipendente (*employee*), quando vi sia un rapporto di monocommittenza o dipendenza economica in assenza di una reale struttura di impresa.

(71) *Administrative Review Board* (Arb), *Anderson v. Jaro Transportation Services and McGowan Excavating Inc.*, Case No. 05-011, November 30, 2005, in *Usdoll/Oalj*, n. 1 (*The Legal Standard*), p. 5.

(72) *Administrative Review Board* (Arb), *Anderson v. Jaro Transportation Services and McGowan Excavating Inc.*, Case No. 05-011, November 30, 2005.

(73) B. L. Little e D. Sipes, *Betwixt and Between: the Dilemma of Employee References*, in *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 2000, 12, 1, pp. 1-8.

(74) *National Labor Relations Board* (Nlrb), *Norton Healthcare Inc., d/b/a Norton Audubon Hospital and Nurses Professional Organization affiliated with the United Nurses of America, American Federation of State, County and Municipal Employees, Afl-Cio*, Cases 9-CA-36909 e 9-CA-37091 (*Elizabeth Jane Gentry v. Norton Audubon Hospital*) (*Decision and order*), January 30, 2004.

(75) *U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit* (Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee), *Norton Healthcare Inc., d/b/a Norton Audubon Hospital v. National Labor Relations Board*, Cases Nos. 04-1304, 04-1428, July 8, 2005.

questo caso, la Corte d'Appello ha riconosciuto che il licenziamento (*termination*) si fondava su un intento di rappresaglia per l'attività sindacale svolta dalla lavoratrice, in violazione del *National Labor Relation Act* (Nlra). La condotta dell'infermiera consisteva, tra l'altro, nella distribuzione di moduli per l'iscrizione al sindacato e di opuscoli sindacali, nell'esporre il distintivo dell'organizzazione e nella pubblica dichiarazione di appartenenza nonostante l'ammonimento (*warning*) che la sua condotta lavorativa sarebbe stata attentamente sorvegliata. La Corte d'Appello ha riconosciuto che l'azione discriminatoria può essere dedotta «dalla espressa ostilità del datore di lavoro alle organizzazioni sindacali, dalla conoscenza dell'attività o del sostegno del lavoratore all'azione sindacale, dalla relazione temporale tra gli eventi, dalla disparità di trattamento dei lavoratori attivi nel sindacato rispetto agli altri dipendenti, dalla incapacità del datore di rendere una adeguata motivazione [per le sanzioni adottate]». Nonostante l'esito positivo, tra il licenziamento (12 luglio 1999) e la sentenza della Corte d'Appello (8 luglio 2005) sono trascorsi sei anni.

La casistica delle motivazioni pretestuose, addotte per piegare la fragile difesa contro la discriminazione illecita (*unfair labor practice*), si coniuga con l'ampia diffusione del recesso unilaterale *at will* (il nostro licenziamento *ad nutum*) da parte del datore.

La Dichiarazione di Philadelphia del 1944, riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil), chiarisce che «le libertà di espressione e di associazione sono condizioni essenziali del progresso sociale» (76) e che occorre realizzare «il riconoscimento effettivo del diritto di condurre negoziati collettivi e la cooperazione dei datori di lavoro e dei lavoratori, per il miglioramento continuo dell'efficienza produttiva e per l'elaborazione e l'applicazione della politica sociale ed economica» (77).

Gli Usa non hanno ratificato la Convenzione Oil (C)87 del 9 luglio 1948 per la libertà di associazione e il diritto di organizzazione (*Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention*) e la Convenzione Oil (C)98 del 1° luglio 1949 per il diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva (*Right to Organise and Collective Bargaining Convention*). Le lacune hanno particolare effetto sui lavora-

(76) Oil (Ilo), *Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del Lavoro*, 10 maggio 1944, Philadelphia, par. I, lett. b.

(77) Oil (Ilo), *Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del Lavoro*, 10 maggio 1944, Philadelphia, par. III, lett. e.

tori immigrati (78) e sono spesso poste a fondamento di specifiche raccomandazioni conseguenti a ricorsi presentati in sede Oil dalle organizzazioni sindacali americane (79).

La Convenzione Oil (C)87/1948 pone il principio di libertà sindacale verso lo Stato, come diritto di organizzazione collettiva. La Convenzione chiarisce che deve intendersi quale *organizzazione* sindacale protetta «ogni organizzazione di lavoratori o datori di lavoro per promuovere e difendere gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro» (art. 10).

La Convenzione Oil (C)98/1949 stabilisce che i lavoratori beneficiano di «adeguata protezione contro gli atti di discriminazione antisindacale in ordine alla loro occupazione» (art. 1, comma 1); in particolare, la tutela è assicurata verso gli atti mirati a subordinare l'occupazione del lavoratore alla condizione di non iscriversi a un sindacato o di abbandonare l'iscrizione a una organizzazione sindacale (art. 1, comma 2, lett. *a*), e contro le azioni finalizzate al licenziamento di un lavoratore o ad arrecare qualunque altro pregiudizio per l'iscrizione a un sindacato o la partecipazione alle attività sindacali al di fuori dell'orario di lavoro e anche all'interno dell'orario di lavoro con il consenso del datore (art. 1, comma 2, lett. *b*). La Convenzione Oil (C)98/1949 si riferisce espressamente all'attività sindacale come distinta dalla mera liceità di costituire associazioni o di aderirvi (art. 2) e pone il principio della libertà sindacale nei rapporti intersoggettivi e di negoziazione collettiva.

In ogni caso, con una specifica Dichiarazione del 1998 (80), l'Oil dispone espressamente che tutti i membri, anche qualora non abbiano ratificato le convenzioni riconosciute come fondamentali, hanno un obbligo, dovuto proprio alla loro appartenenza all'Organizzazione, di ri-

(78) Oil (Ilo), *Committee on Freedom of Association*, Case number 2227 (Report No. 332 United States), *Complaint against the Government of the United States presented by the American Federation of Labor and the Congress of Industrial Organizations (Afl-Cio) and the Confederation of Mexican Workers (Ctm)*, October 2002.

(79) Oil (Ilo), *Committee on Freedom of Association*, Case number 1130 (Report No. 248 United States); Case number 1401 (Report No. 253 United States); Case number 1416 (Report No. 254 United States); Case number 1437 (Report No. 256 United States); Case number 1420 (Report No. 259 United States); Case number 1467 (Report No. 262 United States); Case number 1543 (Report No. 278 United States); Case number 1523 (Report No. 284 United States); Case number 1557 (Report No. 284 United States); Case number 1557 (Report No. 291 United States).

(80) Oil (Ilo), *Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del Lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti*, 1998, Ginevra.

spettare, promuovere e realizzare, in buona fede e conformemente alla Costituzione, i principi riguardanti i diritti fondamentali che sono oggetto di tali convenzioni:

- a) libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva;
- b) eliminazione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio;
- c) abolizione effettiva del lavoro infantile;
- d) eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione.

In altri termini, la Convenzione Oil (C)87 e la convenzione Oil (C)98, ratificate da oltre cento Stati ma non dagli Usa, vincolano tutti i membri in forza della mera appartenenza all'Oil. Le due convenzioni hanno, del resto, un valore di fonte costituzionale, poiché pongono i principi fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil) (81).

Le conseguenze della mancata ratifica delle convenzioni Oil ricadono principalmente sulle categorie di lavoratori che la legislazione Usa esclude dalla protezione per l'esercizio dei diritti di associazione e attività sindacale o di sciopero: tra tutti, i lavoratori agricoli, i lavoratori domestici, i collaboratori autonomi, i dipendenti pubblici, i professori universitari (82). La tutela, infatti, ristretta alla legislazione nazionale, si concentra sui mezzi offerti dall'ordinamento interno americano. Negli Usa, i lavoratori «senza difesa» (*defenseless workers*) equivalgono ad alcune decine di milioni di persone, con una diffusione assai varia tra le categorie produttive e le classi sociali (83). In molti casi, l'esclusione prevista per «quadri» (*supervisors*) e «dirigenti» (*managers*) consente il diniego di tutela a lavoratori con minime responsabilità di coordinamento all'interno della struttura aziendale.

La posizione del lavoratore diviene particolarmente fragile, in un contesto di generale atomizzazione delle tutele. Il *Polygraph Protection Act* adottato dal Presidente Reagan il 27 giugno 1988 proibisce ai datori di lavoro di compiere indagini sulla lealtà del lavoratore (*lie detector tests*). Tuttavia, la legge consente di usare il poligrafo (la cosiddetta «macchina della verità») quando il datore abbia il ragionevole dubbio che il

(81) Oil (Ilo), *Official Bulletin*, 1974, 152.

(82) *National Labor Relations Act* (Nlra), Section 2.

(83) L. Compá, *Unfair Advantage (Workers' Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards*, New York, August 2000, Human Rights Watch (Hrw), pp. 244-312.

lavoratore è coinvolto in furti o altre attività suscettibili di arrecare danno economico per l'azienda. La procedura è sottoposta a numerose restrizioni, ma essa è definita come *name-clearing polygraph test* che potrebbe tradursi, per salvarne il senso, come «test di innocenza». Il test mediante poligrafo, nonostante la sua scarsa accuratezza, è presentato come un mezzo per evitare al lavoratore i costi e il tempo di un processo in sede giudiziaria.

Nello stesso contesto, molte leggi statali americane (California, Georgia, Florida, Indiana, Mississippi, Missouri, Ohio, Tennessee, Utah, Virginia, Wisconsin) proibiscono al datore di indagare in qualsiasi forma se il lavoratore trasporta o custodisce armi da fuoco nel veicolo parcheggiato in azienda poiché questo compulterebbe il diritto costituzionale di difendersi alla fine della giornata lavorativa e a ogni ora del giorno e della notte (84).

Gli effetti negativi della mancata ratifica delle Convenzioni Oil, anche sotto il profilo della debole tutela giurisdizionale, sono periodicamente denunciati dal Comitato sulla libertà di associazione e dal Comitato degli esperti nel corso delle sessioni della Conferenza internazionale sul lavoro. In sostanza, come per altri organismi internazionali, si assiste alla ricorrente impossibilità di rendere coerente il rapporto tra esecutività ed esecutorietà della legislazione all'interno degli ordinamenti statuali (85). Le Convenzioni Oil hanno il valore di trattati internazionali: gli Stati membri sono vincolati alla emanazione di leggi di ratifica, ma se questo non si verifica debbono solo inoltrare rapporti periodici sullo stato della legislazione nazionale in materia e sulle prospettive e le vicende della procedura di ratifica. Il ricorso (*complaint*) contro un governo nazionale per violazione dei diritti di associazione sindacale non conduce a una accusa o condanna formale in sede Oil (86) che del resto non impedirebbe il recesso (*withdrawal*) dall'Organizzazione. Il *withdrawal* degli Usa (dal 1977 al 1980) produsse una perdita di un quarto del *budget* Oil.

In ordine alla nozione di «lavoratore», essa è generalmente restrittiva con riferimento all'applicazione della tutela sindacale prevista dal *Natio-*

(84) Tra gli altri: *Oklahoma Self-Defense Act*, 21 Okla. Stat. par. 1290.22.

(85) *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu), *Internationally Recognised Core Labour Standards in the United States, Report for the Wto General Council Review of the Trade Policies of the United States*, Geneva, 13 and 15 March 2006, pp. 1-19.

(86) Oil (Ilo) *Committee on Freedom of Association, Procedure for the Examination of Complaints Alleging Infringements of Trade Union Rights*, par. 23.

nal Labor Relations Act (Nrla), tendenzialmente riferibile al prestatore subordinato (*employee*) del settore privato, mentre è assai più ampia rispetto ad altre forme di attività protetta (come il *whistleblowing*) per le quali vale la diversa definizione di «lavoratore» (*worker*) e persino di «col-laboratore autonomo» (*independent contractor*).

La legislazione statale è assolutamente diversificata. Il Massachusetts incoraggia la pratica e le procedure di contrattazione collettiva «attraverso la protezione dell'esercizio della piena libertà associativa dei lavoratori, della auto-organizzazione e designazione di rappresentanti di libera scelta allo scopo di negoziare i termini e le condizioni del loro impiego o di altre forme di reciproca assistenza e tutela» (87).

Il Texas ha una tendenza rigida rispetto alla prova del licenziamento discriminatorio o per rappresaglia. In questo senso, l'interpretazione delle norme statali coinvolte appare meno favorevole al lavoratore e restrittiva rispetto alla giurisdizione della costa atlantica (88).

La rivelazione di informazioni sul lavoratore, dopo il licenziamento, è generalmente sanzionata qualora sia finalizzata a discreditare il dipendente in relazione a una richiesta di occupazione presso un diverso datore di lavoro e a impedirne l'assunzione. In proposito, la legislazione statale dell'Indiana sanziona espressamente il *blacklisting* (IC 22-5-3) e impone la divulgazione di una attestazione *scritta e veritiera* (*a truthful statement*) circa le cause del licenziamento (89). Inoltre, il lavoratore ha il diritto di ottenere copia di ogni comunicazione rivolta dal precedente datore di lavoro a quelli cui l'assunzione è richiesta. Tuttavia, il dipendente che intenda valersi della protezione per *blacklisting* deve fornire la prova che il rifiuto di impiego deri-

(87) *Massachusetts General Laws (MGL)*, Chapter 150, par. 1. Si tratta di una legge (la cosiddetta *Baby Wagner Act*) applicabile soltanto al lavoro nel settore privato. Lo sciopero dei pubblici dipendenti è illegale in Massachusetts. Si consideri anche *MGL*, c. 149, section 20: «Nessuno, personalmente o indirettamente, può costringere o indurre una persona a un accordo scritto od orale di non aderire o diventare un membro di una organizzazione sindacale come condizione per la sicurezza di impiego o prosecuzione nell'impiego» (*No person shall, himself or by his agent, coerce or compel a person into a written or oral agreement not to join or become a member of a labor organization as a condition of his securing employment or continuing in the employment of such person*).

(88) *Texas Supreme Court, Haggard Clothing Company v. Hernandez*, Case No. 03-0897 (May 13, 2005).

(89) *Indiana Code (IC)*, Title 22 *Labor and Safety*, Article 5 *Unlawful Labor Practices*, Chapter 3, *Blacklisting*. (Precedentemente: Acts 1889, c. 166, s. 1.) Come modificati da Acts 1978, P.L.2, SEC.2227; P.L.218-1995, SEC.1.

va dalla consapevolezza (del datore cui l'assunzione è richiesta) della falsità e neutra ritualità dei motivi dell'attestazione, i quali occultano una intesa tra gli imprenditori, in concreto finalizzata alla discriminazione.

Sul piano legislativo, la situazione negli Usa resta immutata da alcuni decenni (90). Allo stato attuale, il Congresso Usa sta esaminando *The Employee Free Choice Act* che potrebbe contribuire a espandere i diritti dei lavoratori del settore privato (91). L'approvazione dell'*Employee Free Choice Act* (92) (S.842/H.R. 1696), a integrazione della regolamentazione federale, incontra forti resistenze dovute principalmente alle misure contenute nel testo che:

- 1) rafforza la rappresentatività sindacale e la contrattazione collettiva;
- 2) prevede sanzioni in caso di rifiuto di contrattazione con il sindacato;
- 3) incrementa il coefficiente di calcolo per il risarcimento al lavoratore illecitamente discriminato o licenziato per attività sindacale;
- 4) dispone l'innalzamento dell'ammenda per condotta antisindacale.

Joseph Stiglitz ha osservato che la mobilità dei lavoratori può essere limitata, in caso di licenziamento, dallo *stigma* che rende difficile ottenere un'altra occupazione, anche se i datori non agiscono in collusione (ma la collusione potrebbe essere tacita). Nonostante le altre imperfezioni del mercato del lavoro, questo aspetto, da solo, pone i lavoratori in una posizione decisamente svantaggiata (93).

3. — *Il blacklisting in Italia* — In Europa, come negli Usa, la «globalizzazione» dell'economia ha condotto a relativizzare il ruolo del diritto nella rete delle trasformazioni del rapporto di lavoro e dei livelli di tutela dell'occupazione. Negli Stati Uniti ricorre spesso la nozione

(90) H. Benson, *A Rising Tide of Union Democracy*, in R. M. Tillman e M. S. Cummings (editors), *The Transformation of U.S. Unions*, Boulder, Colorado, 1999, Lynne Rienner Publishers Inc., pp. 27-47.

(91) *International Confederation of Free Trade Unions (Icftu)*, *Annual Survey of Violations of Trade Union Rights 2005*, Bruxelles, 2005, p. 149.

(92) L'*Employee Free Choice Act* è stato presentato dai senatori Edward Kennedy e Arlen Specter (S. 842) e dai deputati George Miller e Peter T. King (H.R. 1696) nel corso del 109° Congresso (19 aprile 2005). Alla data del 31 maggio 2006, il testo aveva ricevuto una doppia lettura ed era in esame al *Committee on Health, Education, Labor, and Pensions* del Senato.

(93) J. E. Stiglitz, *Employment, Social Justice and Societal Well-Being*, in *International Labour Review*, 2002, 141, 1-2, pp. 9-29 (p. 11 per la citazione).

di *governance*, ma anche in Europa continentale si preferisce utilizzare il termine *regolazione* per distinguerne il concetto dalla *regolamentazione* (94).

Il fenomeno del *blacklisting*, la cui persistenza è apertamente denunciata nei sistemi giuridici anglosassoni, si profila anche in Italia con casi di «schedatura» (95) e discriminazione dei lavoratori coinvolti in attività sindacale o in sciopero (96).

Oltre a interpellanze parlamentari, a seguito di sanzioni individuali minacciate nei confronti di scioperanti o di aderenti a sindacati sgraditi alle organizzazioni imprenditoriali (97), vi sono notizie di analoghi comportamenti nelle pubbliche amministrazioni. In tempi recenti, una Regione ha tentato di adottare un sistema di rilevazione nominativa degli aderenti alle giornate di sciopero che costituisce un caso emblematico ed espresso di *blacklisting* (98).

La procedura prevista dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (99) ha un legame storico con il *New Deal* del Presidente Roosevelt: «essa

(94) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 1re édition «Quadrige» (2002), Puf Quadrige (Prefazione dell'edizione «Quadrige»), p. IX: *En Europe comme aux États-Unis, la globalisation de l'économie a conduit à relativiser la place du droit dans la maîtrise des transformations du travail et de l'emploi. Aux États-Unis, c'est la notion de governance qui est le plus souvent utilisée à cet effet (par opposition à government), tandis qu'en Europe continentale on parle plus volontiers de régulation (Regulierung, regolazione) pour se démarquer de la simple réglementation (Regelung, regolamentazione).*

(95) Sulla schedatura dei lavoratori in Italia: B. Guidetti Serra, *Le schedature Fiat (Cronaca di un processo e altre cronache)*, pref. S. Rodotà, Torino, 1984, Rosenberg & Sellier; G. Ghezzi, *Processo al sindacato. Una svolta nelle relazioni industriali: i 61 licenziamenti Fiat*, Bari, 1981, De Donato.

(96) O. Casagrande, *Diebold licenzia i sindacalisti*, in *Il Manifesto*, venerdì 19 maggio 2006, p. 9; L. Venturelli (a cura di), *La testimonianza. «Carriera finita se ti iscrivi al sindacato»*, in *l'Unità*, sabato 5 novembre 2005, p. 14: «Quando mi sono iscritta al sindacato, la gerente fu molto chiara. Mi disse: la tua carriera qui è finita, metticci una pietra sul posto da vice-caporeparto».

(97) Senato della Repubblica, XIV Legislatura (339a Seduta pubblica), Giovedì 20 febbraio 2003 (pomeridiana), interpellanza 2-00311 (senatore Malabarba) e interpellanza 2-00312 (senatore Salvi).

(98) Regione Sicilia, Assessorato alla Sanità (Dip. Reg. Fondo Sanitario), prot. n. 3510 del 27 settembre 2004 e Regione Sicilia (Ausl 6 di Palermo), prot. n. SG4/21021 del 14 ottobre 2004, in *l'Unità*, lunedì 1° novembre 2004, p. 1 e p. 13. Si trattava delle giornate di sciopero nella Sanità dal 28 settembre al 23 ottobre 2004.

(99) Legge 20 maggio 1970, n. 300, recante *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento* (*Gazz. Uff.*, 27 maggio 1970, n. 131).

venne desunta, quanto meno come modello, dal *Wagner Act*, cioè da una legge emanata dal Congresso degli Stati Uniti di America negli anni trenta...» (100).

La norma dell'art. 28, come clausola e direttiva generale, mostra tutta la sua attualità ed efficacia nel rapporto tra i mezzi di prova, il decreto in prima istanza, la sentenza in caso di opposizione, l'impugnazione e l'eventuale ricorso in Cassazione (101). Tuttavia il rimedio dell'art. 28 non ha un carattere statico. Esso dipende, per la sua applicazione, dalla ricomposizione delle regole o dalla loro frantumazione. «Molto spesso il germe della disgregazione si annida nell'applicazione stessa delle norme, anche le più rigide, in un'interpretazione distorta dal condizionamento dei contesti culturali, economici, politici, sociali o psicologici. Si tratta quindi di una frantumazione, per così dire, dall'interno» (102).

Le vicende condotte all'esame della giurisprudenza mostrano, da alcuni anni, una intensificazione di pratiche illecite e discriminatorie, spesso in forme oblique e surrettizie (103). La condotta ostile, specialmente se rivolta verso un singolo lavoratore o un gruppo di lavoratori selezionati tra gli altri, può integrare il reato di maltrattamenti (art. 572 cod. pen.), quando i dipendenti siano destinatari di insulti, mortificazioni, rimproveri aggressivi, ritorsioni e vessazioni (104).

Inoltre, il *blacklisting* può riguardare lavoratori italiani (cd. «a Statuto locale») presso le strutture internazionali o di paesi stranieri presenti sul territorio nazionale. In questo caso, l'azione prevista dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori non sarebbe esperibile (105).

(100) F. Governatori, *A proposito dello Statuto dei lavoratori*, Postfazione in A. Piccinini e S. Mangione (a cura di), *Ventotto. Trent'anni di condotta antisindacale a Bologna (1975-2005)*, Roma, 2006, Ediesse, pp. 282-283.

(101) A. Piccinini e S. Mangione (a cura di), *Ventotto. Trent'anni di condotta antisindacale a Bologna (1975-2005)*, Roma, 2006, Ediesse, pp. 21-31 per la Presentazione di A. Piccinini.

(102) G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, Adelphi, p. 108.

(103) M. Miscione, *A richiesta dei lavoratori: licenziamento di colleghi sindacalmente attivi* (nota a Pretura Teramo, 25 luglio 1994, Filtea c. Soc. Manuero 2000), in *Lav. giur.*, 1994, 2, pp. 917.

(104) Tribunale di Torino, sentenza 3 maggio 2005, in *Foro it.*, 2005, 12, II, coll. 664-700.

(105) Corte di Cassazione, Ss.Uu. civili, sentenza 18 ottobre 2005, n. 20106, disponibile per estratto in *Guida al diritto*, 2005, numero 44, pp. 49-52 (con commento di M. Astuto e F. S. Ivella, *Per chi lavora al seguito di militari alleati la competenza rimane dello Stato estero*, p. 53); Cass., Ss.Uu. civ., sentenza 24 marzo 1981, n. 1677 (riv. 412352).

A questo proposito occorre rilevare che il *blacklisting* può esprimersi in rappresaglia al comportamento del lavoratore all'interno della struttura produttiva (quando, ad esempio, aderisca a uno sciopero), ma può derivare anche dall'attività estranea al rapporto di lavoro (come le relazioni personali e affettive o l'impegno politico) (106).

Accanto all'art. 28, che tutela direttamente la libertà di associazione e di svolgimento dell'attività sindacale sul luogo di lavoro, la norma che assicura la protezione più efficace contro il *blacklisting* per causa *estranea* all'impresa è l'art. 8 dello Statuto (Divieto di indagini sulle opinioni) che proibisce di indagare la «condotta» del lavoratore e ogni fatto non rilevante ai fini della attitudine professionale (107).

La mera esistenza della norma giuridica non è un elemento sufficiente perché il dato reale si adegui a essa. La conflittualità interviene sull'equilibrio dei rapporti di forza da cui è condizionata l'effettività stessa delle norme di condotta. Spesso è il meccanismo di rappresentanza collettiva, processuale e legale, che consente alle organizzazioni sindacali di respingere le iniziative illecite, dirette o indirette, incoraggiate dalla prevalente, strutturale posizione di potere in cui si trova il datore di lavoro (108).

Il sistema italiano della contrattazione collettiva, innanzitutto su base nazionale, ha una interna capacità protettiva dalla infiltrazione di pratiche discriminatorie verso lavoratori aderenti al sindacato o comunque attivi nelle rivendicazioni sindacali (109). La giurisprudenza ha, per orientamento consolidato, la posizione che il diritto di sciopero riconosciuto dall'art. 40 Cost. incontra solo i limiti derivanti dal bilanciamento con altri diritti di rango costituzionale (110). Le norme imperative a tutela delle libertà sindacali dei lavoratori sono estensibili, all'esterno dell'area del lavoro subordinato, a tutti coloro che svolgono attività lavora-

(106) F. Piccioni, *I ferrovieri alla politica: «Basta con l'autoritarismo»*, in *Il Manifesto*, venerdì 5 maggio 2006, p. 9; G. Rossi, *Una spia tra i lavoratori*, in *l'Unità*, Sabato 10 settembre 2005, p. 1 e p. 15.

(107) Cass., Sez. lavoro, sentenza 2 marzo 1988, n. 2225 (riv. 458043); Cass., Sez. lavoro, sentenza 12 giugno 1982, n. 3592 (riv. 421552).

(108) A. M. Perrino, *Resiste l'anima di garanzia del diritto del lavoro?*, in *Dir. lau.: tutela del lavoratore o del datore di lavoro?*, ricordo di Massimo D'Antona a sette anni dalla scomparsa, in *Foro it.*, 2006, 4, V, 157-159.

(109) A. Perulli, *Una nuova frontiera all'antisindacalità: il contratto collettivo aziendale erga omnes*, in *Giust. civ.*, 1993, 2, I, pp. 535-544.

(110) Corte di Cassazione, Sez. lavoro, sentenza 17 dicembre 2004, n. 23552, disponibile per estratto in *Foro it.*, 2005, 10, I, 2774-2778.

tiva, anche se in forma parasubordinata e autonoma. Sulla base di tale premessa, derivante da principi di natura costituzionale (artt. 1, 18, 39 Cost.), la Cassazione ha ritenuto «che la tutela dell'associazionismo, del proselitismo e dell'attivismo per finalità collettive di lavoro, anche se parasubordinato o autonomo, costituisca un'esigenza primaria, insita nel sistema, ancorché non codificata, la cui violazione non può non qualificarsi illecita per contrasto con norme imperative» (111).

La posizione del lavoratore emerge assai indebolita dall'alterazione del rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva, e soprattutto dalla rimessione, all'autonomia individuale, delle scelte circa il ricorso agli istituti di flessibilità nel lavoro (112). La contrattazione nazionale di categoria, la contrattazione decentrata e la rappresentatività sindacale sono elementi che integrano una fattispecie complessa, retta da un difficile equilibrio.

La libertà di espressione nel rapporto di lavoro risente fortemente del grado di tutela della *privacy* del lavoratore (113), a maggior ragione per la costante evoluzione tecnologica dei mezzi di controllo (114). La materia è adesso disciplinata dalla legislazione di protezione dei dati personali (115). A questo proposito, si è osservato che nonostante la corposa e articolata gamma di *diritti informativi* ideata dal legislatore, «l'armamentario individuale non è di fatto sufficiente a controbilanciare la situazione di congenita debolezza che il più delle volte accompagna il lavoratore subordinato e che conseguentemente influisce sull'effettivo esercizio dei diritti formalmente riconosciuti» (116). L'effettività della protezione verso il preponderante potere di controllo dell'imprenditore ha una garanzia nella predisposizione

(111) Magda Maria L. G. Rocca, *Parasubordinazione nel contratto di agenzia e illiceità del recesso antisindacale*, Cass., Sez. II civ., sentenza 19 ottobre 2005, n. 20197, in *I Contratti*, 2006, 5, pp. 481-492: è illecito il recesso da un contratto di agenzia con una società di persone per finalità di rappresaglia e ritorsione nei confronti del comportamento sindacale tenuto anche da uno solo dei soci.

(112) A. Bellavista, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in q. *Riv.*, 2004, 2, I, pp. 189-202.

(113) M. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, Jovene, pp. 37-171.

(114) A. Bellavista, *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 2002, 3, I, pp. 149-183.

(115) D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il «Codice in materia di protezione dei dati personali» (Suppl. ord. *Gazz. Uff.*, 29 luglio 2003, n. 174).

(116) M. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, Jovene, p. 326.

di strumenti di tipo collettivo e nella partecipazione sindacale in ordine alle forme di trattamento dei dati personali individuali.

La questione della diffusione di dati riguardanti la storia personale dei lavoratori ha un legame con la regolazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro (117). Le informazioni relative ai lavoratori sono oggetto di comunicazione e diffusione da parte di operatori pubblici e privati, entro il quadro legislativo previsto in materia di occupazione e mercato del lavoro (artt. 8-15 del d.lgs. n. 276/2003).

L'aspetto adesso più preoccupante è posto dalla disciplina delle notizie che potrebbero indurre un trattamento discriminatorio (118) in un contesto che, per la borsa continua nazionale del lavoro, è definito come un sistema «aperto e trasparente di incontro tra domanda e offerta di lavoro» alimentato da tutte le informazioni utili immesse liberamente sia dagli operatori pubblici e privati, autorizzati o accreditati, sia direttamente dai lavoratori e dalle imprese (art. 15 d.lgs. n. 276/2003).

Il lavoratore ha il diritto di indicare i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i propri dati devono essere comunicati (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) tuttavia «sembra ragionevole ritenere che, sul piano della realtà effettuale, sarà estremamente difficile che il lavoratore eserciterà effettivamente il diritto [...] perché il bisogno di lavoro spingerà il soggetto a evitare di frapporre tutti quegli ostacoli che ne potrebbero limitare la futura occupazione» (119). Inoltre, poiché il silenzio possiede una indubbia forza evocativa, il rifiuto o la limitazione del consenso rispetto alle notizie sulla posizione attuale o pregressa del lavoratore avrebbe una efficacia negativa sulle prospettive di assunzione.

Il d.lgs. n. 276/2003 pone il divieto di indagare, raccogliere, trattare o comunque utilizzare per preselezione, anche con il consenso dei lavo-

(117) D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, recante la «Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30» (Suppl. ord. *Gazz. Uff.*, 9 ottobre 2003, n. 235). In particolare sono rilevanti l'art. 8 (Ambito di diffusione dei dati relativi all'incontro domanda-offerta di lavoro), l'art. 9 (Comunicazioni a mezzo stampa, *internet*, televisione o altri mezzi di informazione), l'art. 10 (Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori), l'art. 11 (Divieto di oneri in capo ai lavoratori).

(118) A. Bellavista, *L'incontro domanda-offerta di lavoro e il trattamento dei dati personali*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione (Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003)*, Roma, 2004, Ediesse, artt. 8-10, pp. 39-52.

(119) A. Bellavista, *L'incontro domanda-offerta di lavoro e il trattamento dei dati personali*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione (Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003)*, Roma, 2004 Ediesse, artt. 8-10, p. 42.

ratori, i dati relativi a convinzioni personali, affiliazione sindacale o politica, credo religioso, sesso, orientamento sessuale, stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, età, *handicap*, razza, origine etnica, colore, ascendenza, origine nazionale, gruppo linguistico, stato di salute *nonché a eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro*, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa (art. 10, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) (120).

Il divieto di trattamento relativo «a eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro» riguarda dati *ordinari* e in questo senso si pone come una specificazione dell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori. Tuttavia, le eccezioni che consentono di superare il divieto legale potrebbero alimentare la propensione a raccogliere informazioni personali sulla storia individuale dell'aspirante a un impiego. L'estraneità dell'inciso riguardante le eventuali precedenti controversie di lavoro emerge con evidenza nell'elenco di dati quasi tutti di natura sensibile: da un lato, il diritto alla personalità individuale o all'identità personale (convinzioni, credo religioso, «razza»); dall'altro, la tutela in giudizio dei propri diritti e interessi.

La raccolta di dati sulle controversie insorte tra lavoratori e datori di lavoro può tradursi in una forma indiretta di *blacklisting* motivata con la pretesa necessità di rendere disponibili le «caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa».

Non è una eventualità eccezionale. La fattispecie può realizzarsi in materia di inquadramento professionale, quando il lavoratore abbia instaurato una controversia per ottenere il riconoscimento delle mansioni superiori svolte in concreto o l'assegnazione definitiva alla categoria superiore (art. 2103 cod. civ.) (121). La categoria o profilo di inquadra-

(120) Su questo tema: art. 6 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 13 ottobre 2004 (in *Gazz. Uff.*, 8 novembre 2004, n. 262).

(121) Art. 2103 cod. civ.: «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un pe-

mento del lavoratore ha certamente influenza sulle «modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa».

L'art. 8 dello Statuto protegge il lavoratore dalle indagini *del datore* di lavoro, mentre la norma in esame (art. 10 d.lgs. n. 276/2003) potrebbe consentire la raccolta di informazioni sulle controversie con i precedenti datori di lavoro da parte delle agenzie per il lavoro e degli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati. Si tratterebbe, in questo caso, di una intermediazione informativa legale, sebbene illegittima.

In questa prospettiva, l'art. 10 d.lgs. n. 276/2003 rischia di porsi in contrasto con i precetti costituzionali in materia di dignità, libertà, uguaglianza, di tutela del lavoro, di ricorso in giudizio per la rivendicazione dei diritti (artt. 1, 3, 4 e 24 Cost.).

Non è chiara la rilevanza della disposizione ai fini dell'instaurazione di un rapporto di lavoro, ma il rischio è che «di fatto si spingerebbero i lavoratori a rinunciare a rivendicare i propri diritti anche quando la pretesa fosse del tutto legittima, nel timore che tale azione possa pregiudicare l'ottenimento di una nuova occupazione» (122).

Nel diritto del lavoro, il rapporto tra diritti sostanziali e diritto processuale, tra la prova dei fatti e la possibilità concreta di azione in sede giudiziaria, è una misura «cartesiana» dell'efficacia regolativa della legislazione.

riodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva a una altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive».

(122) A. Bellavista, *L'incontro domanda-offerta di lavoro e il trattamento dei dati personali*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione (Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003)*, Roma, 2004, Ediesse, artt. 8-10, p. 52.

DOCUMENTAZIONE

PROMEMORIA PER UNA DELEGA VALIDA ED EFFICACE PER LA REDAZIONE DI UN TESTO UNICO DELLA SICUREZZA E IGIENE DEL LAVORO (*)

Premessa. — Dopo l'esito negativo delle iniziative delle precedenti legislature, per la formulazione di un Testo Unico che rispondesse alle esigenze di chiarezza e coordinamento e desse maggior vigore ed efficacia alla normativa in tema di sicurezza del lavoro, si sta oggi predisponendo – da parte del governo – un disegno di legge delega, per il quale è doveroso auspicare una sorte diversa rispetto ai disegni precedenti, ove esso consenta la realizzazione di un ampio consenso del Parlamento, della comunità scientifica, delle parti sociali, delle associazioni che si occupano del settore.

I giuristi che si occupano di sicurezza e igiene del lavoro nell'ambito del Comitato Scientifico e Direttivo della *Rivista giuridica del lavoro* hanno ritenuto opportuno indicare – col presente promemoria – almeno alcune delle fondamentali condizioni necessarie perché il testo della legge delega risponda effettivamente alle cennate esigenze. Non vi è, in queste note, alcuna pretesa di esaustività, ma solo l'intento di recare un contributo, oggi nella fase di elaborazione di una proposta di legge delega, successivamente, durante l'*iter* parlamentare di approvazione e ancor dopo, nell'ambito della elaborazione dei decreti legislativi, manifestando nel contempo la piena disponibilità per un confronto di idee, il più ampio e approfondito possibile, in qualunque sede, già sul testo della legge delega, ma successivamente anche sugli schemi dei decreti legislativi che verranno presentati al Parlamento.

1. Corrisponde non solo a esigenze di chiarezza e di corretta tecnica normativa, ma anche a necessità di ordine sostanziale, che la scelta dello strumento normativo sia coerente e adeguata, in conformità delle norme della Costituzione e

(*) Il presente documento, redatto da un gruppo di giuristi che si occupano di sicurezza ed igiene del lavoro nell'ambito del Comitato Scientifico e Direttivo della *Rivista giuridica del lavoro*, coordinati dal Prof. Carlo Smuraglia, è stato formulato in concomitanza con la diffusione di alcune bozze di disegno di legge delega in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Il testo, del 16 gennaio 2007, è stato quindi inviato informalmente ai sottosegretari ai Ministeri del lavoro e della salute per stimolare una riflessione sui punti considerati di maggior pregnanza. Il Consiglio dei ministri, successivamente (il 16 febbraio 2007), ha approvato definitivamente lo *Schema di disegno di legge recante: «Delega al governo per l'emanazione di un Testo Unico per il riassetto normativo e la riforma della salute e sicurezza sul lavoro»* che di seguito pubblichiamo. La *Rivista giuridica del lavoro*, considerata l'importanza dell'argomento, interverrà più diffusamente sul tema in uno dei prossimi numeri.

in particolare dell'art. 76. Occorre evitare una genericità eccessiva dell'impostazione della delega, che lascerebbe troppo spazio per la discrezionalità e comporterebbe il rischio di un rinvio, fino al momento della stesura finale dei decreti legislativi, del dibattito effettivo sui nodi di sostanza della materia, oltre a quello di un uso intensivo della cosiddetta «delega correttiva», spesso fonte di confusione e di interventi poco meditati.

In questo contesto, occorre che la delega sia conferita con la finalità del «coordinamento» e della «unificazione» della legislazione vigente sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, con la formula classicamente utilizzata per autorizzare il governo alla redazione di testi unici con valore di legge. Vanno peraltro precisati i principi e i criteri direttivi a cui il governo deve essere vincolato dal Parlamento, semplicemente individuando gli aspetti che il governo potrà innovare rispetto alla legislazione vigente.

In questo modo, nel presupposto che il sistema vigente non abbia bisogno di un reindirizzamento globale, ma solo di coordinamenti e unificazione e di alcuni sostanziali miglioramenti, risulteranno delineati con chiarezza gli spazi lasciati per le innovazioni da attuarsi con i decreti delegati.

Una tecnica normativa del genere, oltretutto, comporterà necessariamente un maggior coinvolgimento delle parti sociali nel procedimento normativo, in una materia in cui il loro apporto è da ritenersi essenziale.

Ulteriori vantaggi potranno essere ottenuti tenendo conto delle esperienze precedenti, dei problemi emersi nella pratica e nella stessa giurisprudenza, nonché di tutti i contributi e gli apporti emersi in Parlamento nelle più recenti legislature, attraverso contatti e confronti con i soggetti più direttamente interessati, con gli esperti, con la comunità scientifica.

Va altresì precisato fin d'ora che, sia il progetto di legge delega che, successivamente, gli schemi dei decreti delegati, dovranno essere non solo valutati e apprezzati – come è ovvio – dagli organi parlamentari, ma anche arricchiti col continuo confronto e col decisivo apporto delle parti sociali, degli esperti e della comunità scientifica.

2. Nel dettare una disciplina che definisca con chiarezza la sfera di competenze dello Stato e delle Regioni, debbono essere richiamati i confini e i limiti posti dall'art. 117 per la legislazione concorrente, la quale non potrà svolgersi se non nel rispetto dei «principi fondamentali», dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, della competenza esclusiva dello Stato sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, dei limiti derivanti della competenza esclusiva statale per «l'ordinamento civile e penale». E ciò non certo per sacrificare le notevoli e salienti potenzialità che possono essere espresse dagli interventi e dalle iniziative delle Regioni, ma per assicurare quella uniformità di tutele a livello nazionale, così importante in una materia come quella della salute e sicurezza del lavoro.

3. Tra i «principi fondamentali» debbono essere compresi, con chiarezza, il dovere generale di sicurezza, così come oggi consacrato nell'art. 2087 del codice civile, la partecipazione dei lavoratori, il divieto di abbassamento dei livelli di tutela, il divieto di subordinare la previsione e adozione di misure di sicurezza a cri-

teri di mera convenienza economica, l'obbligo di adozione di tutte le misure tecnologicamente fattibili, l'esclusione di ogni onere a carico dei lavoratori per l'adozione delle misure relative alla sicurezza e igiene, il carattere pubblico della vigilanza e dei controlli, inclusa la sorveglianza sanitaria, il principio di adeguamento del lavoro alla persona di chi lavora e alla ergonomia.

4. Il concetto di «semplificazione» va chiarito con nettezza, rendendo evidenti che in nessun caso esso può comportare un abbassamento dei livelli di tutela e precisando che gli adempimenti di «natura formale», possibili oggetto di semplificazione, sono solo quelli che non comportano conseguenze ed effetti per la prevenzione e per la tutela (quindi, per esemplificare, non possono essere considerati come adempimenti formali la valutazione e la documentazione dei rischi, i registri di esposizione, le cartelle sanitarie di rischio, e così via).

5. Debbono essere specificati con chiarezza i settori nei quali l'attuazione delle disposizioni di sicurezza può essere adeguata alle particolari condizioni di svolgimento delle attività, affermando altresì che – in armonia con i principi della normativa comunitaria – le deroghe debbono avere carattere eccezionale, essere limitate e interpretate in modo restrittivo.

6. Bisogna indicare con chiarezza che le norme di sicurezza e igiene vanno estese a tutti i tipi di lavori e a tutte le tipologie di attività produttive, specificando peraltro che – al di là di questa base comune – vanno definite misure ulteriori più strettamente collegate, appunto, alla natura peculiare delle varie prestazioni, delle attività produttive e degli ambienti di lavoro.

7. La legge delega deve chiarire che la materia è tale da dover essere disciplinata con precetti formali e di cui sia garantita con ogni strumento l'osservanza; dev'essere altresì chiarito che codici etici e/o di condotta, prassi, accordi aziendali possono integrare il sistema ma non introdurre deroghe; dev'essere altresì definito il rapporto fra queste cosiddette fonti e le norme di legge e in qual modo di esse possa essere garantito, comunque, il rispetto, non potendo la base volontaria tradursi in nessun caso in mera discrezionalità di scelte e di comportamenti.

8. Il riferimento alle «norme tecniche» deve essere accompagnato da una puntuale definizione del concetto, da una indicazione precisa delle fonti da cui esse possono provenire e dei criteri di trasparenza sia per la loro formazione che per la loro osservanza.

9. Il sistema sanzionatorio deve essere razionalizzato e rafforzato, indicando criteri e strumenti che lo rendano più efficace, compreso il ricorso – in via integrativa – a misure interdittive e a misure di natura amministrativa e «atipica»; precisando altresì strumenti e metodi di rafforzamento del sistema previsto dal d.lgs. n. 758/94.

10. Devono essere indicati precisi criteri di potenziamento dei dipartimenti di prevenzione e di vigilanza, emanando direttive concrete per evitare ogni forma di duplicazione o sovrapposizione di interventi e per assicurare, in ogni caso, il coordinamento a livello nazionale e territoriale e lo stretto collegamento con gli interventi nei confronti del lavoro irregolare e sommerso.

11. Innovazioni e miglioramenti devono essere indicati espressamente: per ciò che attiene alla sorveglianza sanitaria (da riferirsi a tutti gli aspetti di rischiosità

dell'attività lavorativa, compresi quelli relativi alle relazioni e ai comportamenti all'interno delle aziende e degli uffici e, più in generale, nei rapporti di lavoro di qualunque tipo); per quanto riguarda gli accertamenti sanitari sulle condizioni di lavoro e sulla salute dei lavoratori; per quanto, infine, attiene alle indagini epidemiologiche, sempre più indispensabili per la conoscenza e la prevenzione dei fenomeni.

12. Debbono essere rafforzate e meglio precisate le funzioni, i compiti, la tutela e la formazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, anche a livello territoriale, potenziando nel contempo anche gli organismi paritetici già previsti dal decreto n. 626/94, evitando peraltro la creazione di figure e organismi dotati di connotati di ambiguità.

13. Formazione e professionalità devono essere concetti fortemente rafforzati ed estesi, in relazione a tutte le figure e i soggetti operanti nel campo della sicurezza; formazione e informazione devono essere garantiti a tutti coloro che prestano attività lavorativa, con particolare intensità per giovani e stranieri.

14. Organismi troppo pletorici e contrassegnati da evidenti difficoltà di funzionamento, devono essere snelliti, tenendo peraltro conto dell'esigenza di apporti continuativi e stabili da parte del mondo della tecnica e della scienza.

15. Vanno espressamente potenziati e arricchiti i riferimenti all'organizzazione di lavoro come fattore primario di rischio, comprendendovi anche le così dette «costrittività» aziendali e in particolare le relazioni interpersonali nei luoghi e nei rapporti di lavoro.

16. Devono essere potenziati e meglio definiti lo studio, l'individuazione tempestiva e la prevenzione di tutte le malattie collegate al lavoro, anche sulla base di ricerche epidemiologiche.

17. Va sottolineata la necessità di creare sistemi di verifica periodica di efficacia della normativa, delle metodologie e degli strumenti, nonché delle indicazioni di sistemi correttivi.

18. È indispensabile che le ricerche e le misure relative ai rischi del lavoro femminile vengano estese – oltre a quelli correlati alla funzione riproduttiva – a tutte le specificità a esso attinenti.

19. Devono essere definiti sistemi di finanziamento non occasionale degli investimenti in sicurezza, soprattutto a favore delle imprese di minore dimensione.

20. Deve essere espressamente previsto il divieto di cumulo, per qualunque ente, organismo e soggetto, dell'attività di consulenza e assistenza con quella di vigilanza.

21. Precisi criteri direttivi vanno formulati per disciplinare la facoltà degli organi di vigilanza di sospendere l'attività produttiva in caso di pericolo, prevedendo anche l'obbligatorietà di tali interventi in casi di particolare gravità e urgenza.

22. Debbono essere indicati precisi criteri direttivi per il rafforzamento della cultura della prevenzione, con ogni possibile strumento, a cominciare dall'insegnamento delle materie relative alla sicurezza a ogni livello scolastico e universitario.

23. La delega deve infine contenere un sostanziale rinnovo di quella già conferita a suo tempo (ma successivamente decaduta) con la legge 29 settembre

2000, n. 300, anche per questo settore, ai fini della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

Come si è accennato all'inizio, le indicazioni di cui sopra non hanno pretese di completezza. Si è voluto, peraltro, individuare alcuni aspetti specifici per i quali il sistema attuale richiede miglioramenti e innovazioni, restando fermo che per tutto il resto, in nessun caso, la legge delega deve consentire la possibilità di abbassamento dei livelli di tutela attualmente esistenti.

Roma, 16 gennaio 2007

SCHEMA DI DISEGNO DI LEGGE RECANTE:
«DELEGA AL GOVERNO PER L'EMANAZIONE DI UN TESTO UNICO
PER IL RIASSETTO NORMATIVO E LA RIFORMA
DELLA SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO»
(approvato dal Consiglio dei ministri il 16 febbraio 2007)

Art. 1

*(Delega al governo per il riassetto normativo
in materia di salute e sicurezza sul lavoro)*

1. Il governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, in conformità all'articolo 117 della Costituzione e garantendo l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

2. I decreti di cui al comma 1 sono adottati, realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali:

a) riordino e coordinamento delle disposizioni vigenti, nel rispetto delle normative comunitarie e delle convenzioni internazionali in materia, in ottemperanza a quanto disposto dall'articolo 117 della Costituzione;

b) applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro a tutti i settori di attività e a tutte le tipologie di rischio, anche tenendo conto delle peculiarità o della particolare pericolosità degli stessi e della specificità di settori ed ambiti lavorativi, quali quelli presenti nella pubblica amministrazione, come già indicati nell'articolo 1, comma 2, e nell'articolo 2, comma 1, lettera b), secondo periodo del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e nel rispetto delle competenze in materia di sicurezza antincendio come definite dal decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139;

c) applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro a tutti i lavoratori e lavoratrici, autonomi e subordinati, nonché ai soggetti ad essi equiparati prevedendo:

1) misure di particolare tutela per determinate categorie di lavoratori e lavoratrici e per specifiche tipologie di lavoro o settori di attività;

2) adeguate misure di tutela per i lavoratori autonomi, secondo i principi della Raccomandazione 2003/134/Ce;

d) semplificazione degli adempimenti meramente formali in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, nel pieno rispetto dei livelli di tutela, con particolare riguardo alle piccole e medie imprese;

e) riordino della normativa in materia di macchine, impianti, attrezzature di lavoro, opere provvisoriale e dispositivi di protezione individuale, al fine di operare il necessario coordinamento tra le direttive di prodotto e quelle di utilizzo e di razionalizzare il sistema pubblico di controllo;

f) riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, per la violazione delle norme vigenti e per le infrazioni alle disposizioni contenute nei decreti legislativi emanati in attuazione della presente delega, tenendo conto della responsabilità e delle funzioni svolte da ciascun soggetto obbligato, nonché della natura sostanziale o formale della violazione, attraverso:

1) la modulazione delle sanzioni in funzione del rischio e l'utilizzazione di strumenti che favoriscano la regolarizzazione e l'eliminazione del pericolo da parte dei soggetti destinatari dei provvedimenti amministrativi, confermando e valorizzando il sistema del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758;

2) determinazione delle sanzioni penali dell'arresto e dell'ammenda, previste solo nei casi in cui le infrazioni ledano interessi generali dell'ordinamento, individuati in base ai criteri ispiratori degli articoli 34 e 35 della legge 24 novembre 1981, n. 689, da comminare in via esclusiva ovvero alternativa, con previsione della pena dell'ammenda fino a euro ventimila per le infrazioni formali, della pena dell'arresto fino a tre anni per le infrazioni di particolare gravità, della pena dell'arresto fino a tre anni ovvero dell'ammenda fino a euro centomila negli altri casi;

3) previsione della sanzione amministrativa consistente nel pagamento di una somma di denaro fino ad euro centomila per le infrazioni non punite con sanzione penale;

4) l'applicazione ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose commessi in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, delle disposizioni sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, con previsione di una sanzione pecuniaria non inferiore a mille quote e di sanzione interdittiva non superiore ad un anno;

5) la graduazione delle misure interdittive in dipendenza della particolare gravità delle disposizioni violate.

g) revisione dei requisiti e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale, con particolare riferimento al rafforzamento del ruolo del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale;

h) rivisitazione e potenziamento delle funzioni degli organismi paritetici, anche quali strumento di aiuto alle imprese nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro;

i) realizzazione di un coordinamento su tutto il territorio nazionale delle attività in materia di salute e sicurezza sul lavoro, finalizzato all'emanazione di indirizzi generali uniformi e alla promozione dello scambio di informazioni anche sulle disposizioni italiane e comunitarie in corso di approvazione nonché ridefinizione dei compiti e della composizione, da prevedere su base tripartita e nel rispetto delle competenze delle Regioni e delle Province autonome di cui all'articolo 117 della Costituzione, della commissione consultiva permanente e dei comitati regionali di coordinamento;

l) valorizzazione di accordi aziendali nonché, su base volontaria, dei codici di condotta ed etici e delle buone prassi che orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente;

m) definizione di un assetto istituzionale fondato sull'organizzazione e circolazione delle informazioni, delle linee guida e delle buone pratiche utili a favorire la promozione e la tutela della salute e sicurezza sul lavoro, anche attraverso il sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro che valorizzi le competenze esistenti ed elimini ogni sovrapposizione o duplicazione di interventi;

n) previsione della partecipazione delle parti sociali al sistema informativo, costituito da Ministeri, Regioni e Province Autonome, Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail) e Istituto superiore per la prevenzione e sicurezza sul lavoro (Ispesl), e del concorso allo sviluppo del medesimo degli organismi paritetici e delle associazioni e degli istituti di settore a carattere scientifico;

o) promozione della cultura e delle azioni di prevenzione attraverso:

1) la realizzazione di un sistema di governo per la definizione, tramite forme di partecipazione tripartita, di progetti formativi, con particolare riferimento alle piccole e medie imprese, da indirizzare, anche attraverso il sistema della bilateralità, nei confronti di tutti i soggetti del sistema di prevenzione aziendale, finanziati dall'Inail quali proprie spese istituzionali;

2) il finanziamento degli investimenti in materia di salute e sicurezza delle piccole e medie imprese, i cui oneri siano sostenuti dall'Inail, nell'ambito e nei limiti delle spese istituzionali dell'Istituto e anche per mezzo della soppressione dei trasferimenti passivi ai disciolti Enpi (Ente nazionale prevenzioni infortuni) ed Enaoli (Ente nazionale assistenza orfani lavoratori italiani), approvati dagli organi deliberanti dell'Istituto;

3) la promozione e la promulgazione della cultura della salute e sicurezza sul lavoro all'interno dell'attività scolastica ed universitaria e nei percorsi di formazione, nel rispetto delle disposizioni vigenti e in considerazione dei relativi principi di autonomia didattica e finanziaria;

p) razionalizzazione e coordinamento delle strutture centrali e territoriali di vigilanza nel rispetto dei principi di cui al decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758 e dell'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, al fine di rendere più efficaci gli interventi di pianificazione, programma-

zione, promozione della salute, vigilanza, nel rispetto e nella verifica dei risultati, per evitare sovrapposizioni, duplicazioni e carenze negli interventi e valorizzando le specifiche competenze anche riordinando il sistema delle amministrazioni e degli enti statali aventi compiti di prevenzione, formazione e controllo in materia e prevedendo criteri uniformi ed idonei strumenti di coordinamento;

q) esclusione di qualsiasi onere finanziario per il lavoratore e la lavoratrice subordinati e per i soggetti ad essi equiparati in relazione all'adozione delle misure relative alla sicurezza e salute dei lavoratori e delle lavoratrici;

r) revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a:

1) migliorare l'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private considerando il rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica;

2) modificare il sistema di assegnazione degli appalti pubblici al massimo ribasso, al fine di garantire che l'assegnazione non determini la diminuzione del livello di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori;

s) rivisitazione delle modalità di attuazione della sorveglianza sanitaria, adeguandola alle differenti modalità organizzative del lavoro, ai particolari tipi di lavorazioni ed esposizioni, nonché ai criteri ed alle linee guida scientifiche più avanzate, anche con riferimento al prevedibile momento di insorgenza della malattia.

3. I decreti di cui al presente articolo non possono disporre un abbassamento dei livelli di protezione, di sicurezza e di tutela o una riduzione dei diritti e delle prerogative dei lavoratori e delle loro rappresentanze.

4. I decreti di cui al presente articolo sono adottati nel rispetto della procedura di cui all'articolo 14 legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, congiuntamente con il Ministro della salute, il Ministro delle infrastrutture, limitatamente a quanto previsto dalla lettera r) del comma 2, e il Ministro dello sviluppo economico, limitatamente a quanto previsto dalla lettera e) del comma 2, di concerto con il Ministro delle politiche europee, il Ministro della giustizia e il Ministro dell'economia e delle finanze nonché gli altri Ministri competenti per materia, acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro.

5. Gli schemi dei decreti legislativi, a seguito di deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri, sono trasmessi alla Camera dei deputati ed al Senato della Repubblica perché su di essi sia espresso, entro quaranta giorni dalla data di

trasmissione, il parere delle commissioni competenti per materia. Decorso tale termine i decreti sono emanati anche in mancanza del parere. Qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma scada nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini previsti ai commi 1 e 6 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di 6 mesi.

6. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 1, nel rispetto dei criteri e principi direttivi fissati dalla presente legge, il governo può emanare, attraverso la procedura di cui ai commi 4 e 5, disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi.

7. Dall'attuazione della presente legge non derivano nuovi oneri e maggiori spese a carico della finanza pubblica.

