

# RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli  
già diretta da Luciano Ventura, Giorgio Ghezzi e Piergiovanni Alleva*

**ANNO LXIV - 2013 - N. 2**

*Trimestrale  
aprile-giugno 2013*

---

## **DIRETTA DA**

*Bruno Veneziani*

## **COMITATO DIRETTIVO**

*Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri, Fausta Guarriello, Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy, Sergio Mattoni, Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

## **REDAZIONE**

*Andrea Allamprese (caporedattore), Guido Canestri, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Lucia Valente*

## **COMITATO SCIENTIFICO**

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Lauralba Bellardi, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli, Stefano Giubboni, Enrico Gragnoli, Raffaele Guariniello, Mariorosario Lamberti, Luigi La Peccerella, Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari, Mario Napoli, Roberta Nunin, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Carlo Smuraglia, Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza*

## **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

*Rossella Basile*

I SAGGI CHE COMPONGONO LA PARTE I - DOTTRINA NON DEVONO SUPERARE LE 25 PAGINE NEL FORMATO DELLA RIVISTA E SONO SOTTOPOSTI ALLA VALUTAZIONE DI REFEREEES ANONIMI.

I MATERIALI PER LA PUBBLICAZIONE VANNO INVIATI PER POSTA ELETTRONICA ALLA SEGRETERIA DI REDAZIONE E DEVONO UNIFORMARSI AI CRITERI REDAZIONALI DELLA RIVISTA (CHE POSSONO ESSERE RICHIESTI ALLA STESSA SEGRETERIA).

*Proprietario ed editore*

Ediesse s.r.l.

Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

*E-mail:* ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

*Sito web della rivista*

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

*Segreteria di redazione*

Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

*E-mail:* rgl@ediesseonline.it

*Ufficio abbonamenti*

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

*E-mail:* ediesse@cgil.it

*Tariffe di abbonamento*

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

*Progetto grafico e fotocomposizione*

EDIESSE

*Stampa*

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

*Egregio Abbonato,*

*ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.*



Associato all'USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I  
DOTTRINA

IL TEMA

Per una europa politica e sociale

*Fausta Guarriello*

Presentazione 225

*Cesare Pinelli*

Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona  
e il loro impatto sul modello sociale europeo 231

*Anna Alaimo*

Presente e futuro del modello sociale europeo.  
Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione 253

*Roberta Nunin*

L'utilizzo dei principi generali nella giurisprudenza europea 277

*Maria Dolores Ferrara*

L'integrazione europea attraverso il «*social test*»:  
la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni 295

*Adalberto Perulli*

Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato  
nell'azione esterna dell'Unione europea 321

*Laura Calafà*

I confini sociali dell'*immigration policy* dell'Unione europea 347

## SAGGI

*Enrico Maria Mastinu*

- La regolamentazione contrattuale del conflitto sindacale.  
Vecchi problemi e nuove tendenze 371

## OSSERVATORIO EUROPEO

*Bianca Maria Orciani*

- La tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro:  
uno sguardo di genere alle fonti dell'Ue 407

## NOTE E COMMENTI

*Vincenzo Paolillo*

- La riforma del mercato del lavoro.  
Problematiche e criticità della nuova normativa sui licenziamenti 451

**PARTE II  
GIURISPRUDENZA**

## OSSERVATORIO «LEGGE FORNERO»

*Domenico Dalfino*

- Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni 153

## OSSERVATORIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

- Le decisioni nel trimestre ottobre-dicembre 2012  
Rapporto di lavoro 169  
Sicurezza sociale 173  
*A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini*

## RAPPORTO DI LAVORO

*Elisa Bertolini*

Il futuro della *governance* finanziaria europea  
alla luce della sentenza *Pringle*

(*Corte di Giustizia Ue*, 27 novembre 2012, C-370/2012)

179

*Michelangelo Salvagni*

Questioni interpretative sull'applicabilità dell'indennità *ex art.* 32,  
comma 5, del Collegato lavoro al lavoro temporaneo  
e alla somministrazione di lavoro

(*Cassazione*, 17 gennaio 2013, n. 1148, Sez. lav.

*Corte d'Appello Roma*, 5 marzo 2013, n. 2142

*Tribunale Roma*, 21 febbraio 2013)

195

*Milena Talarico*

Illegittimità del licenziamento collettivo condizionato

(*Cassazione*, 4 gennaio 2013, n. 106, Sez. lav., ord.)

208

*Andrea Severini*

L'obbligo informativo nei licenziamenti collettivi  
limitati a un ramo di azienda

(*Cassazione*, 11 dicembre 2012, n. 22655, Sez. lav.

*Tribunale Roma*, 17 gennaio 2011, Sez. lav.)

213

*Enrico Raimondi*

La garanzia dei crediti dei lavoratori negli appalti

(*Cassazione*, 22 giugno 2012, n. 10439, Sez. lav.)

226

*Renato Rolli*

Rapporti di lavoro, stabilizzazioni  
e rispetto dei principi costituzionali

(*Corte dei Conti*, 22 ottobre 2012, n. 293,

*Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria*)

241

*Maria Antonietta Carbone*

Gli apprendisti sono computabili ai fini del collocamento mirato

(*Corte d'Appello Brescia*, 26 ottobre 2012, Sez. lav.)

255

*Sergio Mattone*

La temporaneità quale condizione di liceità  
della somministrazione a termine: un problema ancora aperto?  
(*Tribunale Roma, 15 gennaio 2013*) 262

*Letizia Prospero*

«Esodati» bancari, fondi di solidarietà e riforma Fornero  
(*Tribunale Roma, 24 dicembre 2012, ord.*) 274

*Nicoletta Frasca*

Giusta retribuzione e contratto collettivo  
(*Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012*) 289

#### SICUREZZA SOCIALE

*Stefano Guadagno*

Abbassamento dell'età pensionabile e motivi di giustificazione  
delle disparità di trattamento  
(*Corte di Giustizia Ue, 6 novembre 2012, causa C-286/12, Sez. Prima*) 301

PARTE I  
DOTTRINA



# IL TEMA

PER UNA EUROPA POLITICA E SOCIALE

---

*Fausta Guarriello* (\*)

## PRESENTAZIONE

1. — A solo un anno di distanza dal fascicolo dedicato, nella sua prima parte, a «I diritti sociali fondamentali nell'Unione europea» (1), la *Rivista* torna sul tema dell'Europa sociale, *rectius*: di quel che resta dell'Europa sociale, sotto gli effetti devastanti della cura imposta dalle istituzioni europee basata su rigide misure di austerità, che non solo non hanno favorito la ripresa, ma che rischiano di frantumare irreversibilmente il suo storico patrimonio di diritti sociali. In continuità ideale, quindi, con quel dibattito, la *Rivista* intende proseguire nella riflessione sui cambiamenti in atto in Europa, sull'impatto che le misure anticrisi hanno avuto e stanno avendo sulle condizioni di vita e di lavoro di milioni di cittadini europei, sull'aggravamento degli squilibri tra ricchi e poveri, tra paesi virtuosi e paesi sottoposti a sorveglianza speciale della *troika* (Commissione, Bce, Fmi), sull'aumento vertiginoso della disoccupazione (12,1% nell'area Euro, secondo le rilevazioni Eurostat al 30 aprile 2013), in particolare giovanile (3.500.000 in Europa; il 38,4% dei minori di 24 anni in Italia), sulla diffusione di rapporti di lavoro flessibili e precari, sul blocco della dinamica salariale, sull'indebolimento dei legami di solidarietà tra comunità, generi e generazioni, sull'inarrestabile declino della sindacalizzazione e sul lento sgretolamento dei modelli di relazioni collettive.

L'aggravamento della situazione economica e sociale in molti paesi europei non appare, in questa fase, più in grado di essere validamente contrastato da adeguate misure redistributive e da interventi di *welfare*, ridimensionati e stremati dalla furia dei tagli ai bilanci pubblici. Si direbbe che l'obiettivo di «affamare la bestia», di cui ha scritto Laura Pennacchi nel suo saggio (2), abbia raggiunto lo scopo. Le decisioni assunte per frenare e invertire la rotta dell'indebitamento pubblico – uno degli effetti paradossali

---

(\*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara.

(1) In q. *Riv.*, 2012, I, pp. 3-123.

(2) L. Pennacchi, *Governance economica e governance sociale*, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 18.

(non la causa!) della crisi economica e finanziaria scatenata nel 2008 e dei gravosi salvataggi del sistema bancario –, e per tutelare in seguito i paesi dell'eurozona dagli attacchi speculativi, hanno mietuto tra le vittime alcune tra le istituzioni più caratteristiche di quell'economia sociale di mercato – richiamata dall'art. 3 del Trattato Ue – che ha caratterizzato l'ascesa e l'affermazione del modello sociale europeo nei «gloriosi trenta».

Un accurato allarme a difesa di tale modello è stato lanciato dal manifesto firmato da oltre cinquecento giuslavoristi europei nel gennaio 2013 per sollecitare le istituzioni europee al rispetto e alla promozione dei diritti sociali fondamentali, soprattutto con riguardo all'impatto delle cosiddette misure anticrisi (3). Le misure di austerità, infatti, imponendo riforme dei mercati del lavoro che favoriscono la deregolamentazione e la flessibilità organizzativa delle imprese, allungano l'età pensionabile, impongono drastici tagli alle retribuzioni e consentono deroghe a norme di legge e di contratto collettivo, incidono sulla struttura e sulle dinamiche della contrattazione collettiva (4), hanno finito per rendere così fragili i tratti del modello sociale europeo da provocare in larghi strati della popolazione, più esposti agli effetti della crisi, un crescente senso di insicurezza. L'aggravamento della crisi economica provocato da tali misure – sottolinea il manifesto – minaccia ora la possibilità di attuazione non solo dell'Europa sociale, ma anche del più ampio progetto di integrazione economica e politica, determinando un rifiuto dell'Europa (5) e dei suoi valori, il propagarsi della xenofobia contro le minoranze, e rischi per la civile convivenza (6).

Il deterioramento del modello sociale europeo e i connessi rischi per la coesione sociale impongono un'inversione di rotta, che restituisca il senti-

---

(3) Vedilo pubblicato nelle diverse lingue nel sito: <http://www.etui.org/Networks/Transnational-Trade-Union-Rights-Experts-Network-TTUR>.

(4) Cfr. I. Schomann, S. Clauwaert, *The crisis and the national law reforms: a mapping exercise*, Etui, Bruxelles, 2012.

(5) Di paura dell'Europa parla S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, Bari, 2013, pp. 3 e 9.

(6) Nella sua prolusione di accettazione della *laurea honoris causa*, conferitagli dall'Università Luiss Guido Carli il 6 maggio 2013, il presidente della Bce Mario Draghi ha segnalato la necessità di mitigare gli effetti inevitabilmente recessivi del consolidamento di bilancio, in favore di misure che favoriscano una crescita duratura, condizione essenziale per ridurre la disoccupazione, in particolare giovanile, che in alcuni paesi ha raggiunto «livelli che incrinano la fiducia in dignitose prospettive di vita e che rischiano di innescare forme di protesta estreme e distruttive», ricordando come la crescita è stata condizione essenziale per l'affermazione del modello sociale europeo: <http://www.agenparl.it/articoli/news/finanza>.

mento di appartenenza a un progetto comune in cui i cittadini europei possano identificarsi. Interrogarsi oggi sui tratti di questo progetto significa riaffermare i valori proclamati nelle convenzioni internazionali ratificate dagli Stati membri, in altri tempi considerate una base minima, oggi messa a repentaglio dalle misure anticrisi persino in Europa, come rivelano le procedure aperte davanti al Comitato per la libertà sindacale dell'Oil, al Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa o alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla base di denunce presentate da organizzazioni sindacali nazionali di paesi europei, talora supportate da sindacati internazionali (7).

Nel saggio di apertura del Tema su «Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo», il costituzionalista Cesare Pinelli si interroga su come si sia potuti arrivare sin qui, rinvenendo le cause nella fragilità intrinseca del modello sociale, che negli equilibri del Trattato e nella volontà degli Stati membri non ha mai assunto la stessa priorità della realizzazione del mercato interno, nell'abbandono del metodo comunitario classico in favore di forme di *soft law* basate su pratiche cognitive, nella predominanza del Consiglio formato da Governi ossessionati dal rigore di bilancio, in decisioni a forte impatto economico assunte in assetti intergovernativi a composizione variabile, nell'assenza di un progetto politico comune per contrastare la crisi dell'euro e nella supplenza svolta dalle autorità economiche e monetarie, con assoluta noncuranza degli effetti sociali prodotti dalla crisi e dalla recessione indotta dalle misure di austerità imposte agli Stati.

Eppure, le basi giuridiche per riprogettare e adattare il modello sociale europeo alle sfide dell'oggi sono presenti nel Trattato di Lisbona, che ne richiama i valori fondativi all'art. 2 (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani), attribuisce valore primario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, introduce una clausola sociale orizzontale volta ad assicurare una verifica di compatibilità con gli obiettivi sociali di tutte le misure e le politiche dell'Unione e riconosce l'autonomia delle relazioni collettive e il pluralismo dei sistemi di contrattazione collettiva.

Anna Alaimo, nella puntuale e aggiornata ricostruzione dell'effettività di tale quadro giuridico contenuta nel saggio *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, segnala la valenza fondativa dei diritti fondamentali, seppur utilizzati dalla Corte di Giustizia più come clausola di stile aggiuntiva, rispetto al tradizionale ri-

---

(7) *Benchmarking working Europe 2013*, Etuc ed Etui, Bruxelles, 2013, p. 92.

chiamo a norme di diritto primario o derivato, che come base giuridica su cui fondare le proprie decisioni, con maggiori aperture sui diritti a prestazioni sociali rispetto ai diritti legati alla posizione di lavoratore.

Un'attenzione particolare viene prestata alla clausola sociale orizzontale (Cso), il cui richiamo in recenti atti di indirizzo della Commissione e in pareri del Comitato economico e sociale fanno propendere per un'effettiva utilizzabilità nel campo delle politiche, ma anche quale parametro giuridico per il controllo di legittimità degli atti normativi. Il saggio di Maria Dolores Ferrara: *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni* approfondisce le implicazioni dell'utilizzo della Cso come strumento specifico di valutazione di impatto sociale di tutte le politiche pubbliche, sottolineandone, in adesione all'impostazione accolta nei saggi già pubblicati dalla *Rivista* (8), la sua valenza anche giuridica poiché ciascun obiettivo poggia su un diritto fondamentale che lo sostiene.

Alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in passato vero motore di integrazione sociale, è dedicato il saggio di Roberta Nunin su *L'utilizzo dei principi generali nella giurisprudenza europea*, che si interroga criticamente sull'evoluzione di tale giurisprudenza dopo la battuta d'arresto segnata dalle note sentenze di bilanciamento dei diritti collettivi con le libertà economiche garantite dai Trattati. Da tali pronunce occorre ripartire per registrare le modalità di utilizzo dei principi generali da parte della Corte e il crescente peso esercitato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dalle convenzioni internazionali in funzione correttiva/integrativa dei principi di matrice comunitaria, che scontano l'originaria impostazione ordoliberal del mercato comune. Infatti, l'allestimento del mercato interno e la realizzazione dell'Unione economica e monetaria avviati con i Trattati di Maastricht hanno modificato in senso neoliberista l'impostazione originaria dell'economia sociale di mercato, oggi riaffermata dall'art. 3 del TUE: nel quartetto di pronunce *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Lussemburgo* resterebbero tracce di tale impostazione regressiva dei diritti sociali. E tuttavia il peso di tali pronunce non va sopravvalutato: esse segnalerebbero il punto di arrivo della concezione tradizionale del mercato che si autoregola e, grazie anche agli effetti devastanti della crisi e delle misure di austerità messe in campo per contrastarla, l'evidenza empirica del suo fallimento. Una diversa concezione è possibile, fondata sullo sviluppo umano e sullo spostamento degli equilibri interni europei in favore della crescita. Il riconoscimento

---

(8) B. Veneziani, *Presentazione*, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 10; U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 47.

giuridico dei diritti fondamentali come diritto primario dell'Unione, pur se non ne modifica le competenze, la stessa Cso, il sistema valoriale su cui si fonda la costruzione europea *ex art. 2 TUE*, consentirebbero il superamento dell'impostazione economica tradizionale con un'impostazione compatibile con quella basata sullo sviluppo umano (9). Le stesse reazioni nazionali alle pronunce della Corte starebbero a dimostrare la riaffermazione delle competenze in materia sociale da parte degli Stati membri, poco propensi a cedere su tratti caratterizzanti dei sistemi nazionali di relazioni collettive, che sempre più si configurano come elementi portanti degli assetti democratici interni.

Nel quadro complessivo così delineato, un ruolo fondamentale per l'immagine dell'Europa come patria dei diritti, delle libertà e della protezione sociale è svolto dall'azione esterna dell'Unione, con le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, che impegnano le politiche commerciali con i paesi terzi al rispetto degli standard internazionali in materia di diritti umani e, nello specifico, dei diritti sociali fondamentali. Il contributo di Adalberto Perulli su «Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'Unione europea» si sofferma sugli strumenti utilizzati a tal fine, valorizzando il richiamo alla Cso e alla responsabilità della Commissione per la sua osservanza anche nel campo delle politiche commerciali con i paesi terzi: quadro europeo di *soft law* in materia di responsabilità sociale d'impresa e sistema di preferenze generalizzate che da sempre utilizza la clausola sociale come elemento di condizionalità all'importazione di prodotti con tariffe doganali agevolate sul mercato europeo.

Da ultimo, ma non ultimo, il Tema qui presentato comprende uno specifico approfondimento sulla materia controversa delle politiche europee di immigrazione, che costituiscono un aspetto nevralgico dei rapporti coi paesi terzi e delle politiche di vicinato, in particolare con i paesi dell'altra sponda del Mediterraneo, protagonisti di una difficile transizione democratica dopo le rivoluzioni delle primavere arabe. Il contributo di Laura Calafà su *I confini sociali dell'immigration policy dell'Unione europea* segnala la perdurante asimmetria tra misure volte ad assicurare la libera circolazione in ambito europolitano ed extraUnione: una regia europea delle politiche di immigrazione ancora non esiste, nonostante l'acquisita consapevolezza dell'apporto economico del fenomeno migratorio alle esangui eco-

---

(9) S. Deakin, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval judgments and the financial crisis: in search of new foundations for Europe's «Social market economy»*, in N. Bruun, K. Lorcher, I. Schomann (eds.), *The Lisbon Treaty and social Europe*, Hart, Oxford e Portland, Oregon, 2012, pp. 20 ss. La traduzione di questo saggio apparirà nel prossimo numero di *q. Riv.*

nomie europee in tempo di crisi, reiterando una concezione securitaria in aperto contrasto con gli obiettivi di inclusione sociale contenuti nel Trattato o, al più, favorendo un'immigrazione economica selettiva di *lavoratori* con elevata qualificazione o stagionali, condizionata all'esistenza del contratto di lavoro.

Il quadro che emerge dalla disamina sotto diverse angolature delle basi giuridiche e degli strumenti volti a rafforzare l'Europa sociale è alquanto deludente, ma non preclusivo di future correzioni di rotta. Il Trattato di Lisbona – su cui pure si erano concentrate le speranze di realizzazione di un'Europa più socialmente coesa e inclusiva, in un contesto politico che presti maggiore attenzione alle questioni legate alla crescita economica che al rigore monetario – potrebbe fornire le basi per una positiva inversione di rotta. La durezza della crisi sta lentamente quanto irrevocabilmente mostrando quanto i sistemi di *welfare* rappresentino un elemento essenziale dello stile di vita europeo, al tempo stesso scudo e spada, per usare una nota metafora, per proteggere i cittadini in situazioni di bisogno e per espandere la domanda pubblica, favorendo le condizioni per una ripresa durevole.

*Cesare Pinelli* (\*)

## LE MISURE DI CONTRASTO ALLA CRISI DELL'EUROZONA E IL LORO IMPATTO SUL MODELLO SOCIALE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Gli equivoci sulla «crisi finanziaria globale» e le fragilità istituzionali dell'Unione. — 2. Il riparto di attribuzioni sulla politica economica e l'Uem. — 3. Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona. — 4. Le conseguenze delle misure sugli equilibri istituzionali dell'Unione. — 5. Le conseguenze delle misure sulla tenuta del modello sociale europeo. — 6. Segnali di fragilità preesistenti alla crisi: la nozione di servizio universale e la Direttiva servizi, il Mac e i discorsi sulla *governance* postnazionale, il dialogo sociale e l'apporto effettivo delle parti sociali. — 7. Modello sociale europeo e domanda di governo dell'Unione.

1. — *Gli equivoci sulla «crisi finanziaria globale» e le fragilità istituzionali dell'Unione* — Come mai, nel volgere di pochi anni, il volto sociale dell'Unione europea si è così appannato da essere quasi sparito dal nostro orizzonte? Nei discorsi mediatici e politici, si risponde talvolta che è un costo inevitabile della «crisi finanziaria globale». Ma la spiegazione richiede un certo numero di precisazioni e di correzioni. Intanto, se per finanza globale si intende un insieme di banche commerciali internazionali, di fondi di varia denominazione e, specie, di responsabili della gestione di volumi di liquidità raccolti da gruppi di imprese sovranazionali nonché di banche di credito ordinario, operanti quotidianamente su scala globale (1), ebbero oggi la finanza globale, dopo qualche momento di ansia nel 2007-2008, e dopo aver scaricato la sua crisi sui debiti sovrani, è tornata in condizioni floridissime.

La «crisi finanziaria globale» è dunque già passata. Ma i suoi costi li stiamo ancora scontando noi europei: i protagonisti della finanza globale, non essendo limitati e regolati nella loro azione, sono in grado di sollevare enormi movimenti speculativi, cosa che hanno fatto e continuano a fare indi-

---

(\*) Professore ordinario di Diritto pubblico presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) G. Guarino, *L'Europa imperfetta. Ue: problemi, analisi, prospettive*, in Idem, *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di economia italiana*, 2011, p. 225.

rizzandoli verso l'area del mondo economicamente sviluppato nella quale potevano risultare efficaci. Si tratta di un'area dove una moneta unica copre tanti debiti sovrani fra i quali intercorrono fortissimi differenziali, dove istituzioni comuni si giustappongono a istituzioni intergovernative espressioni di Stati i cui interessi divergono enormemente, e dove manca un centro di imputazione delle scelte di politica economica, oltre che di politica sociale.

Se la crisi dell'eurozona si deve soprattutto all'allarmante *deficit* di risposta politica dell'Unione, a sua volta dovuto a gravi disfunzioni dell'assetto istituzionale, è semmai da qui che dovremmo partire per comprendere cosa è accaduto al suo volto sociale. Ma ci si pone anche un altro interrogativo. Veniamo da una fase nella quale avevamo cominciato a riconoscere i contorni di quel volto. Qualcuno aveva sperato di più nella Carta dei diritti e nella giurisprudenza; altri nei meccanismi della *governance*; qualcun altro ancora in una distribuzione virtuosa delle attribuzioni fra normative antidiscriminatorie e politiche sociali europee, da una parte, e servizi e prestazioni pubbliche nazionali, dall'altra. Comunque, al di là del diverso possibile dosaggio fra le sue componenti, non mancavano argomenti per dimostrare che il diritto europeo era andato prefigurando un proprio modello sociale (2). Ora che la crisi si è abbattuta su di esso con una potenza d'urto apparentemente insuperabile, dobbiamo chiederci come mai sia potuto avvenire senza resistenze o reazioni efficaci.

La domanda si pone a maggior ragione se si assume che il potenziale integrativo di quel modello, al di là dei suoi singoli elementi – *hard law*, *soft law* e *Open method of coordination* –, sia consistente, e che siano state piuttosto le politiche neoliberiste della Commissione Barroso a non utilizzarlo. Il volto sociale dell'Unione sarebbe appannato per ragioni politiche contingenti, non per limiti istituzionali e/o carenze normative (3).

Qui si sopravvaluta il ruolo della Commissione fino ad assimilarla a un Governo nazionale, mentre è nota la perdita del suo peso nel processo decisionale a vantaggio del polo intergovernativo, per giunta precedente di qualche anno alla esplosione della crisi. Si dirà che «la spiegazione politica» non viene per questo meno. E, in effetti, può darsi che una composizione politica del Consiglio europeo come quella della fine degli anni novanta

---

(2) V., ad es., G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul Mse al tempo della crisi globale)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 88/2011, pp. 3 ss.

(3) B.P. ter Haar e P. Copeland, *What are the future prospects for the European social model? An analysis of Eu equal opportunities and employment policy*, in *European law journal*, 2010, pp. 275-276.

avrebbe fatto passare misure di contrasto alla crisi meno inique, meno schiacciate sul risanamento dei debiti e insensibili alla crescita. Ma nemmeno in tal caso l'assetto istituzionale avrebbe potuto nascondere il differenziale politico e finanziario fra gli Stati dell'eurozona, che in virtù della crisi ha manifestato effetti devastanti sulla convivenza europea.

Siamo perciò di fronte a una duplice questione: identificare per quali aspetti le misure di contrasto alla crisi hanno specificamente colpito il modello sociale europeo, e se le ragioni che lo hanno colpito debbano almeno in parte addebitarsi a una sua intrinseca fragilità.

2. — *Il riparto di attribuzioni sulla politica economica e l'Uem* — Qualche accenno alla distribuzione di poteri sulla politica economica fra l'Unione e gli Stati membri servirà a dar conto delle recenti misure di contrasto alla crisi. L'art. 2 TfUE, dopo aver elencato le competenze dell'Unione («esclusiva» e «concorrente con quella degli Stati membri» a seconda dei settori), aggiunge al riguardo la seguente locuzione: «Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali secondo le modalità previste dal presente trattato, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione» (par. 3). La disposizione va raccordata all'art. 5, par. 1, secondo cui «Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche. Agli Stati membri la cui moneta è l'euro si applicano disposizioni specifiche», e all'art. 119, secondo cui «Ai fini enunciati all'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Parallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali dell'unione conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

Questo assetto, deciso nelle sue linee generali a Maastricht, è stato arricchito anzitutto con il «Patto di stabilità e crescita» stabilito al Consiglio di Dublino nel dicembre 1996, che introduceva fra l'altro l'obbligo per i soli Stati membri dell'Uem di rispettare il noto limite del 3% del rappor-

to *deficit*/Pil e procedure di sorveglianza volte a farlo valere, mentre richiedeva agli altri Stati dell'Ue la presentazione di «programmi di convergenza» sottoposti a diverse procedure e sanzioni.

A Lisbona è stato peraltro aggiunto uno specifico articolo al Trattato per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, secondo cui il Consiglio adotta misure per «rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio», nonché «elaborare, per quanto li riguarda, *gli orientamenti di politica economica* vigilando affinché siano compatibili con quelli adottati per l'insieme dell'Unione e garantirne la sorveglianza» (art. 136 TfUe). Mentre per la politica economica dell'insieme degli Stati membri dell'Unione sono possibili solo misure di coordinamento e indirizzi di massima (art. 5, par. 1, comma 2), per quelli dell'eurozona sono dunque previste misure specifiche di coordinamento rafforzato e «orientamenti di politica economica» evidentemente più cogenti di meri «indirizzi di massima».

Questa distinzione si articola ulteriormente a seconda che le misure di cui all'art. 136 riguardino il coordinamento delle politiche economiche o la sorveglianza sui disavanzi pubblici, che richiedono diverse procedure, rispettivamente fissate agli artt. 121 e 126 TfUe. Se, infatti, si considerano le eccezioni previste dall'art. 139, negli artt. 121 e 126 abbiamo delle disposizioni applicabili solo all'eurozona (mezzi vincolanti per correggere disavanzi eccessivi e *parti* degli indirizzi di massima) e altre per le quali solo i rappresentanti degli Stati membri dell'Uem sono titolari del diritto di voto in Consiglio (raccomandazioni sulla sorveglianza multilaterale e misure relative ai disavanzi eccessivi che riguardano solo l'eurozona), senza contare che gli Stati dell'eurozona non possono prendere decisioni diverse da quelle degli altri nel protocollo allegato che reca i noti limiti sul disavanzo e sull'indebitamento (art. 126, par. 14).

Infine, nel finalizzare la sorveglianza del Consiglio a «garantire un più stretto coordinamento delle politiche economiche e una convergenza duratura dei risultati economici degli Stati membri», l'art. 121, par. 3, echeggia la distinzione adoperata dal Patto di stabilità e crescita e poi dal Regolamento Ce n. 1466/1997 fra «programmi di stabilità» e «programmi di convergenza», rispettivamente riguardanti gli Stati dell'eurozona e quelli che non ne fanno parte. Corrispondentemente, l'art. 121, par. 4, può differenziare le procedure previste in caso di divergenza delle politiche economiche nazionali a seconda che non siano coerenti con gli indirizzi di massima o rischino «di compromettere il buon funzionamento dell'unione economica e monetaria»: gli Stati non membri dell'eurozona possono finire coinvolti solo per «le *parti* degli indirizzi di massima» che non abbiano rispettato.

I limiti di questo sistema sono stati individuati nella sproporzione fra l'obiettivo di una politica economica comune e gli inadeguati strumenti previsti allo scopo, a fronte di una politica monetaria chiaramente definita negli strumenti e negli obiettivi (4), nella rigidità degli automatismi, che non soddisfa l'esigenza di valutazioni discrezionali propria di ogni politica macroeconomica (5), in un coordinamento delle politiche economiche nazionali non in grado di prevenire comportamenti da *free rider* (6).

3. — *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona* — Oltre a evidenziare limiti preesistenti, la crisi dell'eurozona ha indotto le istituzioni europee e, come vedremo, direttamente gli Stati membri, a varare misure che hanno sovrapposto alla già complessa architettura prevista dal Trattato di Lisbona una forte ulteriore differenziazione delle procedure destinate agli Stati dell'eurozona da quelle valide per tutti gli Stati membri dell'Unione.

In un solo caso si è avuta un'innovazione del diritto primario dell'Unione. Si tratta della revisione in forma semplificata dell'art. 136 TfUE adottata dal Consiglio europeo il 25 marzo 2011, che vi aggiunge un paragrafo secondo cui «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Essa era stata originata dai dubbi di ammissibilità di misure intergovernative adottate fra Stati dell'eurozona volte al sostegno reciproco, visto l'espresso divieto dell'art. 125 TfUE, nonché il fatto che il regolamento dell'Unione istitutivo dell'*European financial stability facility* (Efsf) presuppone «circostanze eccezionali» che sfuggono al controllo degli Stati ai sensi dell'art. 122, par. 2, TfUE, nonostante Grecia e Irlanda avessero incontrovertibilmente contribuito a creare la crisi dei rispettivi debiti sovrani (7).

---

(4) R. Perissich, *L'Unione europea. Una storia non ufficiale*, Longanesi, Milano, 2008, p. 267.

(5) M. Monti, Intervista in *Corriere della sera*, 30 agosto 2011, 2, e L. Tsoukalis, *La globalizzazione, l'euro e la governance globale*, in *Italianieuropei*, 2008, 3, p. 73.

(6) S. Collignon, *Is Europe going far enough? Reflections on the Eu's economic governance*, in *Journal of european public policy*, ottobre 2004, p. 911.

(7) B. De Witte, *The european treaty amendment for the creation of a financial stability mechanism*, Sieps, European policy analysis, giugno 2011, 5. È significativo che il Considerando 4 della decisione ricordi che «Nella riunione del 16 e 17 dicembre 2010, il Consiglio europeo ha convenuto che, poiché detto meccanismo è destinato a salvaguardare la stabilità finanziaria dell'intera zona euro, l'articolo 122, paragrafo 2, TfUE non sarà più necessario a tale scopo. I Capi di Stato o di Governo hanno pertanto convenuto che non debba essere usato per tali fini».

In questo caso, comunque, l'esito è stato raggiunto entro il perimetro del diritto dell'Unione; e lo stesso è avvenuto con i cinque regolamenti e la direttiva che hanno modificato il Patto di stabilità e crescita (*Six Pack*), oltre che col già citato regolamento istitutivo dell'Efsf. Invece gli altri atti adottati allo scopo sono accordi di diritto internazionale: quelli istitutivi dei due ulteriori fondi a sostegno di Stati membri in crisi [il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (Mesf) e il Meccanismo europeo di stabilità (Mes)], il Patto Euro Plus e il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica monetaria (Tscg), più noto come Fiscal compact.

L'adozione di tali atti richiede di interrogarsi sia sulla congruità degli strumenti impiegati per rafforzare la capacità di tenuta dell'Uem di fronte agli attacchi speculativi all'euro, sia sulla conformità di alcuni di essi al diritto primario dell'Unione e al diritto costituzionale degli Stati membri. Dico subito che la mia risposta è negativa sotto ambedue i profili. Ma ciò che più conta è che i limiti funzionali e i vizi giuridici di queste innovazioni presentano, come vedremo, una comune radice.

Gli strumenti risultano *prima facie* inidonei a raggiungere gli obiettivi che vi si prefiggono. Anzitutto, gli accordi internazionali predetti non sempre sono stati stipulati dagli stessi Stati, e alcuni di essi potrebbero non essere ratificati da tutti gli Stati dell'eurozona, mentre potrebbero esserlo da Stati membri dell'Unione che dell'eurozona non fanno parte. In particolare, il *Fiscal compact* presenta effetti di geometria variabile tali da differenziare gli Stati dell'Unione in cinque o sei cerchi (8). Può un simile *puzzle* garantire una ragionevole integrazione fra le politiche economiche degli Stati membri dell'Uem, nonché il reciproco rispetto delle attribuzioni di questi e degli Stati dell'Unione non appartenenti all'Uem quale sancito dall'art. 119 TfUE?

In secondo luogo, come ha osservato Paul Craig nell'audizione alla Commissione Affari europei della Camera dei Comuni del 7 febbraio 2012 (9), il *Fiscal compact* pone una questione di principio in termini di rispetto della *rule of law*, dal momento che le regole sul processo decisionale sono state adottate con un trattato che aggira il Trattato di Lisbona in circostanze che non consentivano di rispettare i requisiti per la revisione dei

---

(8) Cfr. L.S. Rossi, «Fiscal compact» e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'Ue, in Gruppo di riflessione Csf-Iai sul *Fiscal compact*, Torino, 4 maggio 2012.

(9) Cfr. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmeulegluc1817-iluc181701.htm>; nello stesso senso J. Tomkin, *Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics: the impact of the Esm Treaty on the state of european democracy*, in *www.germanlawjournal.com*, vol. 14, n. 1, pp. 188-189.

trattati europei, come dimostra il fatto che quello stesso trattato può funzionare solo attraverso la partecipazione delle istituzioni europee alle condizioni che vi vengono dettate.

Infine, appare errata la scelta di fondo di rispondere alle sfide della speculazione finanziaria con un'intensificazione della sorveglianza delle politiche economiche nazionali in sede Uem, onde subordinare il sostegno finanziario agli Stati in difficoltà al rispetto da parte di questi ultimi delle regole fissate in comune, senza però toccare il *totem* del coordinamento. Questa «filosofia delle regole», di chiara impronta tedesca, viene apertamente professata in un Considerando di uno degli atti del *Six Pack*: «L'esperienza acquisita e gli errori commessi nel corso dei primi dieci anni dell'unione economica e monetaria evidenziano la necessità nell'Unione di una *governance* economica rafforzata, che dovrebbe fondarsi su una maggiore titolarità nazionale delle regole e delle politiche stabilite di comune accordo, nonché su un quadro più solido a livello dell'Unione per la sorveglianza delle politiche economiche nazionali» (Considerando 8 del Regolamento Ue n. 1175 del 2011).

Lo stesso approccio si ritrova nel paragrafo aggiunto all'art. 136 TfUE, nella nuova disciplina del Patto di stabilità e crescita prevista dal *Six Pack* e, soprattutto, nel *Fiscal compact*, dove, oltre al primato delle regole, che in questo caso equivale a introdurre il «pareggio del bilancio», secondo un'interpretazione specifica («saldo strutturale della pubblica amministrazione [...] pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato»: art. 3, par. 1, lett. *b*), nonché all'obbligo della parte contraente interessata, in caso di «deviazioni significative dall'obiettivo», di attivare automaticamente un meccanismo di correzione (art. 3, par. 1, lett. *e*), si prevedono procedure di sorveglianza rafforzata sul rispetto delle regole e si istituisce un «Vertice euro» fra i Capi di Stato e di Governo (art. 12), la cui struttura e le cui funzioni corrispondono a quelle del Consiglio europeo come previste dal Trattato di Lisbona (10).

L'indifferenza dei mercati a ogni annuncio di nuova misura è stata però una prova insuperabile della idoneità degli strumenti così previsti a raggiungere il fine della stabilità dell'euro.

Nello stesso tempo, per quanto riguarda il *Fiscal compact*, ci si può interrogare sulla legittimità, fra le altre, della previsione che le regole sul «pa-

---

(10) G.L. Tosato, *L'impatto della crisi finanziaria sulle istituzioni dell'Unione*, Gruppo di riflessione Csf-lai, Torino, 4 maggio 2012, in [www.astridonline.eu](http://www.astridonline.eu).

reggio del bilancio» ivi stabilite «produc[a]no effetti nel diritto nazionale delle parti contraenti [...] tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele [sia] in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (art. 3, par. 2, Tscg).

La tesi che la previsione non fosse necessaria, dal momento che l'obbligo del pareggio del bilancio era già operante nel diritto dell'Unione, avente valore prioritario sul diritto interno (11), tende di fatto a ridimensionare il possibile contrasto con il diritto costituzionale degli Stati membri. Tuttavia, il ricorso alla locuzione «pareggio del bilancio» appare estremamente equivoco, poiché l'art. 2-*bis* del Regolamento Ue n. 1175/2011, cui fa riferimento l'art. 3 Tscg là dove si richiama al «patto di stabilità e crescita rivisto», prevede che «gli obiettivi di bilancio a medio termine specifici per paese *possono divergere* dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo, offrendo al tempo stesso un margine di sicurezza rispetto al rapporto tra disavanzo e Pil del 3%».

Se, dunque, l'obbligo operante nel diritto dell'Unione vincolante gli Stati membri non equivale al «pareggio del bilancio», dal quale anzi si prevede esplicitamente la facoltà di scostamenti nei termini che si sono riportati, quale sarebbe il senso della introduzione nelle Costituzioni nazionali della regola del pareggio di bilancio? D'altra parte, come immaginare che gli autori del Tscg, nel formulare un espresso invito agli Stati membri di rivedere «preferibilmente» le loro Costituzioni nel senso ora detto, abbiano inteso semplicemente ribadire vincoli già operanti in base al diritto dell'Unione?

L'elemento innovativo è stato rinvenuto nell'intenzione di rendere «giuridicamente impossibili» tramite disposizioni di rango costituzionale i disavanzi eccessivi, ossia ciò che l'art. 126, par. 1, TfUe richiede agli Stati membri di evitare (12). Sotto questo profilo, nella misura in cui intacca il monopolio degli Stati membri del potere di normazione costituzionale sul proprio territorio, il Tscg contrasta però con il «rispetto per le identità nazionali inerenti alle loro strutture fondamentali, politiche e costituzionali» e comprensive, fra le altre, delle «essenziali funzioni dello Stato» (art. 4, par. 2, TUe), nell'ambito delle quali non può non annoverarsi la funzione di bilancio. Se così è, e se si prende sul serio l'art. 2, par. 2, Tscg, secondo cui

---

(11) G.L. Tosato, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, Relazione al Convegno Arsae/Luiss su «Costituzione e “pareggio” di bilancio», Roma, 18 maggio 2012, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it).

(12) I. Pernice, *International agreement on a reinforced economic union. Legal opinion*, gennaio 2012, in [www.greens-efa.eu](http://www.greens-efa.eu), p. 5.

«Il presente trattato si applica nella misura in cui è compatibile con i trattati su cui si fonda l'Unione europea e con il diritto dell'Unione europea», la richiesta agli Stati membri di introdurre la regola sul pareggio del bilancio tramite disposizioni «preferibilmente di natura costituzionale» dovrebbe risultare inapplicabile. Ove lo fosse, costituirebbe infatti un corpo estraneo allo stesso diritto primario dell'Unione.

Se il rilievo può valere solo in termini di stretta legittimità, dal momento che la richiesta è stata già in parte esaudita dagli Stati membri ai quali essa veniva rivolta implicitamente con maggior intensità, come l'Italia e la Spagna, non mancano ulteriori dubbi di compatibilità col diritto dell'Unione di altre disposizioni del Tscg che debbono invece essere attuate, e destinate oltretutto a esasperare la complessità dell'organizzazione e delle procedure dell'Uem nel suo rapporto con la Ue (13). Esse giungono a un punto morto, riflettendo il tentativo di irrigidire le modalità di coordinamento delle politiche economiche nazionali attraverso la prefissione di regole molto più stringenti, e controlli sul loro rispetto ancorati al paradigma della condizionalità, senza però uscire dal recinto di un'organizzazione intergovernativa (14). Nell'illusione di mantenere la propria indipendenza, ogni Stato membro cerca di trarre così in un modo o nell'altro il massimo beneficio dall'Unione, portando l'euro e l'Unione stessa verso il disastro (15).

4. — *Le conseguenze delle misure sugli equilibri istituzionali dell'Unione* — La tesi che tali atti, almeno il *Six Pack* seguito dal *Fiscal compact*, abbiano in realtà rafforzato la Commissione, le cui raccomandazioni o proposte si intendono adottate dal Consiglio se da esso non respinte a maggioranza qualificata (*reverse voting*) (16), si basa su un argomento innegabile ma parziale. Occorre altresì tener conto che tale procedura si riferisce a valutazioni delle politiche economiche nazionali compiute alla stregua di indici caratterizzati da un contestuale aumento degli automatismi, e si inserisce in un quadro organizzativo che non sembra aver complessivamente superato quell'identificazione fra coordinatori e coordinati che è stata rimproverata all'assetto istituzionale dell'Uem quale risulta dal Trattato di Lisbona (17).

---

(13) Su cui cfr. I. Pernice, *International agreement*, cit., pp. 19 ss.

(14) Alla stessa conclusione giunge, fra gli altri, G. Peroni, *Il Trattato di Lisbona e la crisi dell'euro: considerazioni critiche*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2011, p. 996.

(15) Così I. Pernice, *International agreement*, cit., p. 24.

(16) G.L. Tosato, *L'impatto della crisi finanziaria*, cit.; R. Dehousse, *La méthode communautaire est-elle dépassée?*, in *Bepa monthly brief*, febbraio 2012, p. 2.

(17) *Completing the euro. A road map towards fiscal union in Europe. Report of the «Tommaso Padoa Schioppa Group»*, Notre Europe, giugno 2012, p. 17.

In ogni caso, l'obiezione si riferisce al contenuto delle discipline introdotte, i cui effetti sull'equilibrio istituzionale restano oltretutto largamente imprevedibili, non ai processi decisionali attraverso cui le si sono adottate, e che a loro volta modellano quelli successivi nella prassi. In proposito, è opinione incontrovertita che la Commissione abbia svolto funzioni meramente ausiliarie, senza entrare in un perimetro decisionale strettamente controllato dal Consiglio europeo e in particolare dai Capi di Governo dei due maggiori Stati membri e dal Presidente permanente (18). Inoltre, ogni valutazione del peso della Commissione nell'equilibrio istituzionale dipende da se il potere di iniziativa che i trattati le intestano formalmente venga da essa esercitato sostanzialmente, oppure risulti dalla mera registrazione della convergenza di scelte dei governi nazionali: e la prassi era andata nella seconda direzione già prima che scoppiasse la crisi (19).

Ha così preso il sopravvento l'istituzione che già sulla base del solo testo del Trattato di Lisbona era stata paragonata al monarca del primo costituzionalismo del XIX secolo (20). Ma in tempi di crisi, a destare allarme non è tanto l'eccessiva concentrazione del potere nel Consiglio europeo, quanto l'assenza di governo che ha dimostrato. Per questo si è parlato di «preoccupante inevitabilità del metodo intergovernativo» (21). Come se il dilemma in cui l'Unione si sarebbe impigliata non consista più nella tradizionale contrapposizione fra metodo comunitario e decisione intergovernativa, ma in quella fra *governance* e governo (22).

Storicamente, l'Unione si è caratterizzata per una sproporzione fra una debole investitura popolare (*input legitimacy*) e una forte capacità di ottenere risultati per il benessere comune rispetto alle prestazioni raggiungibili a livello nazionale (*output legitimacy*) (23). E chi ritenga che la seconda possa compensare la prima è portato a confutare la tesi del deficit democratico. Ma il fatto è che la crisi finanziaria ha distrutto la credibilità

(18) Fra i molti, S. Fabbrini, *Nell'Europa dei governi Roma gioca in panchina*, in *Limes*, 6/2011, p. 93.

(19) R. Perissich, *Realtà e mulini a vento. Il «metodo» dell'Unione dal Trattato di Roma al Consiglio europeo del 9 dicembre 2011*, in [www.astridonline.eu](http://www.astridonline.eu).

(20) C. Franzius, *Europaeisches verfassungsrechtsdenken*, Mohr & Siebeck, Tübingen, 2010, p. 58, rip. in J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 72.

(21) O. Cramme, *The worrying inevitability of Eu intergovernmentalism*, in *Policy Network*, maggio, 3, 2012.

(22) P. de Schoutheete, *Conseil européen et méthode communautaire*, Notre Europe, 57, Policy Paper, luglio 2012, p. 32.

(23) F. Scharpf, *Governing in europe: effective and democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 6.

dell'Unione sul fronte dell'efficacia dei risultati raggiunti, ossia in termini di capacità di governo, senza che il Trattato di Lisbona sia riuscito a incrementare quella delle istituzioni politiche quanto a democrazia d'investitura, sia per proprie carenze, sia perché la sua attuazione ha coinciso con la fase più acuta della crisi.

Fra gli atti ufficiali dell'Unione, a prendere nettamente, pur se solo implicitamente, le distanze dalla filosofia delle regole è per il momento il solo Rapporto del 26 giugno 2012 «*Towards a genuine economic and monetary Union*», sottoscritto dal Presidente dell'Unione europea d'intesa con i Presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Bce. Vi si afferma che un buon funzionamento dell'Uem richiede la svolta verso una «*fiscal union*», della quale si disegnano tre tappe: nella prima, dovrebbero essere fissati limiti alla spesa annuale e al livello di indebitamento di ciascuno Stato, il cui possibile superamento dovrebbe essere giustificato e approvato in via preliminare, tenuto conto del bisogno di assicurare l'equità sociale; nella seconda, si dovrebbe pervenire a una gestione comune del debito, fondata su una progressiva assunzione comune delle decisioni di bilancio commisurata a quella dei rischi, e sulla scelta fra diverse possibili strutturazioni dei fondi comuni e forme di solidarietà finanziaria; nella terza, la creazione di una piena *fiscal union* dovrebbe comportare l'istituzione di un ministero del Tesoro e la definizione del ruolo e delle funzioni di un bilancio centrale, comprese le modalità di correlazione con i bilanci nazionali. Il Rapporto aggiunge che le decisioni di bilancio sono al cuore delle democrazie parlamentari degli Stati europei, e che il processo di integrazione verso una *fiscal union* deve pertanto basarsi sulla costruzione di un consenso dei cittadini a decisioni che presentano un impatto di lungo periodo sulla loro vita quotidiana, a partire dal coinvolgimento dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo.

Nel Rapporto si avverte un linguaggio molto diverso da quello degli atti citati in precedenza, nella consapevolezza della insufficienza delle soluzioni fin qui raggiunte, e si supera la perdurante visione intergovernativa dell'assetto istituzionale con l'abbozzo di un governo europeo dell'economia e la precostituzione di congegni che ne assicurino la legittimazione democratica. Ma, allo stato (gennaio 2013), la *roadmap* disegnata nel Rapporto per giungere a quell'approdo procede molto più lentamente di quanto vi venisse ipotizzato.

5. — *Le conseguenze delle misure sulla tenuta del modello sociale europeo*  
— Una puntuale individuazione degli effetti delle misure di contrasto alla crisi sulla tenuta del modello sociale europeo dovrebbe tenere conto di pa-

recchie variabili: alcune ancora imprevedibili; altre legate all'ipotesi di una drastica inversione di rotta, come quella di fatto caldeggiata dal Rapporto ora citato. Con questi *caveat*, si può però affermare che tali misure tendono a erodere gli stessi fondamenti e principi costitutivi del modello sociale europeo (24). Se è vero che il suo primo radicamento si è dovuto a un potenziale integrativo capace di dispiegare i propri effetti anche al di là delle strettoie del riparto di attribuzioni fra Unione e Stati membri, le misure appena descritte ne prefigurano il ribaltamento.

L'impegno dei Capi di Stato e di Governo ad attuare le misure con «i compiti a casa» non può nascondere che la loro gravosità varia enormemente; nello stesso tempo la frase è rivelatrice, perché nell'uso corrente sono gli studenti delle scuole a dover «fare i compiti a casa». L'attuazione delle misure passa dunque attraverso una sorveglianza paternalistica degli Stati considerati finanziariamente virtuosi, e perciò «maturi», su quelli che non lo sono. È un risvolto inevitabile della filosofia delle regole, destinato a distruggere il principio di solidarietà fra Stati membri ben radicato nei trattati e nella giurisprudenza europea quale «principio di struttura» dell'Unione (25), e con esso quel potenziale integrativo ascritto al modello sociale europeo.

Sul piano strettamente giuridico, le misure adottate incidono sugli assi portanti di quel modello, compresa la tenuta dei diritti fondamentali. Un primo ordine di conseguenze riguarda, indirettamente, il finanziamento dei servizi pubblici e delle politiche per l'occupazione e la crescita, nella misura in cui le regole sul pareggio del bilancio indicate nel *Fiscal compact* non prevedono alcuna distinzione fra spese di investimento e spese correnti al fine di dettare una disciplina di favore per le prime. È vero che ciò vale per le spese degli Stati membri, ma l'Unione non potrà compensare simili restrizioni fino a quando disporrà di un bilancio totalmente dipendente dagli apporti finanziari degli Stati membri, oltre che sostanzialmente non manovrabile, in quanto imperniato su voci destinate al finanziamento di certi settori.

A un distinto ordine di considerazioni si presta il funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità (Mes). È significativo che nella seduta del 23 marzo 2011, due giorni prima della decisione con cui il Consiglio europeo ha introdotto un paragrafo aggiuntivo all'art. 136 TfUE, il Parlamento europeo avesse adottato una Risoluzione che, con un emendamento non

---

(24) In questo senso S. Sciarra, *Patterns of european labour law in the crisis*, in *www.europeanrights.eu*, 2011, 2.

(25) R.M. Cremonini, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006, specie pp. 444 ss.

approvato dal Consiglio europeo, stabiliva che la «rigorosa condizionalità» dovesse adottarsi «conformemente ai principi e agli obiettivi dell'Unione quali sanciti nel Trattato sull'Unione europea e nel presente trattato». Precisazione che parrebbe ovvia, se il mero riferimento alla «rigorosa condizionalità» non evocasse troppo da vicino gli standard di condizionalità adoperati dal Fmi, di solito incentrati sulla sola stabilità finanziaria (26). Non a caso il meccanismo di stabilità è stato considerato «una copia regionale del Fmi», oltre a risultare totalmente intergovernativo per il fatto che il Consiglio dei governatori è composto dai ministri dell'Economia dell'eurozona, col risultato di aumentare la complessità e diminuire la trasparenza dell'assetto istituzionale dell'Unione (27).

Il rigetto dell'emendamento del Parlamento europeo da parte del Consiglio europeo si potrebbe ritenere irrilevante alla luce della consolidata giurisprudenza (anche europea) secondo cui i lavori preparatori non vincolano l'interprete, tanto più quando, come nella specie, portano a un esito totalmente contrastante col criterio sistematico, in forza del quale tutte le regole i principi e gli istituti presenti nel medesimo testo normativo, anche e soprattutto di livello costituzionale (o «primario» nel linguaggio del diritto dell'Unione), dovrebbero interpretarsi in modo da superare le antinomie che possano intercorrere fra di essi. Per quella via, sarebbe ammissibile un'interpretazione conforme del paragrafo aggiunto dell'art. 136 TfUe in grado di ricondurlo appunto al rispetto dei principi e degli obiettivi previsti nello stesso trattato nel quale è contenuto.

Senonché l'ipotesi presuppone una totale inerenza al diritto primario dell'Unione del Mes, cui i requisiti di «stretta condizionalità» risultano co-essenziali, mentre esso è stato solo prefigurato nel TfUe ma in concreto istituito con un trattato internazionale a esso estraneo. Il terreno di confronto fra le due ipotesi non è dunque omogeneo, nella misura in cui la prima può sostenersi sulla sola base delle correnti interpretazioni del diritto di un ordinamento sovranazionale come l'Ue, laddove l'altra sposta il tiro sulla fonte di diritto internazionale su cui si fonda il Mes, senza contare che, in tale ordinamento, il ricorso alle intenzioni delle parti costituisce uno dei criteri privilegiati nell'interpretazione dei testi normativi.

La questione dell'applicabilità al Mes dei principi del diritto dell'Unione, e in particolare della Carta dei diritti, è stata affrontata sul

---

(26) C. Pinelli, voce *Conditionality*, in *Max Planck Encyclopedia of public international law*, 2009.

(27) M. Ruffert, *The european debt crisis and european union law*, in *Common market law review*, 2011, p. 1789.

piano generale dalla Corte di Giustizia il 27 novembre 2012 nel caso *Pringle c. Irlanda*. Nel rispondere alla richiesta del giudice del rinvio se l'istituzione del Mes al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione pregiudicasse l'articolo 47 della Carta, che garantisce a tutti una tutela giurisdizionale effettiva, la Corte dapprima ha ricordato che, «conforme all'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» e che, «in virtù del paragrafo 2 dello stesso articolo, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». Poi, ha rilevato che «gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, allorché instaurano un meccanismo di stabilità come il Mes per l'istituzione del quale, come risulta dal punto 105 della presente sentenza, i Trattati Ue e fUe non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione», e che pertanto «il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva non osta alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato Mes né alla sua ratifica da parte di questi ultimi» (parr. 179-181).

Nella misura in cui costituiscono un aspetto integrante del funzionamento del Mes, la risposta desumibile da *Pringle* all'interrogativo proposto è dunque nel senso che i requisiti di «stretta condizionalità» sfuggono all'osservanza dei principi del diritto primario dell'Unione, compresa la Carta dei diritti. Il che equivale a condizionare gli aiuti finanziari a restrizioni che possono prescindere dall'esigenza di bilanciare le politiche di rientro dal debito con la salvaguardia del nucleo essenziale dei diritti sociali eventualmente riconosciuto negli ordinamenti degli Stati richiedenti, oltre che dalla Carta dei diritti.

Qui si tocca con mano come il modello sociale europeo rischi di venire compromesso non soltanto dalla rigida subordinazione delle politiche economiche e sociali all'obiettivo del rientro dal debito, ma anche, al tempo stesso, dalla implicita ma sicura differenziazione fra Stati membri di cui abbiamo ragionato, che comporta per l'Unione un potenziale autodistruttivo tutt'altro che trascurabile.

6. — *Segnali di fragilità preesistenti alla crisi: la nozione di servizio universale e la Direttiva servizi, il Mac e i discorsi sulla governance postnazionale, il dialogo sociale e l'apporto effettivo delle parti sociali* — Finora ho cercato di mettere in luce le ragioni istituzionali di questo quadro inquietante e

il deserto di politica europea nel quale ha potuto prendere forma, per dimostrare come l'attacco speculativo all'eurozona abbia funzionato più da detonatore che da causa di una crisi più profonda e risalente dell'Unione, oltre che della Unione economica e monetaria.

Ma quell'attacco ha pure svelato, anche al di là dei condizionamenti che gli derivano dal generale assetto istituzionale, una specifica fragilità del modello sociale europeo (28). Basterà indicarne alcuni segnali.

Il primo emerge nel settore strategico dei servizi pubblici. La Direttiva servizi n. 2006/123/Ce si caratterizzava fra l'altro per l'attribuzione agli Stati membri di un'ampia discrezionalità nella definizione degli obiettivi di politica sociale e dei livelli di tutela degli interessi generali e per l'esclusione dei servizi pubblici economici dal campo di applicazione del principio di libera prestazione dei servizi: esito della nota partita aperta dalla presentazione della proposta *Bolkestein*, ma decisamente contrastante con un indirizzo della Corte del Lussemburgo volto a estendere l'applicabilità di quel principio a un numero crescente di attività di interesse pubblico (29). La direttiva è stata peraltro definita essa stessa un'occasione mancata, ai fini del superamento del dilemma fra interventi volti a realizzare l'integrazione negativa e quelli destinati a evitare il *dumping* sociale (30).

È vero che il Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona, con un'ispirazione ricollegabile alla scelta di inserire i diritti sociali nella Carta di Nizza, prospetta una più comprensiva nozione di servizio universale, considerata sintomo e nello stesso tempo strumento principale di una integrazione positiva, oltre che negativa, dei mercati e dei diritti (31). Come è vero che la previsione di un regolamento, in luogo di una direttiva, onde stabilire i principi e fissare le condizioni dell'intervento dell'Unione in materia di servizi di interesse economico generale (art. 14 TfUE), rende più plausibile un'armonizzazione del diritto dell'Unione nel settore (32). Ma è pure un fatto che, al sopraggiungere della crisi finanziaria, i dilemmi e le incertezze presenti nel diritto secondario erano state tutt'altro che risolte.

---

(28) S. Sciarra, *Patterns of european labour law*, cit.; G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo*, cit., p. 27.

(29) D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 443.

(30) F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, Ets, 2011, p. 172. Sulle perduranti incertezze della direttiva v. altresì F.A. Cancilla, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 290 ss.

(31) D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 378.

(32) *Ivi*, p. 454.

Un secondo sintomo della fragilità del modello sociale europeo risale alla Strategia di Lisbona del 2000, supportata da un ambizioso disegno di *governance*, il Metodo aperto di coordinamento (Mac), che si basava su processi anziché su atti formali, sulla *soft law* piuttosto che sulla *hard law*, e sul coordinamento, la *peer review*, le reti e l'eterarchia quali elementi capaci di sostituirsi ai vecchi strumenti centralizzati e gerarchici di controllo: la Commissione avrebbe presentato le proposte di linee guida e formulato connesse raccomandazioni agli Stati membri; questi, con un'ampia partecipazione delle rispettive autonomie territoriali e delle parti sociali, le avrebbero attuate; la Commissione avrebbe quindi messo a punto le *best practices* e inviato annualmente una relazione sui progressi realizzati al Consiglio europeo, titolare di un ruolo di guida e di coordinamento per garantire la coerenza globale e l'efficace controllo dei progressi finalizzati al conseguimento del nuovo obiettivo strategico (33).

Si cercava una terza via fra assimilazione chiusa e principio del mutuo riconoscimento, ritenuto un veicolo di *dumping* sociale nel mercato del lavoro, e si riteneva di averla trovata in una soluzione che scommetteva sulle virtù del processo deliberativo (34). Secondo alcuni, la soluzione scommetteva anche troppo su di esse, a costo cioè di perdere di vista i risultati (35). Da questo punto di vista, non possono sfuggire le prime righe del comunicato conclusivo del Consiglio europeo del marzo 2005: «A cinque anni dopo il varo della Strategia di Lisbona il bilancio è modesto». Né si può negare che l'ambizione di fare dell'Unione «la più dinamica e competitiva economia della conoscenza» entro il 2010 sia stata frustrata, senza che il rilancio degli elementi costitutivi del Mac, compreso il ricorso al coordinamento delle politiche economiche, compiuto con la Strategia 2020, possa di per sé dimostrare il contrario.

Si è osservato che i sostenitori delle buone ragioni del Mac abbiano sottovalutato che il successo dell'intera operazione dipendeva in ultima analisi dalla volontà degli Stati membri di varare riforme strutturali del *welfare* (36), oltre, si può aggiungere, a richiedere lo spostamento di risorse dalle

---

(33) J.M. Rodrigues, *Il metodo aperto di coordinamento come nuovo modello di governance*, in *Europa Europe*, 2001, pp. 96 ss.

(34) Sul carattere processuale e sulla dimensione cognitiva del Mac insiste F. Guarriello, *Le lezioni apprese dal Metodo aperto di coordinamento*, in E. Ales, M. Barbera, F. Guarriello (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 712 ss.

(35) R. Hyman, *Social dialogue and industrial relations during the economic crisis: innovative practices or business as usual?*, in *Ilo Working Paper*, n. 11, marzo 2010, p. 12.

(36) R. Colliat, *A critical genealogy of european macroeconomic governance*, in *European law journal*, vol. 18, n. 1, gennaio 2012, p. 18.

tradizionali politiche sociali a investimenti in economia della conoscenza che avrebbero messo a repentaglio il consenso elettorale dei governi.

Questa sottovalutazione sembra possa spiegarsi con la circostanza che il Mac ha funzionato da palestra argomentativa delle teorie sulla *governance* postnazionale, che un decennio fa avevano guadagnato una indiscussa egemonia culturale nei discorsi sul futuro dell'Unione. Risale non a caso al 2001 il *Libro bianco* della Commissione sulla *governance* europea, che si rifaceva esplicitamente a concetti postnazionali nell'intento di combinare il vecchio metodo comunitario con l'assunzione che i poteri dei governi nazionali sono oggi dispersi in una pletera di organizzazioni multilivello, Ong, associazioni e gruppi di interesse pubblici e privati (37), in corrispondenza con l'ipotesi che la globalizzazione avesse posto termine all'epoca della democrazia rappresentativa (38).

Nella consapevolezza del crescente senso di lontananza dai cittadini delle politiche europee, questo approccio mirava a realizzare una maggiore vicinanza a essi (39), ricorrendo però paradossalmente agli elitari paradigmi del postmoderno filtrati dalle teorie prevalenti in ambito scientifico (40).

Solo di recente l'approccio è stato criticato da più parti. Così concepita, si è fra l'altro obiettata, la svolta verso la *governance* funzionerebbe come «una macchina dell'antipolitica», nella quale la responsabilità viene progressivamente vanificata, il processo decisionale diventa sempre più remoto dai cittadini europei, e il senso tradizionale della legalità «viene oscurato e dissipato» (41). Un conto è auspicare, si aggiunge, circuiti delibera-

---

(37) European commission, *European governance: a white paper*, Com (2001) 428.

(38) T. Burns, C. Jaeger, A. Liberatore, Y. Mény, P. Nanz, *The future of parliamentary democracy: transition and challenge in european governance*, *Green paper prepared for the Conference of the European union*, AS/D (2000) (European commission, 2000), in [http://ec.europa.eu/governance/docs/docs\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/docs/docs_en.pdf).

(39) European Commission, *European governance*, 35.

(40) Cfr., ad es., J. Shaw, *Postnational constitutionalism in the European union*, in *Journal of european public policy*, special issue, 1999, p. 580; U. Haltern, *Pathos and pathina: the failure and promise of constitutionalism in the european imagination*, in *European law journal*, vol. 9, n. 1, febbraio 2003, pp. 14 ss.; V. Breda, *A european constitution in a multinational Europe or a multinational constitution for Europe?*, *ivi*, vol. 12, n. 3, maggio 2006, pp. 330 ss.

(41) C. Shore, *European governance or governmentality? The European Commission and the future of democratic government*, in *European law journal*, vol. 17, n. 3, maggio 2011, p. 303. R. Bellamy, D. Castiglione, *Democracy by delegation? Who represents whom and how in european governance*, in *Government and opposition*, vol. 46, n. 1, 2011, p. 125. G. Conway, *Recovering a separation of powers in the European union*, in *European law journal*, vol. 17, n. 3, maggio 2011, p. 306.

tivi più aperti di quelli della democrazia rappresentativa, ma anche destinati ad affiancarli; altro conto è puntare sulla *governance* a spese del Governo (42). Nel secondo caso, è come se tale istituzione e le correlate rappresentazioni scientifiche fossero da considerarsi un relitto del passato caro solo ai vecchi Stati-nazione. Si finisce così col sottovalutare non il peso di una certa tradizione, ma la dimensione intergovernativa dell'assetto istituzionale europeo, ben presente negli stessi meccanismi di funzionamento del Mac, tutt'altro che compressa nel nuovo disegno del Trattato di Lisbona, e addirittura prevalente nella prassi prima ancora che la crisi dell'eurozona accentuasse in ragione dei suoi tratti emergenziali la perdita di peso delle istituzioni sovranazionali. Ed è precisamente per questa ragione più risalente che la vicenda del Mac appare sintomo di fragilità del modello sociale europeo di fronte alla crisi.

Un terzo sintomo può ravvisarsi nella perdurante assenza di un'effettiva rappresentanza di interessi in sede europea. In questi anni, i rapporti dei sindacati coi circuiti nazionali di decisione politica sono rimasti immutati (43), anche per la riluttanza dei primi a estendere le attribuzioni dell'Unione in materia di retribuzioni e di azioni collettive, con una lungimiranza di cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia da *Viking* in poi ha mostrato i limiti (44).

In effetti, quella riluttanza non è venuta meno neanche in seguito. A seguito delle dure reazioni di alcuni Stati e dei sindacati europei alle pronunce della Corte, la Commissione presentava il 21 marzo 2012 una proposta di regolamento del Consiglio «sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi». Pur muovendo dall'esplicito intento di legiferare in materia alla luce di quelle reazioni, la proposta non solo si richiamava formalmente all'art. 352 TfUe, vista l'assenza di basi giuridiche di un intervento legislativo nel diritto primario alla stregua dell'art. 153 TfUe, ma cercava un puntello giustificativo nel rilievo che «le sentenze della Corte hanno illustrato chiaramente che il fatto che l'articolo 153 non si applichi al diritto di sciopero non esclude di per sé l'azione collet-

---

(42) D. Curtin, *Tailoring legitimacy to the shape of the Eu*, in *EuConst*, 2005, n. 1, p. 426.

(43) R. Dukes, *The constitutional function of labour law in the European union*, in N. Walker, J. Shaw e S. Tierney (ed), *Europe's constitutional mosaic*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 361.

(44) E. Ales, *Transnational wages setting as a key feature of a socially oriented european integration: role of and (questionable) limits on collective action*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 63/2008, p. 16.

tiva dall'ambito di applicazione della legislazione dell'Ue» (par. 3.3. Relazione).

Nel merito, la proposta si incentrava sul principio che «L'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sanciti nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali» (art. 2), e sul riconoscimento che «le parti sociali a livello europeo, agendo nel quadro dei diritti, delle competenze e dei ruoli rispettivi stabiliti nel trattato, possono concludere accordi a livello di Unione o definire orientamenti relativi alle modalità e alle procedure di mediazione, conciliazione o altri meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie derivanti dall'esercizio effettivo del diritto di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, in situazioni transnazionali o a carattere transnazionale» (art. 3, par. 2).

Dalla giurisprudenza del Lussemburgo era bensì ripreso il presupposto del bilanciamento fra principi in ipotesi confliggenti, ossia la loro pari ordinazione, che però veniva fatto giocare sul tavolo di una inedita contrattazione europea «in situazioni transnazionali o a carattere transnazionale». Non sembra un mero rinvio alle decisioni giurisdizionali, tantomeno il trionfo dell'ideologia liberista. Ma più di un terzo dei Parlamenti nazionali attivava nei confronti della proposta la procedura di allerta (*early warning*), prevista dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al TUE nel caso in cui almeno un terzo dei Parlamenti nazionali non ritenga che un obiettivo dell'Unione possa essere conseguito meglio attraverso un'azione della stessa Unione. Infine, il 12 settembre 2012, vista la procedura di allerta e preso atto di un insufficiente consenso politico ad approvare la proposta in Parlamento e in Consiglio, la Commissione ritirava la proposta di regolamento.

Il risultato è che continua a operare l'indirizzo della Corte, con i suoi problemi giuridici irrisolti e le tensioni sociali che continua a provocare. Hanno i sindacati nazionali preso sul serio il ruolo che spetta loro nel modello sociale europeo, in parte prefigurato dal «dialogo aperto, trasparente e regolare» delle istituzioni con le «associazioni rappresentative e la società civile» (art. 11 TUE)? Non vi è piuttosto ragione per accomunarli ai partiti e ai governi nella tendenza a perpetuare circuiti delle decisioni che, nel gioco perverso fra livello nazionale ed europeo, pretendono di nascondere i conflitti sociali finendo con l'inasprirli?

7. — *Modello sociale europeo e domanda di governo dell'Unione* —  
Scoppiata la crisi dell'eurozona, il modello sociale europeo si prestava per ciò a diventare l'anello debole della catena. Agli accennati limiti del suo impianto originario, si può aggiungere che il rapporto con la sfera politica è rimasto tanto indeterminato da oscillare di fatto fra la pretesa di un'auto-sufficienza rispetto a essa, propria dei discorsi sulla *governance* postnazionale, e la vana tendenza a cercare nelle politiche sociali i segni di un autentico indirizzo politico. Nel frattempo l'Unione andava avanti priva di governo, e in un deserto di politica europea. La tempesta sull'eurozona e ancor più i tentativi di correre ai ripari lo hanno confermato, dimostrando fino a che punto le due carenze sono reciprocamente connesse. Ne deriva una domanda di politica e di governo europei, che sollecita non solo un ripensamento dell'assetto istituzionale, ma anche l'esigenza di porre su basi nuove e più solide la costruzione di un modello sociale europeo.

## ABSTRACT

*L'Autore cerca di dimostrare che l'impatto della crisi finanziaria dell'eurozona sul modello sociale europeo è dovuto sia alla scarsa capacità delle istituzioni politiche europee nell'affrontare la crisi, sia al fatto che la introduzione del modello sociale europeo nei termini realizzatisi nell'ultimo decennio non sia stata accompagnata da condizioni politiche in grado di rispondere alle sfide poste da un potente mercato globale non regolato. A questo fine, dopo aver esposto le principali caratteristiche della governance economica europea, l'Autore rivolge l'attenzione agli strumenti internazionali e dell'Unione (Six pack, Fiscal compact, Mes) recentemente adottati dall'Unione o dai suoi Stati membri per reagire alla crisi finanziaria. Finora questi strumenti si sono rivelati inadeguati di fronte agli attacchi mossi alla moneta comune, la quale è stata piuttosto protetta dalla Bce. Per altro verso, anche se visti nel loro complesso, gli elementi di cui si compone il modello sociale europeo – hard law, soft law e Metodo aperto di coordinamento – non sono in grado di misurarsi con le sfide che vengono non solo dall'esterno, ma anche dalle basse prospettive di crescita economica nell'eurozona. Conclusivamente, l'Autore sostiene che questi fallimenti dipendono dal fatto che i governi nazionali appaiono inconsapevoli dei rischi posti dall'attuale crisi per l'intera costruzione dell'Unione europea.*

EUROZONE CRISIS COUNTER MEASURES AND THEIR IMPACT  
ON THE EUROPEAN SOCIAL MODEL

*The Author seeks to demonstrate that the impact of the eurozone's financial crisis on the European social model is due both to the scarce capacity of the Eu political institutions in managing that crisis and to the fact that, in the last decade, the launch of the European social model was not accompanied with the political conditions aimed at meeting the challenges posed from a powerful non-regulated global financial market. To this end, after having exposed the main features of the Eu economic governance, the author draws attention on the European and international instruments (Six pack, Fiscal compact, Esm), recently adopted from the Eu or its single member States with the aim of reacting to the financial crisis. So far, these instruments have proved their inadequacy vis-à-vis the attacks against the common currency, that has rather been successfully protected by the Ecb. On the other hand, even viewed as whole, the single elements which the European social model is composed of – hard law, soft law and Open method of coordination – fail to comply with the challenges arising not only from the outside, but also from the low perspectives of economic growth within the eurozone. Finally, the Author argues that such failures depend on the fact that national governments appear unaware of the risks posed from the current crisis for the whole construction of the Eu.*



*Anna Alaimo* (\*)

**PRESENTE E FUTURO DEL MODELLO SOCIALE EUROPEO.  
LAVORO, INVESTIMENTI SOCIALI E POLITICHE DI COESIONE**

SOMMARIO: 1. Il modello sociale europeo al tempo della crisi. — 2. Il progetto giuridico di modello sociale europeo dopo il Trattato di Lisbona. — 3. La «Clausola sociale orizzontale» ex art. 9 TfUe: quale valore giuridico? — 4. Diritti sociali e giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue. — 5. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione: rinnovare il progetto giuridico di modello sociale europeo?

1. — *Il modello sociale europeo al tempo della crisi* — A tre anni dal varo della «Strategia Europa 2020» (1) molte nubi si addensano sul futuro del «Modello sociale europeo» (Mse).

Il dibattito sull'Europa sembra essersi ristretto al problema della nuova *governance* economica e delle vie d'uscita dalla crisi bancaria, monetaria e debitoria, perdendo di vista la dimensione politica dell'Unione europea (2) e, soprattutto, la questione del suo rapporto con la *governance* sociale (3).

Trascorso ormai un lustro dall'inizio della crisi (2007-2008), il Comitato per la protezione sociale ha approvato, in data 30 gennaio 2013, il primo *Rapporto sull'Europa sociale* (4). Se ne ricavano esiti tutt'altro che confortanti.

Gli ambiziosi obiettivi sociali, soprattutto quelli occupazionali, auspicati dalla Commissione nella Comunicazione «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» sono lunghi dall'essere realizzati. Né i risultati occupazionali numericamente programmati (5), né

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania.

(1) Com(2010)2020 del 3 marzo 2010 «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

(2) J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, 2012, p. 34.

(3) L. Pennacchi, *Governance economica e governance sociale*, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 11.

(4) *Social europe. Current challenges and the way forward, Annual report of the Social protection committee* (2012), p. 201.

(5) La Commissione propone, in particolare, che entro il 2020: (1) il 75% delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni abbia un lavoro; (2) siano creati 16 mi-

gli obiettivi generali pianificati nel quadro della «iniziativa faro» «Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro» (6) saranno di certo realizzati in tempi brevi.

Il *Rapporto* attesta, infatti, una riduzione della crescita economica, un aumento della disoccupazione negli anni 2011 e 2012 (7) e un livello della disoccupazione di lunga durata che, pur rimanendo stabile, è «ai massimi storici» e rischia di aumentare ulteriormente. La spesa sociale mediamente sostenuta nei vari Stati membri, pur essendo aumentata nella prima fase della crisi (2007-2009), è inoltre sensibilmente diminuita nella seconda (2010-2013).

Il *trend* negativo è confermato dall'ultimo esame trimestrale sull'occupazione e la situazione sociale nell'Ue, del 26 marzo 2013 (8), dal quale si ricava un ulteriore aumento della disoccupazione nel gennaio 2013, una differenza nel tasso di disoccupazione tra i paesi meridionali/periferici e il nord dell'eurozona che è senza precedenti sino al 2012, e una riduzione della spesa sociale molto più consistente rispetto a quella delle recessioni del passato (alla riduzione hanno contribuito, ovviamente, le eccezionali necessità di consolidamento fiscale legate alla crisi dell'euro).

Già questi dati sembrerebbero costringere a un accantonamento, almeno temporaneo, del progetto sociale dell'Unione, i cui tratti erano invece apparsi nettamente delineati – tanto a livello politico-programmatico, quanto giuridico – nel corso del primo decennio del secolo.

Come scrive Cesare Pinelli in questo fascicolo (9), veniamo da una fase nella quale avevamo cominciato a riconoscere i contorni del «volto sociale»

---

lioni di posti altamente qualificati; (3) diminuiscano di 12 milioni quelli scarsamente qualificati.

(6) In generale, la Commissione auspica che siano poste «le basi della modernizzazione dei mercati del lavoro onde aumentare i livelli di occupazione e garantire la sostenibilità dei modelli sociali».

(7) Si legge nel *Rapporto* che il tasso di occupazione nell'Ue è sceso dello 0,2% nel corso dell'anno, per il secondo trimestre del 2012, mentre il Pil ha registrato un calo dello 0,3% rispetto al secondo trimestre del 2011. Nell'area dell'euro, i cali sono stati rispettivamente dello 0,6% e 0,5%. Ancor più preoccupante è che la disoccupazione è ancora in aumento e ha raggiunto un nuovo record, superando i 26 milioni (26.061.000) nel novembre 2012 e generando, in tal modo, un tasso di disoccupazione corrispondente al 10,7%.

(8) Visionabile alla pagina internet: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-282\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-282_it.htm). Vi si legge che la disoccupazione, ulteriormente aumentata nel gennaio 2013, ha raggiunto i 26,2 milioni nell'Ue (19 milioni nell'area euro), vale a dire il 10,8% della popolazione economicamente attiva (11,9% nell'area euro).

(9) C. Pinelli, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in questo numero di q. *Riv.*, pp. 231 ss.

dell'Ue. Dopo il varo dell'ambiziosa Strategia varata a Lisbona nel 2000, l'Unione si era finalmente dotata di un robusto catalogo di diritti sociali, nel contesto di una ricca Carta di diritti fondamentali, e, sul finire del decennio, di una nuova «trama sociale» dei Trattati, riscritti con il Trattato di Lisbona (2007/09) sulle ceneri del Trattato costituzionale e caratterizzati da una rinnovata sensibilità verso i valori e gli obiettivi sociali. Già all'indomani dell'entrata in vigore di quel Trattato si intravedevano, perciò, «forti potenzialità di invertire il rapporto tra Europa economica ed Europa sociale» (10).

Una fase in cui un vento nuovo sembrava spirare sull'Europa, sospingendola lungo una «rotta sociale» che veniva, tuttavia, segnata più dall'applicazione della nuova forma di *governance* lanciata a Lisbona nel 2000 – il Metodo aperto di coordinamento (Mac) – che dall'impiego del tradizionale metodo dell'armonizzazione normativa, ancora prevalente, in materia sociale, negli anni novanta.

Già sul finire della prima fase della crisi (2010) il vento cambiava, portando a esaurimento anche l'abbrivio conquistato dalla «rotta sociale» europea negli ultimi anni del decennio passato.

Sul piano dei documenti programmatici delle istituzioni (e della Commissione, in particolare) si è assistito, fra il 2010 e il 2012, a un certo «disinvestimento» sui temi sociali a vantaggio di quelli riguardanti la crescita, la competizione, il mercato e, più in generale, la *governance* economico-finanziaria (11). Malgrado alcune assonanze e qualche linea di continui-

---

(10) D. Gottardi, *Tutela del lavoro e della concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 521; S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi, opportunità*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali*, Giappichelli, 2012, p. 102; U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 25; A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa «sociale» dopo il Trattato di Lisbona*, in N. Parisi, V. Petralia (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Atti del Convegno di Catania, 9-10 aprile 2010, Giappichelli, 2011, pp. 212-215.

(11) Il complessivo ridimensionamento della dimensione sociale si presenta come una caratteristica dell'inizio della seconda fase della crisi, nella quale l'attenzione verso i temi della stabilità finanziaria, della crescita e delle competitività è stata gradualmente accentuata dalla permanente situazione di crisi, come mostra l'adozione della Com(2010)608 def. del 27 ottobre 2010 «Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva» – quasi coeva al varo della nuova strategia e specificamente dedicata a una «Economia sociale di mercato altamente competitiva» – e della successiva Com(2012)299 def. del 30 maggio 2012 «Azione per la stabilità, la crescita e l'occupazione», preliminare alle ventisette raccomandazioni specifiche per paese, adottate alla fine del maggio 2012 (le ventisette raccomandazioni spe-

tà fra la strategia varata a Lisbona nel 2000 e gli obiettivi indicati dalla Comunicazione «Europa 2020», non si può certo negare che esista uno scarto fra la Strategia di Lisbona ed Europa 2020 e che esso sia legato proprio a un indebolimento della dimensione sociale (12).

La progressiva – e ormai sensibile – riduzione numerica degli «orientamenti» adottati nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione (Seo) ha ridotto, inoltre, la visibilità del Mac-Seo e delle politiche occupazionali a vantaggio di quelle economiche.

Sul piano più strettamente politico, ciò ha comportato un ruolo dominante del Consiglio Ecofin a danno del Consiglio occupazione e affari sociali, tanto è vero che, se si volge lo sguardo al rapporto Ue-Italia, la prima versione della nota Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma del 2012 dell'Italia (13) è stata modificata su alcuni aspetti significativi proprio dal Consiglio Ecofin (14).

La «sorveglianza paternalistica degli Stati considerati finanziariamente virtuosi, e perciò “maturi”, su quelli che non lo sono» (15) ha fatto sì che a questi ultimi (e così anche all'Italia) venisse richiesto un generale ripensamento della legislazione protettiva del lavoro, soprattutto con riguardo ad alcuni istituti (licenziamenti economici, orario di lavoro, lavori atipici, contrattazione collettiva decentrata); ciò ha comportato, in diversi casi, un arretramento dei livelli di protezione presenti nei diritti del lavoro nazionali (16).

Di fronte a un quadro così sconcertante, ha ancor oggi un senso discutere delle prospettive della «dimensione sociale» dell'Unione e di un progetto – politico e giuridico – di Mse (17)?

---

cifiche si leggono alla pagina: [http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_en.htm).

(12) Si rinvia – anche per ulteriori riferimenti – ad A. Alaimo, *Da «Lisbona 2000» e «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, p. 219.

(13) Raccomandazione del Consiglio, del 10 luglio 2012 sul programma nazionale di riforma 2012 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2015.

(14) Cfr. *Osservatorio Europa. Nota periodica di informazione sulle principali notizie relative all'azione sociale della Ue e sul dibattito politico, sindacale e istituzionale europeo*, in *Riv. pol. soc.*, 2012, 3, p. 363.

(15) C. Pinelli, *op. cit.*, p. 242.

(16) Cfr. S. Clauwaert, I. Schöman, *La crisi e le riforme nazionali del diritto del lavoro – Un esercizio di mappatura*, Bruxelles, European trade union institute, Working Paper n. 4/2012.

(17) Sull'idea che il Mse sia, allo stato attuale, un progetto – un *European project* – v. l'*Introduzione* di M. Jepsen, A. Serrano Pascual al volume di Aa.Vv., *Unwrapping*

Interrogarsi sulla sorte dell'Europa sociale può essere considerato un «lusso» – un vezzo riservato ormai a pochi studiosi di diritto sociale europeo – o dev'essere, invece, considerato una necessità, un passaggio ineludibile per la stessa tenuta dell'Unione monetaria (18)?

Quale ruolo, infine, può essere assegnato oggi ai diritti sociali e alle più rilevanti clausole sociali presenti nei Trattati?

Le riflessioni che si proporranno nei paragrafi successivi muovono proprio da questi interrogativi. Si cercherà di dimostrare, in primo luogo, che esiste nei Trattati una serie di disposizioni idonee a definire un «progetto giuridico» di Mse (par. 2); in secondo luogo, che il grado di effettività di tali disposizioni – in particolare, di quelle contenenti clausole (par. 3) e diritti sociali (par. 4) – non è legata tanto a una loro applicazione in funzione di *parametri di controlli di legittimità* (degli atti dell'Unione e degli Stati membri) da parte della Corte di Giustizia Ue, quanto alla produzione di *effetti adattativi* (o *di orientamento*) delle politiche e azioni economiche e sociali dell'Unione. Tali effetti appaiono, a loro volta, legati alla circostanza che le disposizioni in questione sono vincolanti per tutte le istituzioni europee (Parlamento, Consiglio, Commissione, Comitati coinvolti nell'attuazione di «Europa 2020»). Infine, e per venire a una delle idee di fondo di questo breve scritto, si cercherà di mostrare che, fra le norme primarie riconducibili al progetto giuridico di Mse, quelle che presentano oggi un maggior grado di effettività sono le norme contenenti valori, diritti e/o obiettivi più latamente riconducibili all'area della solidarietà e della coesione sociale, piuttosto che a quella del diritto del lavoro (par. 5).

2. — *Il progetto giuridico di modello sociale europeo dopo il Trattato di Lisbona* — Molto si è scritto sul carattere «altamente ambiguo e polisemico» del concetto di Mse (19); persino che la descrizione del Mse non sia oggi meno di un enigma esistenziale per l'Unione («*the quest for a lucid description of "the European social model" [...] is [...] today no less than an existential conundrum for the Union*») (20).

*the european social model* (M. Jepsen, A. Serrano Pascual ed.), Policy Press, Bristol, 2006, p. 1; degli stessi Autori, *The concept of the Esm and supranational legitimacy-building*, *ivi*, p. 25.

(18) F. Vandembroucke, *Europe: the social challenge. Defining the Union's social objective is a necessity rather than a luxury*, in *Observatoire social européen*, paper n. 11, luglio 2012.

(19) Per tutti, v. ancora l'*Introduzione* di M. Jepsen, A. Serrano Pascual, *op. cit.* Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia ai riferimenti già compiuti nel mio precedente lavoro *Da «Lisbona 2000» e «Europa 2020»*, cit.

(20) F. Vandembroucke, *op. cit.*

L'affermazione affascina e, al tempo stesso, sollecita un tentativo di smentita.

È davvero così indefinito ed enigmatico il Mse? E in particolare, lo è e quanto per il giurista?

Il diritto primario dell'Unione presenta ormai una serie di elementi positivi idonei a definire un «progetto giuridico» di Mse; ciò appare evidente soprattutto se si considerano le numerose innovazioni apportate, in materia sociale, dal Trattato di Lisbona (21).

Esiste, *in primis*, un catalogo di diritti sociali – prevalentemente collocato nel Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue – radicato sul valore della «Solidarietà»; valore indicato, nei documenti delle istituzioni, come una delle caratteristiche fondamentali del Mse (22).

Esistono norme-principio di nuova introduzione che hanno rideterminato i valori e gli obiettivi dell'Ue (gli artt. 2 e 3 TUE), intessendone la trama di una forte connotazione sociale (23). Un posto di primo piano è riservato, fra gli obiettivi, alla «economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» e che soppianta il riferimento, presente nel vecchio art. 3 (par. 1, lett. g) del TCE, a «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» (24). La priorità precedentemente accordata alle ragioni del mercato e al governo della concorrenza cede il passo a obiettivi sociali o, meglio, al riequilibrio fra obiettivi sociali e obiettivi economici: l'economia sociale di mercato diviene, così, una componente essenziale del processo di integrazione europea e del Mse.

All'interno del Titolo II del TfUE esistono, poi, due nuove «disposizioni di applicazione generale» – gli artt. 9 e 10 – che, nel definire le caratteristiche delle politiche e azioni dell'Unione, imprimono loro una forte connotazione sociale, operando l'una alla stregua di vera e propria Clausola sociale orizzontale (Cso) (25), l'altra come fonte di un generale obbligo di

(21) La letteratura in argomento è ormai molto ampia. Si rinvia, per tutti, agli Autori citati *retro*, alla nota 10.

(22) Cfr., per es., la Com(2004)101 «*Building our common future policy challenges and budgetary means of the enlarged Union 2007-2013*».

(23) S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea*, cit., pp. 100-101.

(24) La prima formula viene trasferita, alla stregua di obiettivo, nel Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza allegato al Trattato, mentre l'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza» viene depotenziata e declassata «da principio a valenza generale a principio di settore» (S. Giubboni, *op. cit.*, p. 102) e confinata nel Titolo VIII del TfUE, dedicato alla politica economica e monetaria (e, segnatamente, negli artt. 119 e 120 TfUE).

(25) P. Vielle, *How the horizontal social clause can be made to work: the lessons of gender mainstreaming*, in *Etui policy brief European social policy*, 2010, n. 6, p. 1.

*mainstreaming*, al cui adempimento l'Unione è tenuta per combattere l'ormai ampio ventaglio di discriminazioni vietate dal suo diritto primario (art. 19 TfUe) e secondario (Direttive n. 2006/54/Ce, n. 2000/43/Ce e n. 2000/78/Ce).

Nel Titolo dedicato alla politica sociale è presente una norma nuova sul dialogo sociale (l'art. 152 TfUe) che rafforza, significativamente, gli istituti del pluralismo sociale a livello dell'Unione (26).

Esiste, infine, una disposizione – l'art. 7 del TUE – che attribuisce alle istituzioni dell'Unione il potere di avviare una procedura – sia pure di carattere politico – rivolta a garantire che qualsiasi Stato membro rispetti i valori comuni di cui all'art. 2 TUE. E poiché tali valori sono quelli che strutturano l'elenco di diritti contenuto nella Carta, non vi è dubbio che quest'ultima (con i suoi diritti) costituisce un parametro per verificare la sussistenza dell'ipotesi di cui all'art. 7 (27).

Sembra, così, che i Trattati si preoccupino persino di mettere «sotto tutela» il progetto di Mse legato al sistema valoriale (diritti sociali fondamentali, valori, obiettivi) delineato dal diritto primario dell'Ue, conferendo alle istituzioni europee il potere di avviare una procedura che colpisca gli Stati responsabili di (rischi di violazioni o) violazioni del *corpus* di norme che danno fondamento giuridico ai legami sociali.

Diversamente dagli estensori del Trattato delle origini, i redattori dei Trattati che da Maastricht (1992-1993) a Lisbona (2007-2009) hanno modificato *funditus* il diritto primario dell'Ue non hanno certamente peccato di debolezza progettuale in materia sociale. Il complesso di nuove disposizioni presenti, soprattutto dopo Lisbona, nei due Trattati lascerebbe ben preconizzare sul Mse, e ciò malgrado la debolezza della clausola di garanzia sopra decritta (l'art. 7 TUE). *De iure condito*, l'Unione parrebbe insomma avere le «carte in regola» per sviluppare un proprio «modello sociale».

Come si è già anticipato, occorre, tuttavia, chiedersi quanto le disposizioni rotanti attorno al progetto di Mse – specialmente quelle sui diritti sociali e le disposizioni di applicazione generale – siano state effettive nell'ultimo scorcio del decennio passato; periodo in cui lo slancio impresso ai temi sociali dal Trattato di Lisbona ha dovuto fare i conti con

---

(26) B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 76/2010, pp. 6-7; A. Alaimo, B. Caruso, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo (parte I)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 1131-1135.

(27) G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 4, p. 867.

l'inizio della crisi. Per chiedersi, poi, in una prospettiva prognostica oltre che diagnostica, se e quanto esse possano orientare le politiche e azioni dell'Unione e lo sviluppo della normativa sociale derivata, determinando anche un cambiamento dei termini del «discorso regolativo» in campo sociale.

È a queste domande che si proverà a fornire risposta nei prossimi paragrafi.

3. — *La «Clausola sociale orizzontale» ex art. 9 TfUe: quale valore giuridico?* — Tra le disposizioni a valenza sociale richiamate nel paragrafo precedente, un'attenzione particolare merita la «Clausola sociale orizzontale» di cui all'art. 9 del TfUe (28).

Si tratta, come già accennato, di disposizione volta a imprimere alle «politiche e azioni» dell'Unione una decisa connotazione sociale, delineata, quest'ultima, attraverso la definizione di sei sotto-obiettivi, sostanzialmente riconducibili a quattro macroaree (occupazione, protezione e inclusione sociale, istruzione e formazione, tutela della salute).

Se è vero che in dottrina è inizialmente prevalsa «una silenziosa osservazione della Cso» (29) e che, nel valutarne le implicazioni giuridiche, si è parlato di una sua «modesta precettività» (30), è anche vero che a partire dal 2010 – proprio in concomitanza con l'inizio della seconda fase della crisi – la clausola è stata ripetutamente evocata dai documenti europei.

Essa è richiamata, in primo luogo, nella Comunicazione del 2010 sull'«Economia sociale di mercato altamente competitiva» (31), contenente le «cinquanta proposte» della Commissione per il rilancio del mercato unico. Il documento, pur essendo prevalentemente incentrato sui profili della competizione e della crescita, riconosce che la Cso, «ormai scolpita nel Trattato sull'Unione europea [...], consente di valutare la pertinenza di tutte le misure politiche in funzione delle loro conseguenze sociali». Nel primo documento, che valorizza, sul piano programmatico, uno degli obiettivi

---

(28) La disposizione stabilisce che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Sulla stessa, v. *amplius*, in questo numero di q. *Riv.*, M.D. Ferrara, *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, pp. 295 ss.

(29) *Op. loc. cit.*, p. 305 ss.

(30) U. Villani, 2012, *op. cit.*, p. 47.

(31) Com(2010)608 def., cit., alla nota 11.

centrali dell'art. 3 TUE (l'«economia sociale di mercato fortemente competitiva»), si riconosce, pertanto, un peso decisivo alla Cso, sul presupposto che il progresso economico e sociale procedono di pari passo e sono fattori in grado di rinforzarsi reciprocamente.

Ma è soprattutto con due *pareri* del Comitato economico e sociale europeo (Cese), del 2011 (32) e del 2012 (33), che si sottolineano le potenzialità della Cso. Il *parere* del 2011 ne evidenzia le possibili sinergie con il Mac, soprattutto al fine del raggiungimento degli obiettivi di «Europa 2020», ribadendo che «la coesione sociale deve andare di pari passo con il coordinamento rafforzato della politica economica».

In occasione del successivo (e più articolato) *parere* del 2012, il Cese raccomanda che la Cso sia «applicata [...] all'architettura globale della nuova *governance* socioeconomica dell'Ue prevista dalla strategia Europa 2020», poiché è «volta ad assicurare che tutte le attività dell'Ue tengano pienamente conto della dimensione sociale attraverso il perseguimento dei sei sotto-obiettivi citati all'articolo 9 che consentono di conseguire i valori e gli obiettivi fondamentali dell'Ue [...] (articoli 2 e 3 del TUE e articolo 7 del TfUE)». Proprio nel contesto della crisi, l'applicazione della Cso appare, sempre secondo il Cese, di «particolare rilevanza e urgenza nella misura in cui l'impatto della crisi economica e finanziaria mette in risalto, tanto per l'Ue nel suo complesso quanto per i singoli Stati membri, l'importanza di tener pienamente conto della dimensione sociale dell'Ue». In questa prospettiva, la stessa crisi dovrebbe costituire occasione per orientare la crescita verso un nuovo modello di sviluppo (34), di mercato e di integrazione, contraddistinto, appunto, da un alto tasso di tutela sociale.

Come ancora si legge nel *parere* del 2012, il Cese presenterà ogni anno un'analisi dell'applicazione della Cso, oltre che delle altre disposizioni sociali dei Trattati e della Carta (35) e del diritto sociale derivato, esaminando – secondo il metodo della «valutazione d'impatto» – se le finalità e gli

---

(32) Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il metodo aperto di coordinamento e la clausola sociale nel quadro della strategia “Europa 2020”» (parere esplorativo) (2011/C 44/04).

(33) Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Rafforzare la coesione e il coordinamento dell'Ue in campo sociale grazie alla nuova clausola sociale orizzontale di cui all'articolo 9 del TfUE» (parere di iniziativa) (2012/C 24/06).

(34) L. Pennacchi, *op. cit.*, spec. pp. 20-21.

(35) Nel *parere* vengono richiamate, in particolare, le clausole generali – artt. 8 e 10 TfUE – e le disposizioni dei cinque Titoli sulla «Occupazione»; la «Politica sociale»; «Il Fondo sociale europeo»; la «Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport» e la «Sanità pubblica».

obiettivi sociali indicati da tali disposizioni siano stati rispettati e promossi (*Social impact assessment*) (36).

Per tornare allora ai quesiti posti nei paragrafi precedenti, può dirsi che, fra le nuove disposizioni sociali dei Trattati, quella dell'art. 9 TfUe risulta, allo stato, fra le più «effettive», almeno per quegli effetti adattativi (o di orientamento) che la clausola ha già prodotto sui documenti programmatici delle istituzioni e – elemento ancor più significativo – per l'influenza che essa potrà avere (come parametro di controllo) sulla futura azione di monitoraggio del Cese relativa alle misure giuridiche e politiche dell'Unione.

Certo, un diverso tipo di effettività, più strettamente riguardante l'ambito giuridico, può essere riconosciuto alla Cso se si ritiene che l'art. 9 introduca «un parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni che nello svolgimento di tutte le politiche dell'Ue dovranno tenere in conto gli aspetti sociali, con riferimento alle diverse dimensioni enunciate dalla norma» (37), e se, soprattutto, si pensa che ciò possa aver rilievo in sede di motivazione degli atti, ai sensi dell'art. 296, par. 2, TfUe.

È inoltre possibile sostenere che dalla clausola possa scaturire anche un controllo di legittimità degli atti dell'Unione qualora questi ultimi risultino, per esempio, palesemente pregiudizievoli «per l'occupazione, o per la protezione sociale, o per le altre esigenze risultanti dall'art. 9», divenendo, perciò, annullabili, ai sensi dell'art. 263 TfUe, perché viziati da «violazione dei Trattati» (38).

Ma se è vero – come è vero – che la disposizione vincola *tutte* le istituzioni europee, ci si può persino spingere oltre e ritenere che anche la Corte di Giustizia debba fare riferimento alla Cso «*in the framework of its classical teleological interpretation method*» (39). La clausola – di difficile applicazione diretta – potrebbe così essere utilizzata nelle argomentazioni giuridiche che sorreggono i *dicta* della Corte indirettamente, e cioè alla stregua di sostegno interpretativo, nel percorso argomentativo di alcune sue decisioni (40). Essa potrebbe essere impiegata, per esempio, nelle decisioni apparte-

(36) Cfr. ancora M.D. Ferrara, *op. cit.*

(37) *Eadem.*

(38) U. Villani, *op. cit.*, p. 47, e, in senso adesivo, M.D. Ferrara, *op. cit.*

(39) P. Vielle, *op. cit.*, p. 2.

(40) Si veda, per assonanza, la classificazione operata da B. Caruso, M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, p. 147, relativamente agli usi compiuti dalla Corte di Giustizia Ue (oltre che dai suoi Avvocati Generali e dal Tribunale di primo grado) della Carta di Nizza/Strasburgo nel periodo (2000-2008) precedente la purificazione giuridica della Carta ai Trattati.

menti al filone giurisprudenziale (di cui meglio si tratterà nel par. 4) sull'accesso dei cittadini europei economicamente inattivi alle prestazioni di *welfare*; decisioni nelle quali sarebbe certamente possibile inserire argomentazioni riconducibili alla «garanzia di un'adeguata protezione sociale» e alla «lotta contro l'esclusione sociale».

Lungi dall'essere legata a usi e «pesi» esclusivamente politici (indiscutibili, come mostrano i documenti sopra richiamati), l'effettività della Cso diverrebbe visibile anche in campo giuridico, per il riverbero che la disposizione avrebbe sul controllo giuridico degli atti dell'Unione e sul «diritto vivente» prodotto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue.

4. — *Diritti sociali e giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue* — Ma veniamo al rapporto fra Mse e diritti sociali fondamentali.

Nella prospettiva che considera i diritti sociali elemento chiave del Mse (41), ci si può interrogare sul ruolo che tali diritti assumono, oggi, nella costruzione del modello sociale in Europa.

La questione può essere posta e affrontata considerando diversi ambiti di incidenza – o, anche qui, di effettività – delle disposizioni della Carta che hanno «positivizzato» i diritti sociali, nonché assumendo, come oggetto di analisi e di riflessione, diritti sociali di diverso tipo e natura.

Ci si può interrogare, innanzitutto, sul peso che i diritti sociali hanno assunto, soprattutto dopo la proclamazione del *Bill of rights* a Nizza (2001), sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue quali *parametri di controlli di legittimità* (degli atti dell'Unione e degli Stati membri) da parte della Corte, per misurarne, in tal modo, l'incidenza sul *diritto vivente* dell'Unione. Ancora, ci si può chiedere se i diritti sociali – malgrado la formale esclusione di effetti innovativi della Carta sulle competenze dell'Unione (art. 51, par. 2, Carta) – stiano, di fatto, orientando la produzione di *norme sociali derivate* dell'Unione e, infine, se (e quanto) essi incidano sulle *politiche* economiche e sociali (Seo e Mac-inclusione, in particolare) dell'Ue. Il diritto giurisprudenziale, la normativa sociale secondaria e le politiche sono, insomma, i tre ambiti in cui è possibile testare – e, se si vuole, anche prognosticare – il ruolo dei diritti sociali nella costruzione del Mse.

---

(41) «*A strong heritage of social rights is integral to the European social model*» (un'eredità forte dei diritti sociali è parte integrante del Mse), si leggeva nel Rapporto «*Access to social rights in Europe, Report prepared by Mary Daly Queen's University, Belfast, with the assistance of the editorial group for the Report on access to social rights (Cs-Asr) adopted by the European committee for social cohesion (Cdc) at its 8th meeting (Strasbourg, 28-30 May 2002)*», 2002, p. 17.

Si può già anticipare, tuttavia, che gli esiti di tale verifica – una sorta di test sul grado di effettività del catalogo dei diritti sociali prevalentemente concentrato nel Titolo IV della Carta – sono complessivamente deludenti, pur essendo diversi anche in ragione del *tipo* di diritto sociale che si intende considerare.

Nel Titolo dedicato alla «Solidarietà» sono infatti «positivizzati» diritti sociali di diversa natura. A eccezione delle tre norme finali (sul diritto di accesso ai servizi d'interesse economico generale, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori: artt. 36-38), le altre disposizioni riconoscono: (a) diritti *collettivi* (42); (b) diritti *individuali*, basati sullo specifico titolo di cittadino-lavoratore (al quale sono riconosciuti diritti in ragione della sua presenza nel *mercato* o nel *rapporto di lavoro*) (43); (c) diritti di tipo *previdenziale-assistenziale* e, infine, (d) diritti (cd. di «quarta generazione») di *contrasto all'esclusione sociale* (44).

In merito al primo ambito – diritto giurisprudenziale vivente –, si può partire dalla considerazione che l'approvazione della Carta e, soprattutto, il suo «battesimo giuridico» sembravano offrire un solido fondamento alla costruzione giurisprudenziale di una più intensa tutela dei diritti sociali; tanto è vero che, all'indomani della proclamazione del *Bill of rights* di Nizza, si era scritto che gli effetti della Carta sarebbero stati di potenziamento, e non di ridimensionamento, del ruolo costituzionale della Corte e della sua attività creativa volta a tutelare i diritti fondamentali (45). Che ciò si sia realizzato, in pratica, per i diritti sociali – soprattutto per quelli di tipo collettivo – non è tuttavia possibile affermare.

Si proporrà di seguito un'analisi campione della giurisprudenza della Corte, costruita in ragione della diversa natura dei diritti sociali riconosciuti dalla Carta; analisi dalla quale sembra, tuttavia, si possa giungere alla conclusione che fra i diritti sociali – a parte quelli tradizionalmente tutelati dal filone antidiscriminatorio (e collocati, peraltro, nel diverso e apposito Titolo III: «Uguaglianza») – l'interpretazione della Corte privilegia quelli di tipo previdenziale-assistenziale.

È noto che la Corte di Giustizia Ue ha affiancato, a un uso generalmente cauto della Carta, significative compressioni dei diritti sociali collettivi – *in primis* del diritto sciopero (*rectius*: di azione collettiva) – e che ciò è av-

---

(42) Artt. 27 e 28.

(43) Artt. 29-33.

(44) Artt. 34 e 35. Cfr., per analoga classificazione, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, 2012, VI ed., p. 31.

(45) M. Cartabia, *Lora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, 2007, p. 37.

venuto in alcune famose decisioni di «bilanciamento» di tali diritti con le contrapposte libertà economiche di stabilimento e di prestazione di servizi riconosciute dai Trattati (46).

In seguito alla parificazione giuridica della Carta ai Trattati – e nonostante che, all'indomani del Trattato di Lisbona, fossero stati preconizzati e auspicati equilibri di segno diverso –, la Corte non ha avuto significative occasioni per modificare il peso di tali bilanciamenti, se si esclude la nota decisione adottata, nel 2010, nel caso *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania* (47), il cui impatto sul diritto di negoziazione collettiva è, tuttavia, controverso e discusso (48).

Di certo può dirsi che il sacrificio imposto ai diritti sociali collettivi nelle ormai note decisioni adottate nei casi *Laval*, *Viking*, *Rüffert*, *Commissione c. Lussemburgo* – pur con le necessarie e non trascurabili differenze di fattispecie e argomentazione – sia criticabile non tanto per il merito di queste pronunce, quanto per il substrato culturale delle motivazioni che ne sorreggono i disposti: «riferimenti culturali sin troppo meccanicamente e stucchevolmente ispirati al credo del funzionalismo economico integrazionista» (49).

Valutazioni di segno diverso sono possibili se si sposta l'analisi sui diritti sociali *individuali* basati sullo specifico titolo di cittadino lavoratore.

Se non si registrano, al riguardo, sacrifici e compressioni analoghi a quelli imposti ai diritti collettivi, è pur vero che la Corte ha fatto scarso

---

(46) Casi *Viking* (Corte di Giustizia Ue C-438/05 dell'11 dicembre 2007); *Laval* (Corte di Giustizia Ue C-341/05 del 18 dicembre 2007); *Rüffert* (Corte di Giustizia Ue C-346/06 del 3 aprile 2008); *Commissione c. Lussemburgo* (Corte di Giustizia Ue C-319/06 del 19 giugno 2008).

(47) Corte di Giustizia Ue C-271/2008 del 15 luglio 2010.

(48) In questo caso, la Corte ha riconosciuto che neppure l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, pur affermato come diritto fondamentale dell'ordinamento europeo, possa prevedere forme di aggiudicazione di contratti relativi a servizi di previdenza complementare a imprese contemplate nel contratto collettivo e fuori dalla procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. In questo caso, la sottrazione a tale regime di aggiudicazione e la sua violazione tramite assegnazione diretta – diversamente che nei quattro casi decisi dalle note sentenze del 2007/2008 – determina un contrasto con gli obblighi imposti dalle Direttive n. 92/50 e n. 2004/18, le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici. Per differenti valutazioni di tale pronuncia, cfr. D. Comandè, *Norme europee sugli appalti pubblici e diritto alla negoziazione collettiva: una prevalenza annunciata?*, *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 903; A. Alaimo, B. Caruso, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo (parte II)*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, pp. 61 ss.

(49) B. Caruso, M. Militello, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» INT*, n. 94/2012, p. 61.

uso delle disposizioni che garantiscono diritti ai lavoratori *uti singuli*, né ha operato letture particolarmente valorizzatrici e creative di tali disposti.

Tutt'oggi, laddove esistono normative di diritto derivato riguardanti l'oggetto della controversia e dell'interpretazione, i giudici europei preferiscono utilizzare tali normative come parametri di legittimità delle disposizioni nazionali; sono così le direttive in materia sociale (e i diritti da queste riconosciuti) a fondare i *dicta* della Corte, piuttosto che le disposizioni sui diritti presenti nella Carta.

Anche per effetto dell'impostazione fornita ai rinvii pregiudiziali interpretativi dai giudici nazionali, il riferimento alle norme della Carta – quando non viene del tutto omesso – è compiuto, quasi sempre, al mero scopo di rafforzare e sostenere un *decisum* sostanzialmente basato su una direttiva.

Così, per esempio, l'art. 31, par. 2, della Carta (sul diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi, alle ferie) non è richiamato – o lo è solo incidentalmente – dalla maggior parte delle decisioni appartenenti al filone giurisprudenziale sul diritto alle ferie annuali retribuite (50). Nella maggior parte delle decisioni appartenenti a questo filone, la Corte riconosce che il diritto *de quo* è «principio di diritto sociale del diritto dell'Unione» (51)», ma basa la propria affermazione sull'art. 7 della Direttiva sull'orario (Direttiva n. 2003/88/Ce), limitandosi a richiamare l'art. 31 della Carta come mero sostegno interpretativo – o addirittura come semplice «clausola di stile» (52) – delle proprie decisioni. Ciò si riscontra, peraltro, solo in alcune delle più recenti (2011-2012) sentenze (53).

(50) Su tale filone, sviluppatosi, proprio a partire dal 2001, con la ormai nota decisione (di poco precedente la proclamazione della Carta) resa nel caso *Bectu* (Corte di Giustizia Ue C-173/99 del 26 giugno 2011), v., sino al 2006, G. Ricci, *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di «non monetizzabilità»: l'opzione della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 509; Idem, *L'orario di lavoro*, in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, 2010, pp. 79-82.

(51) A partire dal *leading case* rappresentato dalla sentenza *Bectu*, tale affermazione è presente in tutte le sentenze citate *infra*, alle successive note.

(52) Cfr. B. Caruso, M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente*, cit.

(53) Il richiamo all'art. 31 si legge, per es., in Corte di Giustizia Ue C-229/11 e C-230/11 dell'8 novembre 2012; Corte di Giustizia Ue (*Heimann, Toltschin c. Kaiser GmbH*); Corte di Giustizia Ue C-337/10 del 3 maggio 2012 (*Neidel c. Stadt Frankfurt am Main*); Corte di Giustizia Ue C-214/10 del 22 novembre 2011 (*Khs c. Winfried Schuttle*), mentre è del tutto assente in Corte di Giustizia Ue C-282/10 del 24 gennaio 2012 (*Domínguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*).

È altrettanto significativo che lo stesso diritto al lavoro – il «primo dei diritti sociali» (54), ancorché collocato al di fuori del Titolo IV – non venga neppure menzionato dai giudici di Lussemburgo in recenti decisioni che ne avrebbero invece consentito richiami e valorizzazioni. Ancora una volta i giudici europei preferiscono assumere a fondamento di una loro decisione altre disposizioni del diritto dell'Unione – in questo caso di rango primario – riguardanti, nella fattispecie, la libera circolazione dei cittadini e dei lavoratori nel territorio dell'Unione (artt. 21 e 45 TfUE).

Eppure il diritto al lavoro – declinato dall'art. 15 della Carta proprio in termini di diritto/libertà «di lavorare o di esercitare una professione liberamente scelta o accettata» (par. 1) e di «cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro» (par. 2) – sarebbe stato suscettibile di riconoscimenti e valorizzazioni legati proprio al profilo della libera circolazione dei lavoratori (55).

In *Caves Krier Frères Sarl* (56), la Corte ha così deciso che una normativa di uno Stato membro che subordini la concessione ai datori di lavoro di un aiuto all'assunzione di disoccupati di età superiore ai 45 anni all'iscrizione da almeno un mese presso gli uffici di collocamento, subordinando ulteriormente l'iscrizione agli uffici al requisito di residenza nel territorio nazionale, costituisce una restrizione alla libertà di circolazione dei lavoratori (*ex art. 45 TfUE*) e *non anche* una violazione del diritto al lavoro.

La Corte non scomoda – come avrebbe potuto – il diritto sociale al lavoro e l'art. 15, par. 2, della Carta, affermando semplicemente che «l'insieme delle disposizioni del Trattato fUe relative alla libera circolazione delle persone mira ad agevolare, per i cittadini degli Stati membri, l'esercizio di attività lavorative di qualsiasi tipo nel territorio dell'Unione europea e osta ai provvedimenti che possano sfavorire questi cittadini, quando essi intendano svolgere un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro»; la decisione viene così appoggiata sulle tradizionali basi delle norme comunitarie primarie sulla libertà di circolazione e di soggiorno.

La totale mancanza di riferimenti al diritto al lavoro, *ex art. 15* della Carta, svela una sorta di atrofia culturale della Corte, che rimane abbarbi-

---

(54) S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 46/2006.

(55) Cfr. D. Ashiagbor, *The right to work*, in G. De Burca, B. De Witte (eds.), *Social rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 241; A. Alaimo, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, 2009, cap. I.

(56) Corte di Giustizia Ue C-379/11 del 13 dicembre 2012.

cata al rassicurante terreno dei Trattati e alla tradizionale giurisprudenza sulla libertà di circolazione, anche quando potrebbe allungare lo sguardo alla Carta.

Maggiori aperture la Corte sembra, tuttavia, mostrare verso i diritti di tipo *previdenziale-assistenziale* e di *contrasto all'esclusione sociale*.

A partire dall'ormai nota sentenza *Martinez-Sala* del 1998 (57), la Corte ha inaugurato un filone giurisprudenziale tendente ad ampliare il diritto di accesso alle prestazioni sociali del paese ospitante da parte dei cittadini migranti economicamente inattivi, facendo leva sul combinato disposto delle norme del TfUe riguardanti il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità (art. 18) e il diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini (art. 21).

Questa giurisprudenza – sulla quale non è ovviamente possibile soffermarsi in questa sede (58) – ha finito per ampliare l'accesso dei cittadini europei economicamente inattivi alle prestazioni di *welfare* dei paesi ospitanti, innescando meccanismi virtuosi di solidarietà transnazionale che prefigurano futuri e possibili «scenari di una dimensione solidaristico-redistributiva di tipo propriamente sopranazionale» (59). Da una parte, la Corte ha dilatato la nozione di «vantaggio sociale» utilizzata dalla normativa di rango secondario che riproduce, in positivo, il divieto di discriminazione sancito dall'art. 18 TfUe (art. 7.2, Regolamento n. 492/2011) (60); dall'altra ha ridimensionato la portata del disposto per cui uno Stato membro «non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale [...] a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi» (61) (art. 24.2, Direttiva n. 2004/38/Ce) e, cioè, ai migranti in cerca di occupazione.

Sulla scia di questa giurisprudenza, la recente sentenza *Kamberaj* (62) ha richiamato l'art. 34 della Carta e il relativo «diritto alle prestazioni di sicu-

---

(57) Corte di Giustizia Ue C-85/96 del 12 maggio 1998, *Maria Martinez Sala c. Freistaat Bayern*.

(58) Si rinvia all'ampia analisi di S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, 2007, spec. capp. I e IV; v. pure S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012.

(59) S. Giubboni, *op. ult. cit.*, p. 163.

(60) L'art. 7, par. 2, Regolamento n. 492/2011, stabilisce che il lavoratore cittadino di uno Stato membro «gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali».

(61) S. Giubboni, G. Orlandini, *op. cit.*, p. 61.

(62) Corte di Giustizia Ue C-571/10 del 24 aprile 2012, *Kamberaj c. Istituto per l'edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (Ipes)*.

rezza sociale e ai benefici sociali» di chiunque risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione (par. 1), nonché il «diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (par. 2).

In *Kamberaj* la Corte ha così disconosciuto la legittimità di una normativa nazionale (*rectius*: provinciale) che per la concessione di uno specifico «vantaggio sociale» – nella fattispecie, un «sussidio casa» – attribuiva rilevanza alla nazionalità, riservando ai lavoratori residenti extracomunitari soggiornanti di lungo periodo (un cittadino albanese, il sig. *Kamberaj*, residente e stabilmente occupato nella Provincia autonoma di Bolzano) un trattamento peggiorativo rispetto ai cittadini residenti dell'Unione (italiani e non).

Nel caso specifico, dunque, la Corte, nel riconoscere che un cittadino di un paese terzo ha diritto a una prestazione sociale «essenziale» (63), quale il «sussidio casa», ha rafforzato ulteriormente l'emersione di un «nuovo paradigma di solidarietà sociale» (64), tentando persino di andare oltre la sua proiezione su scala paneuropea.

Per quanto riguarda i richiami alla Carta, i giudici europei significativamente hanno richiamato, oltre agli artt. 34 e 21, l'art. 1 del *Bill of rights* e, cioè, l'inviolabilità della dignità umana: valore fondamentale essenziale e primario della Carta.

Ciò che sembra emergere, dalla sintetica disamina compiuta, è che, a fronte di un uso generalmente cauto dei diritti sociali riconosciuti dal *Bill of rights* di Nizza/Strasburgo, la Corte mostri una maggiore propensione a un uso giuridico (anche diretto) delle disposizioni della Carta che sanciscono diritti di tipo previdenziale-assistenziale, impiegandole come parametri dei controlli di legittimità delle normative nazionali.

---

(63) Si riporta uno dei passaggi più significativi della decisione, nel quale sono presenti riferimenti espliciti all'art. 34 della Carta (oltre che alla Direttiva n. 2003/109): «Al riguardo occorre rammentare che, conformemente all'articolo 34 della Carta, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti. Ne consegue che, nei limiti in cui il sussidio di cui trattasi nel procedimento principale risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non può essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, della Direttiva n. 2003/109. Spetta al giudice nazionale procedere agli accertamenti necessari, prendendo in considerazione la finalità di tale sussidio, il suo ammontare, i requisiti per la sua attribuzione e la posizione da esso occupata nel sistema di assistenza sociale italiano».

(64) Sempre S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 180.

È verosimile che la maggiore apertura mostrata dalla Corte verso l'impiego di tali disposizioni (come, del resto, degli artt. 18 e 21 del TfUE) sia legata alla possibilità che i relativi diritti vengano ricondotti (come la Corte fa in *Kamberaj*) a valori fondamentali primari – la dignità umana, in particolare –; valori che rimandano, a loro volta, alla «tonalità ideologica complessiva» della Carta (65). Parimenti significativo è che essi rinviino a obiettivi – come la lotta all'esclusione sociale – che occupano un posto centrale nel progetto giuridico e politico di Mse rispettivamente delineato dai Trattati (cfr. sp. l'art. 3 TUE) e dalle istituzioni europee.

È altrettanto certo, tuttavia, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue e le operazioni di «deterritorializzazione» che la medesima ha cercato di produrre con riguardo ai diritti di tipo previdenziale-assistenziale non sono sufficienti, da sole, a forgiare compiute forme di solidarietà sociale postnazionale nell'ambito dell'Unione né a colmare le asimmetrie fra dimensione economica e dimensione sociale «accumulatesi in questi anni così difficili e inquieti del processo di integrazione europea» (66). Appaiono, infatti, necessari proposte e interventi che solo una rinnovata forte progettualità politica, ma anche giuridica, coniugata a un rinnovamento del «discorso regolativo europeo», sono, oggi, in grado di dare.

5. — *Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione: rinnovare il progetto giuridico di modello sociale europeo?* — Se tale appare l'incidenza dei diritti sociali sulla giurisprudenza della Corte, è tempo di verificare se e in che misura essi, al pari della rinnovata trama sociale dei Trattati (e della Cso, in particolare), orientino le *politiche* economiche e sociali dell'Unione e i progetti di sviluppo della *normativa sociale derivata*.

Il risalto fornito dalla Corte di Giustizia Ue ai diritti di tipo previdenziale-assistenziale appare speculare a una ripolitizzazione della questione sociale europea, sempre più tematizzata su questioni non strettamente legate alla garanzia di diritti *individuali dei lavoratori nel rapporto di lavoro* ma su materie più ampiamente *sociali*: da quelle occupazionali – comprendenti la cd. «inclusion» attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro (67) – a quelle, di stampo più propriamente solidaristico,

(65) M. Olivetti, *Dignità umana*, in M. Cartabia, Bifulco, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2001, p. 38.

(66) S. Giubboni, *op. loc. ult. cit.*, pp. 114-115.

(67) Cfr. la Raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2008 relativa all'inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro e il successivo

che riguardano proprio la protezione sociale e l'inclusione (*social protection and social inclusion*).

Il rinnovamento del progetto politico di Mse sembra oggi focalizzarsi sul binomio occupazione/solidarietà, e ciò in quanto proprio «occupazione», «protezione sociale» e «inclusione sociale» si saldano a diritti o valori fondamentali primari, quali il diritto al lavoro (art. 15 della Carta) e la dignità (art. 1 della Carta) (68). Sembra così delinearsi un Mse orientato più alla protezione del cittadino (potenziale lavoratore e destinatario di politiche di inclusione) che del lavoratore, con conseguente tendenza alla copertura di rischi e bisogni non direttamente connessi alla posizione lavorativa quanto, piuttosto, alla sua perdita e/o potenziale acquisizione.

Lo scenario europeo fa sì che mentre i diritti del lavoro nazionali sono costretti a rivedere i loro standard di protezione (emblematica la vicenda legislativa italiana di revisione dell'art. 18, legge n. 300/70) e a fare concessioni al mercato, alla crescita e alla competizione, la sopravvivenza dei *welfare State* nazionali e la costruzione di un sostenibile Mse – o, per dirla con Frank Vandebroucke, di uno «stile di vita europeo» (un «*european way of life*») (69) – debbano considerarsi prioritari e diventino una necessità ineludibile per la stessa «tenuta» dell'unione monetaria (70).

In questa prospettiva vanno certamente letti anche i recenti sviluppi del Mac-Seo e del Mac-inclusione (71).

A partire dal rilancio della strategia di Lisbona (avvenuta all'indomani del *Rapporto Kok*) (72) e, soprattutto, in concomitanza della crisi, la visibilità delle politiche occupazionali si è fortemente ridotta a vantaggio delle politiche economiche e dei temi riguardanti la *governance* economico-finanziaria. Per descrivere tale progressivo indebolimento della Seo – quasi un vero e proprio «sgretolamento» –, qualcuno ha scritto che la strategia europea per l'occupazione sarebbe, oggi, «nella tempesta» (73).

---

«*Assessment of the implementation of the European commission recommendation on active inclusion: a study of national policies*», gennaio 2013.

(68) Cfr. il Considerando 1 della Raccomandazione citata alla nota precedente.

(69) F. Vandebroucke, *op. cit.*, p. 21.

(70) È ancora l'idea di Vandebroucke, *op. cit.*

(71) Cfr. E. Ales, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale*, in E. Ales, M. Barbera, F. Guarriello, *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Giuffrè, 2010, p. 323.

(72) *Jobs, jobs, jobs. Creating more employment in Europe*, Rapporto della *task force* per l'occupazione presieduta da Wim Kok, novembre 2003, *Office for official publications of the Ec*, Luxembourg, 2004.

(73) B. Gazier, *La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 59.

Gli orientamenti Seo sono ormai poco numerosi e piuttosto generici nei contenuti. Dalle ventidue linee guida delle origini si è passati alle quattro linee guida integrate, attuative della nuova strategia «Europa 2020», che sono state adottate nel 2010 e rimarranno in vigore sino al 2014 (74).

In generale, la questione occupazionale è oggi affrontata, non tanto tramite il tradizionale circuito istituzionale Seo, riconducibile alle norme del TfUe sull'occupazione (artt. 145 ss.), quanto attraverso atti diversi da quelli individuati da tali norme, pur se anch'essi di natura *soft*.

Al fine di portare avanti la «iniziativa faro» di Europa 2020 «Nuove competenze e nuovi posti di lavoro», la Commissione ha infatti varato, nel 2012, il cosiddetto «Pacchetto occupazione», del quale fanno parte la Comunicazione «Verso una ripresa fonte di occupazione» [Com(2012)173] e nove documenti di lavoro dei servizi della Commissione.

In aggiunta – e sempre al di fuori dal circuito Seo – sono stati adottati alcuni provvedimenti settoriali fra i quali spicca lo specifico «Pacchetto per l'occupazione giovanile», presentato nel dicembre 2012 (e contenente una proposta di raccomandazione sulla quale il Consiglio europeo ha raggiunto un accordo politico lo scorso 28 febbraio) e a seguito del quale la Commissione ha adottato, nel marzo 2013, una nuova e specifica Comunicazione (75).

Diversamente dal Mac/Seo, il Mac/protezione e inclusione sociale (*the Open method of coordination for social protection and social inclusion*) – articolato nei tre filoni dell'inclusione, delle pensioni e dell'assistenza sanitaria (76) – sembra oggi riprendere vigore dopo essere stato messo in ombra, in una certa fase, dalla Seo (77).

Il Comitato per la protezione sociale ha adottato, nel 2012, linee guida di maggiore dettaglio rispetto a quelle occupazionali (78) raccomandando che i *National social report (Nsr)* siano coerenti e complementari ai *National reform programme (Nrp)*. Ciò indica chiaramente che, da una certa fase in poi, le politiche occupazionali sono state intrecciate alle politiche di coesio-

(74) Per un generale bilancio del Mac – a dieci anni dalla introduzione del Mac-Seo – v. F. Guarriello, *Le lezioni apprese dal metodo aperto di coordinamento*, in E. Ales, M. Barbera, F. Guarriello, *op. cit.*, p. 709.

(75) Com(2013)144 del 12 marzo 2013 «Iniziativa a favore dell'occupazione giovanile».

(76) Cfr. R. Tangorra, *Lisbona, metodo aperto di coordinamento, Eu2020: dieci anni di indicatori sociali dell'Unione europea*, in *Riv. pol. soc.*, 2011, p. 335.

(77) D. Natali, *La Strategia di Lisbona come fattore di modernizzazione del Modello sociale europeo: valutazioni*, in *Riv. pol. soc.*, 2009, 4, p. 95; C. Romano, *Metodo aperto di coordinamento*, *ivi*, p. 287.

(78) Cfr. The social protection committee, «Preparation of the 2012 National Social Reports (Nsr)», Brussels, 15 febbraio 2012, Spc/2012.2/4.

ne sociale (79), ma mostra pure che le seconde sono oggi diventate prioritarie e, proprio per tale ragione, più efficacemente sottoposte a monitoraggio e controllo (80).

In tale cornice – che mette al centro il disegno di un'Unione europea più inclusiva – appare chiaro che le politiche relative alla costruzione del Mse si concentrino, nell'attuale fase, su valori e diritti più solidaristici che lavoristici (almeno nella tradizionale accezione garantista).

In questa prospettiva va letta anche la proposta di direttiva *framework* sul reddito minimo, maturata in ambienti non proprio istituzionali e presentata, nell'anno europeo della lotta alla povertà e all'esclusione sociale (2010) (81), dall'*European anti-poverty network* (Eapn) (82).

Benché la proposta sia rimasta sganciata dall'iniziativa legislativa delle istituzioni (83), è interessante leggerci, fra le righe, il tentativo di individuazione delle basi giuridiche che dovrebbero sorreggere l'eventuale intervento.

Ciò che in questa sede interessa sottolineare non sono tanto le discutibili possibilità di superare gli ostacoli rappresentati dall'esclusione della materia retributiva dalle competenze dell'Unione (art. 153, par. 5, TfUE); e neppure quelli legati al dato testuale dell'art. 153 TfUE, che escluderebbe l'adozione di misure di armonizzazione (regolamenti e direttive, dunque) in materia di «esclusione sociale» (lett. *j*) e di «modernizzazione dei regimi di protezione sociale» (lett. *k*, par. 1) e che, tuttavia, potrebbe forse essere superato dall'«appoggio» della direttiva alla lett. *h* del par. 1 dell'art. 153 («Integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro»). Interessa, invece, sottolineare il riferimento, come possibili basi giuridiche, agli artt. 34, par. 3, della Carta, all'art. 9 TfUE (la Cso) e all'art. 3 TUE.

Nella prospettiva che si è inteso delineare, è infatti significativo che, anche in questa occasione, siano stati proposti riferimenti normativi riguar-

---

(79) S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013, spec. pp. 27 ss. Nel documento Europa 2020, il forte intreccio è mostrato dalla stessa collocazione, in sequenza, della «iniziativa faro» riguardante l'occupazione («Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro») e di quella relativa alle politiche di coesione («Piattaforma europea contro la povertà»).

(80) Lo conferma la stesura del primo Rapporto sull'Europa sociale approvato dal Comitato per la protezione sociale (Cps) il 30 gennaio 2013, citato alla nota 4.

(81) Su quel contesto v. G. Bartoli, G. Occhiocupo, *La lotta alla povertà e all'esclusione sociale: un impegno per l'Unione europea e per gli Stati membri*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, p. 369.

(82) Cfr. A. Van Lancker, *Working document on a framework Directive on minimum income*, settembre 2010.

(83) Un forte sostegno teorico alla proposta si trova nello scritto di F. Vandenbroucke, *op. cit.*; per considerazioni critiche v. W. van Ginneken, *Poverty, human rights and income security in Europe*, Paper presentato alla XIV conferenza Bien, Monaco, 14-16 settembre 2012.

danti valori, diritti e/o obiettivi *solidaristici* di tipo più strettamente previdenziale-assistenziale, in coerenza con un'evoluzione del progetto di Mse che tende a focalizzarsi, prima che sulle politiche occupazionali e del lavoro, su bisogni legati all'area della protezione e dell'inclusione sociale.

E in effetti, la necessità di orientare la crescita verso un nuovo modello di sviluppo rende ineludibile il passaggio a una nuova fase di «socializzazione» dell'investimento (84). Quest'ultima, come ha suggerito la stessa Commissione nel recente «Pacchetto d'investimenti sociali» (85) (complementare al «Pacchetto occupazione» e al «Pacchetto per l'occupazione giovanile»), esige, innanzitutto, un riorientamento delle politiche sociali verso investimenti sociali ad ampio raggio (dall'infanzia, alla parità di genere, all'inclusione), richiedendo, sul versante europeo, un'ottimizzazione delle risorse dei fondi dell'Ue e, in particolare, del Fse.

Se tutto ciò appare condivisibile sul piano delle politiche, il completamento del «progetto giuridico» di Mse delineato dalla Carta e dai Trattati richiederebbe, tuttavia, un ulteriore passo in avanti.

Il ripensamento della solidarietà attualmente in corso in Europa, nella direzione che in questo contributo si è brevemente cercato di delineare, esigerebbe anche un nuovo approccio alla regolazione sociale, per far sì che l'intervento sovranazionale non rimanga confinato nella predisposizione di misure di coordinamento – poiché la «vicenda del Mac appare sintomo di fragilità del Mse di fronte alla crisi» (86) – né affidato alla sola supplenza giudiziaria della Corte di Giustizia Ue. Sarebbe tempo, infatti, che i diritti e le clausole sociali dei Trattati modificassero anche i termini del «discorso regolativo» sulla solidarietà e sul Mse, rafforzandone la dimensione giuridica e invertendo la tendenza, inaugurata nella «fase Lisbona», alla «denormativizzazione delle politiche sociali europee» (87). Come hanno cercato di proporre anche i sostenitori della *framework directive* sul reddito minimo, un vero rilancio del progetto giuridico di Mse sarà possibile solo se il «discorso politico» lascerà gradualmente posto a interventi di segno diverso, più forti e decisi anche sotto il profilo dell'effettività giuridica.

---

(84) Sul concetto di «investimento sociale», paradigma emerso a metà degli anni novanta, e sulle prospettive future di tale investimento, v. l'ampio Rapporto di N. Morel, B. Palier, J. Palme (eds.), *Towards a social investment welfare State: ideas, policies and challenges*, Institute of future studies, Research report, Stoccolma, 2009; Cfr. B. Gazier., *op. cit.*; L. Pennacchi, *op. cit.*

(85) Cfr. la Com (2013)83 del 20 febbraio 2013 «Investire nel settore sociale a favore della crescita e della coesione, in particolare attuando il Fondo sociale europeo nel periodo 2014-2020».

(86) C. Pinelli, *op. cit.*

(87) M. Barbera, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 95/2012, p. 5.

## ABSTRACT

*L'Autrice si confronta con le attuali prospettive della strategia «Europa 2020» e con le sorti del progetto giuridico di modello sociale europeo delineato dai Trattati, messo oggi a dura prova dalla situazione di crisi. Il saggio ruota intorno a due idee di fondo. La prima è che l'effettività delle disposizioni dei Trattati che definiscono tale progetto giuridico – in particolare, l'effettività delle clausole sociali e delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue che garantiscono i diritti sociali – sia legata alla produzione di effetti adattativi (o di orientamento) delle politiche e delle azioni economiche e sociali dell'Unione, più che a una loro applicazione in funzione di parametri di controllo di legittimità (degli atti dell'Unione e degli Stati membri) da parte della Corte di Giustizia Ue. La seconda è che una maggiore effettività delle norme primarie riconducibili al progetto giuridico di modello sociale europeo sia riscontrabile in quelle contenenti valori, diritti e/o obiettivi più ampiamente riconducibili all'area della solidarietà e della coesione sociale, piuttosto che in quelle strettamente inerenti al diritto del lavoro e alle sue tradizionali garanzie.*

THE PRESENT AND FUTURE OF THE EUROPEAN SOCIAL MODEL.  
WORK, SOCIAL INVESTMENTS COHESIVE POLICIES.

*The Author faces the current perspectives of the «Europe 2020» strategy and the results of the legal project of the European social model (Esm) outlined in the Treaty on the Functioning of the European Union and Treaty on European Union, hardly put to the test by the situation of crisis dominating the present time. The essay focuses on two basic ideas. The first is that the effectiveness of the provisions contained in the Treaties that define the legal project of the Esm – with particular regard to the social clauses and provisions present in the Charter of fundamental rights of the European Union – is to be connected more to the production of adaptive effects (or guidance effects) within the European economic and social policies and activities, rather than to the legal habit to enforce them by the Court of Justice of the European Union in the framework of its interpretation method. The second is that an increased effectiveness of the provisions of the Treaties that define the legal project of the Esm is found in those which contain values, rights and/or objectives more broadly related to solidarity and social cohesion, rather than in those most closely related to labour law with its traditional guarantees.*



Roberta Nunin (\*)

## L'UTILIZZO DEI PRINCIPI GENERALI NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

SOMMARIO: 1. L'individuazione dei principi generali dell'ordinamento eurounitario, tra persistenti incertezze lessicali e scelte «strategiche» della Corte di Giustizia. — 2. Da *Mangold a Küçükdeveci*: funzione ed efficacia dei principi generali. — 3. L'art. 18 TfUE e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità: verso possibili declinazioni innovative?

1. — *L'individuazione dei principi generali dell'ordinamento eurounitario, tra persistenti incertezze lessicali e scelte «strategiche» della Corte di Giustizia* — Una riflessione sull'utilizzo dei principi generali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia non può prescindere da una preliminare presa d'atto di come l'individuazione di questi ultimi non sia affatto così agevole come si potrebbe pensare, trattandosi di una nozione che, come è stato anche di recente condivisibilmente osservato, risulta a tutt'oggi «controversa» (1). I giudici comunitari impiegano infatti in modo spesso indifferenziato le espressioni «principi generali» e/o «principi fondamentali», per indicare quei principi superiori di diritto dei quali si intende assicurare «il rispetto pieno e incondizionato» (2).

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) Così R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti con il Diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, Roma, 2010, p. 257 ss., a p. 270; v. anche A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011; T. Tridimas, *The general principles of Eu law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, II ed.; G.C. Rodriguez Iglesias, *Reflections on the general principles of Community law*, in *Cam. year. eur. leg. stud.*, 1998, 1, pp. 1 ss.; A. Massera, *I principi generali*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 431 ss.; J.P. Puissochet, *La Cour de Justice et les principes généraux du droit*, in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1 ss.

(2) Così U. Capelli, *Società del sapere e sviluppo sociale: i principi fondamentali del diritto alla base della costruzione di una moderna società*, in *Dir. com. scamb. int.*, 2008,

A conferma di ciò, può essere utile richiamare in questa sede alcuni passaggi delle Conclusioni presentate il 30 giugno 2009 dall'Avvocato Generale Verica Trstenjak nella causa C-101/08 (*Audiolux*) (3), nelle quali si sottolinea come – pur essendovi unanimità nella giurisprudenza nel ritenere che i principi generali rappresentino «uno strumento importante per colmare le lacune e orientare l'interpretazione» (4) – la terminologia concretamente adottata nelle decisioni della Corte non risulti affatto uniforme. Sebbene non vi sia incertezza sulla circostanza che «i principi generali si connotano per il fatto di incarnare principi fondamentali della Comunità e dei suoi Stati membri, il che spiega il loro rango di diritto primario all'interno della gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico comunitario» (5), l'Avvocato Generale non manca infatti di rimarcare le divergenze nelle scelte lessicali concretamente operate in materia, «come quando la Corte e gli Avvocati Generali si riferiscono a una *norma giuridica generalmente ammessa*, a un *principio generalmente ammesso*, a un *principio giuridico fondamentale*, a un *principio fondamentale*, a un *mero principio*, a un *principio* o al *principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario*» (6). «Flessibilità» terminologica, quest'ultima, che secondo un'opinione chiama in causa una consapevole «strategia» della Corte di Giustizia, la quale, «astenendosi dal procedere a una vera e propria catalogazione dei principi, si è riservata quel margine di operatività che le consente di modulare volta per volta le espressioni utilizzate in relazione al caso concreto sottoposto al suo vaglio» (7).

Purtuttavia, qualora si voglia comunque cercare di operare una classificazione, sembrerebbe potersi accogliere in questa sede la distinzione, da diver-

---

pp. 653 ss., a pp. 7 ss.; v., inoltre, M. Colucci, *Le fonti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. IX, F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2010, p. 71 ss., a p. 76. Su un piano di teoria generale del diritto, rispetto alla proposta di considerare principi tutte le norme soggette a bilanciamento, si è di recente però osservato che una tale soluzione «mostra solo quanto possa diventare debole la distinzione tra regole e principi: in realtà tutte le norme sono soggette a bilanciamento, nella fase in cui si sceglie quale di esse applicare»: così M. Barberis, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 306.

(3) Vd. Conclusioni presentate il 30 giugno 2009 dall'Avvocato Generale Verica Trstenjak nella causa C-101/08, *Audiolux*, par. 66-73, in <http://curia.europa.eu>.

(4) Vd. par. 68 delle Conclusioni rese dall'Avv. Generale Trstenjak nella causa C-101/08, cit. In dottrina, v. T. Tridimas, *The general principles...*, cit., pp. 17 ss.

(5) Vd. par. 70 delle Conclusioni rese dall'Avv. Generale Trstenjak nella causa C-101/08, cit.

(6) Vd. par. 67 delle Conclusioni rese dall'Avv. Generale Trstenjak nella causa C-101/08, cit.

(7) R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 271.

si autori proposta (8), tra *principi generali del diritto eurounitario intesi «in senso stretto»* – che si desumerebbero esclusivamente, come si è affermato, «dallo spirito e dal sistema del Trattato» (9) o, anche, «dai testi scritti dell'ordinamento comunitario o dalle finalità che si prefigge» (10) – e *principi generali di diritto comuni agli ordinamenti giuridici e costituzionali degli Stati membri*, evidenziabili dall'esame «parallelo» degli ordinamenti nazionali (11).

Tra i primi, direttamente desumibili dal diritto primario dell'Unione, vengono annoverati, ad esempio, il principio di solidarietà tra gli Stati membri, il primato del diritto comunitario (12) e la diretta efficacia dello stesso, il mutuo riconoscimento, l'equilibrio istituzionale, il principio di uguaglianza (13), il divieto di ogni discriminazione fondata sulla nazionalità (v., per quest'ultimo, il «nuovo» art. 18 TfUE), così come il divieto di discriminazioni fondate sul sesso (di cui all'art. 157 TfUE) (14), oltre, naturalmente,

(8) In questo senso, v. R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 271; M. Colucci, *Le fonti*, cit., p. 76.

(9) Così R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 271. In dottrina si è sottolineato come alcuni tra questi principi, che sono venuti progressivamente a definire la struttura «costituzionale» del sistema comunitario, siano peraltro stati «*discovered*» by the Court by an inductive process»: così T. Tridimas, *The general principles...*, cit., p. 4.

(10) Così M. Colucci, *Le fonti*, cit., p. 76.

(11) Sul rilievo dell'approccio comparativo nella ricostruzione di tali principi generali comuni, nell'ambito di una riflessione di ampio respiro sul contributo del metodo comparato alla formazione dello *ius commune* europeo, v. B. Caruso, M. Militello, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 383 ss., pp. 394-395.

(12) Che «sta assumendo le vesti di norma di chiusura»: così D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 509 ss., a p. 534. L'Autore, a tale proposito, sottolinea anche, con una certa preoccupazione, come appaia «troppo poco indagata e acriticamente accettata la formula del giudizio di conformità – vera e propria tecnica di *drafting* legislativo – che si sta diffondendo in fonti diverse [...]; e questo senza diventare principio generale e senza individuazione del parametro di confronto, genericamente consistente nel «diritto dell'Unione europea» (v. D. Gottardi, *op. e loc. ult. cit.*). Sul punto, v., in passato, anche M.V. Ballestrero, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia. Supponiamo che...*, in *Lav. dir.*, 1998, pp. 485 ss.

(13) Il Trattato di Lisbona, come è noto, ha modificato l'assetto delle disposizioni in tema di non discriminazione e uguaglianza, in prospettiva di una maggiore sistematicità e di un loro auspicato rafforzamento: il «nuovo» art. 2 TUE, nell'individuare i «valori» su cui si fonda l'Unione (che in passato venivano denominati «principi»), prevede, come è noto, espressamente anche il rispetto dell'uguaglianza.

(14) Con le sue vastissime ricadute giurisprudenziali, a partire dal caso *Defrenne* (v. Corte di Giustizia 15 giugno 1978, in causa C-149/77). T. Tridimas, *The general*

al rispetto dei diritti fondamentali, garantiti dalla Cedu, ai quali l'art. 6.3 del Trattato sull'Unione europea, nella versione risultante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, riconosce espressamente il rango di «principi generali» del diritto dell'Unione. Allo stesso tempo, il medesimo art. 6, al par. 1, riconosce «i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo», alla quale viene riconosciuto «lo stesso valore giuridico dei trattati», facendola così finalmente uscire dalla «nebulosa della *soft law*» (15), anche se la stessa norma or ora richiamata, al par. 2, si premura comunque di precisare che le disposizioni della Carta «non estendono in alcun modo le competenze dei Trattati» (16). È stato peraltro condivisibilmente osservato che il quadro delle competenze «non appare del tutto impermeabile agli enunciati della Carta», dal momento che «attraverso l'attivismo della Corte di Giustizia alcuni diritti e principi – il principio di non discriminazione, per esempio – hanno già da tempo condizionato l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione, andando, a volte, al di là della rigorosa delimitazione delle competenze delle istituzioni europee in materia sociale» (17). Inoltre, si è anche sottolineato che, al di là dell'apparente tripartizione, all'interno della Carta, tra «diritti» e «libertà» – che chiunque dunque potrebbe fare direttamente valere nei confronti delle autorità comunitarie e

---

*principles...*, cit., p. 102, sottolinea come l'affermazione del principio di *sex equality*, a partire dal «vecchio» art. 119 della versione originaria del Trattato, abbia agito «perhaps more than any other area, as a catalyst for the reception of Community law into the national legal orders».

(15) V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto comunitario*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti*, cit., pp. 99 ss., a p. 113.

(16) Si ricorda qui incidentalmente che anche rispetto al profilo specifico della delimitazione delle competenze, il Trattato sull'Unione europea (art. 5 TUE) individua dei principi di ordine generale; il primo paragrafo della disposizione or ora citata precisa infatti che «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità».

(17) Così A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: L'Europa «sociale» nel Trattato di Lisbona*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», 2010, n. 82/2010, p. 4, in <http://csdle.lex.unict.it/>. Per quanto poi attiene a una possibile lettura in chiave di «principio generale», entro tale prima categoria, anche della cd. «clausola sociale orizzontale» di cui all'art. 9 del TFUE, si rinvia qui alle considerazioni svolte nel contributo di M.D. Ferrara, *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in q. Riv., 2013, I, pp. 295 ss. Ci limitiamo qui solo a ricordare che si è condivisibilmente osservato che, in tale disposizione, «ciascuno degli obiettivi porta con sé il blasone di un diritto fondamentale che lo sostiene»: così B. Veneziani, *Presentazione*, in q. Riv., 2012, I, pp. 3 ss., a p. 10.

interne – e meri «principi» – che sembrerebbero piuttosto rivolgersi direttamente alle istituzioni eurounitarie e nazionali, perché le stesse a essi si conformino nell'esercizio delle relative competenze –, proprio alla Carta stessa dovrebbe in realtà essere riconosciuto un «carattere *unificante* [...], realizzato attraverso la sussunzione dei diritti, delle libertà e dei principi nel (l'unico) *genus dei diritti fondamentali*» (18).

Per quanto poi attiene all'individuazione dei principi generali di diritto comuni agli ordinamenti giuridici e costituzionali degli Stati membri (19), la Corte di Giustizia ricorre a una comparazione giuridica critico-valutativa, senza peraltro che sia ritenuto necessario che detti principi siano sempre presenti, con la stessa specifica formulazione assunta in ambito eurounitario, anche in tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi membri. Per questa strada, nella giurisprudenza della Corte si sono via via affermati, esemplificativamente, il principio di proporzionalità (20), il principio della chiarezza giuridica (21), il principio della certezza del diritto (22), il principio di tutela del legittimo affidamento (23), il principio del *ne bis in idem* (24), il diritto alla difesa (25), il principio della tutela giurisdizionale effet-

---

(18) Così R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 269. Vero è, peraltro, che, nelle *Spiegazioni* allegate al momento del deposito della Carta di Nizza, si operava, a commento dell'art. 52, una distinzione tra «diritti» e «principi», specificandosi tra l'altro che «i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati», potendo a questi ultimi darsi attuazione «tramite atti legislativi o esecutivi [...]»; di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo» (così, ancora, le *Spiegazioni*, cit., *sub* art. 52 della Carta); si è osservato tuttavia come un tale distinguo «è destinato ad appannarsi» quando è la Corte di Giustizia a inquadrare come «principio generale dell'ordinamento comunitario» ciò che la Carta di Nizza qualifica come mero «principio»: così R. Conti. *op. ult. cit.*, p. 270.

(19) Un riferimento esplicito a questi ultimi è contenuto anche nel comma 2 dell'art. 340 del TfUe, in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Ue, laddove si dispone che «In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

(20) V., ad esempio, Corte di Giustizia 9 agosto 1994, in causa C-59/92, *Germania c. Consiglio*.

(21) Vd. Corte di Giustizia 10 giugno 1980, in causa C-32/79, *Commissione c. Regno Unito*.

(22) V., ad es., Corte di Giustizia 21 settembre 1983, in cause riunite da C-205/82 a C-215/82, *Deutsche Milchkontor et al.*

(23) Vd. Corte di Giustizia 6 luglio 2000, in causa C-402/98, *Agricola Tabacchi Bonavicina*.

(24) Vd. Corte di Giustizia 13 febbraio 1969, in causa C-14/68, *Walt Wilhelm*.

(25) Vd. Corte di Giustizia 4 luglio 1963, in causa C-32/62, *Alves*.

tiva (26) (peraltro oggi espressamente riconosciuto e sancito anche nell'art. 19 TUE).

I criteri di classificazione or ora proposti, tuttavia, se in un primo momento potrebbero sembrare convincenti, a un'analisi maggiormente approfondita evidenziano subito alcuni limiti intrinseci, consistenti nell'impossibilità, talora, di tracciare una netta linea di confine/separazione tale da ascrivere alcuni principi di (indubbio) rilievo generale all'uno o all'altro gruppo. Ciò risulta particolarmente evidente, ad esempio, laddove, da un lato, ci si ponga nell'ottica dei principi che tutelano diritti fondamentali, i quali, se si guarda all'evoluzione della giurisprudenza della Corte, sono stati in prima battuta e a lungo individuati da quest'ultima proprio ispirandosi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, nonché ai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani ai quali gli Stati membri avevano aderito (27); dall'altro lato, volendo volgere l'attenzione al rilievo del principio generale di eguaglianza (28), si è osservato che quest'ultimo potrebbe essere considerato, allo stesso tempo, un principio proprio del diritto comunitario, ma anche comune agli Stati membri: «infatti, esso è stato desunto facendo astrazione dagli specifici divieti previsti dai Trattati, di cui viene considerato un principio ispiratore, suscettibile di autonoma applicazione», non essendovi però dubbio alcuno «che si tratta altresì di un "diritto fondamentale della persona umana" riconosciuto e tutelato dalle costituzioni nazionali e da numerosi accordi internazionali conclusi dagli Stati membri» (29).

In ogni caso, anche alla luce di tali inevitabili incertezze di classificazione, ci sembra in questa sede maggiormente proficuo dedicare attenzione, più che a una ricostruzione di ordine generale, ad alcuni profili spe-

(26) Vd. Corte di Giustizia 18 marzo 2010, in cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini et al.* In tale recente pronuncia si chiarisce che il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce «un principio generale del Diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Cedu, oltre a essere stato ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(27) Obbligatorio è qui il richiamo alla notissima giurisprudenza della Corte di Giustizia riferibile ad alcune sentenze pronunciate tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta del secolo scorso: v. Corte di Giustizia 12 novembre 1969, in causa C-29/69, *Stauder*; Corte di Giustizia 17 dicembre 1970, in causa C-11/70, *Internationale handelsgesellschaft*; Corte di Giustizia 14 maggio 1974, in causa C-4/73, *Nold*.

(28) Condivisibilmente definito come «*not only a constitutional necessity but also a keystone of integration*»: così T. Tridimas, *The general principles...*, cit., p. 76.

(29) Così F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2010, p. 54.

cifici legati al concreto utilizzo di alcuni principi generali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia, che riteniamo risultino di particolare interesse nell'ottica del diritto del lavoro e dei diritti di *welfare*. Infatti, da un lato, la sentenza *Küçükdeveci* offre degli spunti interessanti per operare delle considerazioni in tema di effetti diretti di un principio generale anche nei rapporti interprivati; dall'altro, il principio del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, alla luce di alcuni orientamenti interpretativi formulati negli ultimi anni dalla Corte in materia, fornisce l'occasione per dedicare attenzione a possibili declinazioni «innovative» del medesimo, che appare sempre più sottoposto a significative «tensioni» in relazione, ad esempio, a possibili pretese di subordinare a requisiti (non solo di nazionalità, ma anche) di residenza o domicilio la fruizione di prestazioni sociali o assistenziali legate a una nozione di *welfare* intesa in senso ampio.

2. — *Da Mangold a Küçükdeveci: funzione ed efficacia dei principi generali* — La recente e notissima giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di esistenza di un principio generale di non discriminazione in base all'età all'interno dell'ordinamento dell'Unione offre l'occasione per alcune puntualizzazioni sulla funzione e l'efficacia dei principi generali stessi.

A tale proposito, potrebbe essere utile muovere proprio dalle Conclusioni presentate il 7 luglio 2009 dall'Avvocato Generale Yves Bot nella causa C-555/07, *Küçükdeveci*, ove si evidenziano le diverse possibili funzioni cui adempiono i principi generali (e, nella fattispecie concreta, quello di uguaglianza, che appunto veniva in gioco): questi, osserva l'Avvocato Generale, non solo consentono al giudice comunitario «di colmare le lacune che potrebbero presentare disposizioni del diritto primario o derivato», ma sono anche «uno strumento interpretativo che può chiarire il senso e la portata di disposizioni di diritto comunitario nonché uno strumento di controllo della validità degli atti comunitari» (30). Tuttavia, in dottrina si è osservato che, se non sembra discutibile l'applicazione dei principi in funzione del canone di interpretazione del diritto nazionale, ben più delicato appare individuare «linee chiare e univoche sulla capacità del principio generale di determinare la (mera) disapplicazione della norma nazionale con esso contrastante, e dunque un mero *effetto di esclusione* o, addirittura, di valere come elemento immediatamente vincolante e prevalente, dotato

---

(30) Vd. il par. 80 delle Conclusioni presentate il 7 luglio 2009 dall'Avvocato Generale Yves Bot nella causa C-555/07, *Küçükdeveci*, in <http://curia.europa.eu>.

quindi di efficacia diretta sulla norma nazionale con esso contrastante e dunque resa inoperante» (31).

Proprio il tema dell'efficacia orizzontale di un principio generale ha alimentato negli ultimi anni un dibattito assai vivace, che ha coinvolto tanto gli studiosi del diritto dell'Unione europea quanto i giuslavoristi, con riguardo in particolare alle posizioni assunte dalla Corte di Giustizia nella giurisprudenza *Mangold* (32) e *Küçükdeveci* (33); guardando a que-

(31) Così R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 273.

(32) Corte di Giustizia 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold*; vedila in q. Riv., 2006, II, pp. 205 ss., con nota di L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*; in Riv. it. dir. lav., 2006, II, pp. 250 ss., con nota di O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia Ce*; in argomento v. anche V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in Foro it., 2006, IV, cc. 329 ss.; F. Lunardon, *Lavoro atipico, discriminazione per motivo di età e promozione dell'occupazione*, in Dir. lav. merc., 2006, pp. 428 ss.; R. Mastroianni, *Efficacia «orizzontale» del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie*, in Dir. lav. merc., 2006, pp. 442 ss.; D. Schiek, *The Ecj decision in Mangold: a further twist on effects of directives and constitutional relevance of community equality legislation*, in Ind. law jour., 2006, pp. 329 ss.; A. Vallebona, *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*, in Dir. lav., 2006, pp. 15 ss.; M. Fuchs, *La lunga storia del caso Mangold*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2011, pp. 81 ss.; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in q. Riv., 2012, I, pp. 125 ss.; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in q. Riv., 2012, I, pp. 165 ss.

(33) Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, in causa C-555/07, *Küçükdeveci*, in Racc., 2010, pp. 365 ss. Gli interventi di commento della dottrina sono assai numerosi; tra molti, v. D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età*, cit.; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie*, cit.; L. Calafà, *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio «emergente»*, in Riv. it. dir. lav., 2010, II, pp. 992 ss.; V. Allocca, *Le discriminazioni fondate sull'età del lavoratore secondo la Corte di Giustizia*, in Dir. lav. merc., 2010, pp. 214 ss.; R. Cosio, *La sentenza Küçükdeveci: le nuove frontiere del diritto dell'Unione europea sul potere di disapplicazione del giudice nazionale*, in Lav. giur., 2010, pp. 1079 ss.; C. Favilli, S. Giubboni, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, in Mass. giur. lav., 2010, pp. 441 ss.; G. Grasso, *Il caso «Küçükdeveci». Il giudice nazionale e la disapplicazione: istruzioni per l'uso*, in Foro it., 2010, cc. 158 ss.; N. Lazzarini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza dalla Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci*, in Riv. dir. intern., 2010, pp. 443 ss.; G. Di Federico, *La sentenza Küçükdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, in Riv. it. dir. lav., 2010, II, pp. 1002 ss.; F. Guarriello, F. Minolfi, *Da Cenerentola a leading case: discriminazioni per età e Carta dei diritti fondamentali*, in Dir. lav. merc., 2011,

ste decisioni, appare difficile non convenire con chi ha osservato come «un nuovo assetto delle fonti sta emergendo per via giurisprudenziale, con riferimento all'uso multilivello dei principi fondamentali» (34).

Con la sentenza *Mangold*, la Corte di Giustizia ha ritenuto, come è noto, applicabile a una controversia tra privati il principio generale di non discriminazione in base all'età, ammettendo così che esso possa essere invocato anche nell'ambito dei rapporti orizzontali. Già nelle Conclusioni presentate il 30 giugno 2005 dall'Avvocato Generale A. Tizzano si rilevava peraltro come il principio di uguaglianza, «proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato», viene a spiegare i propri effetti su tutti i consociati, potendo quindi «essere invocato direttamente» da un privato nei confronti di un altro privato e così applicato dal giudice nel giudizio principale (35). Nella sentenza *Mangold*, la Corte riconosce una tale efficacia orizzontale al principio di non discriminazione in base all'età, da un lato, sganciando quest'ultimo dalla scadenza del termine che era stato concesso agli Stati membri per l'attuazione della Direttiva n. 2000/78/Ce (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), dall'altro, individuando il «garante» della «piena efficacia» di tale principio nel giudice nazionale, chiamato a disapplicare ogni contraria disposizione interna confliggente con tale principio, «perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto» (36).

Contro il riconoscimento di una tale efficacia diretta orizzontale, si potrebbe obiettare – ed è stato obiettato – che, se esistesse già un principio generale direttamente efficace, tale da vietare ogni possibile discriminazione nei rapporti tra privati, non vi sarebbe stato bisogno né delle Direttive del 2000 né, tantomeno, del «vecchio» art. 13 TCe (oggi, v.

---

pp. 90 ss.; M. Militello, *Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa ci insegna la sentenza «Kücükdeveci»*, in *Foro it.*, 2011, cc. 161 ss.; M. Peruzzi, *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *q. Riv.*, 2011, II, pp. 140 ss.

(34) Così S. Sciarra, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *W.P. Csdl «Massimo D'Antona»*, Collective volumes, n. 1/2011, p. 76 ss., a p. 83, in <http://csdle.lex.unict.it/>.

(35) Vd. par. 84 delle Conclusioni presentate il 30 giugno 2005 dall'Avvocato Generale A. Tizzano nella causa C-144/04, *Mangold*.

(36) Vd. Corte di Giustizia 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold*, al par. 2 del dispositivo.

l'art. 19 TfUE) (37). Tuttavia, si è condivisibilmente rilevato che i termini della questione ben potrebbero essere utilmente rovesciati, laddove si consideri che è proprio il riconoscimento di un principio generale di eguaglianza che ha reso necessaria a suo tempo l'adozione di una disposizione, quale l'art. 13 TCe, che ha permesso l'approvazione dei successivi interventi normativi di dettaglio: «una volta emersa la (nuova) portata del principio in questione, il passo successivo naturale è stato quello di definirlo con maggior precisione, dettando le norme necessarie per combattere più efficacemente le singole forme di discriminazione» (38).

Nella sentenza *Küçükdeveci* (39) – pronuncia degna di nota anche perché è uno dei primi casi in cui la Corte di Giustizia fa riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo il riconoscimento a questa dello «stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6 TUE) –, i giudici «affinano, e in parte correggono» (40), il ragionamento proposto nel caso *Mangold*, chiarendo meglio, da un lato, il ruolo della Direttiva n. 2000/78 quale termine di riferimento per la «specificazione» del principio generale

---

(37) Valore emblematico, a tale proposito, assumono le Conclusioni presentate il 15 febbraio 2007 dall'Avvocato Generale Ján Mázak nella causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, laddove (v. par. 134-138), pur premettendosi (par. 134) di non ritenere «che i principi generali del diritto manchino, in generale, dei requisiti oggettivi necessari per avere effetto diretto», si sosteneva però in prosieguo che «... il principio di eguaglianza e di non discriminazione non è applicato autonomamente, ma quale strumento per interpretare la direttiva [...]. Ci si troverebbe in una situazione problematica [...] qualora tale concetto dovesse essere praticamente rovesciato accordando a un principio generale di diritto comunitario, il quale, come nel presente caso, si può ritenere espresso in specifiche norme comunitarie, un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme, o indipendentemente da esse. Un simile approccio non solo solleverebbe gravi preoccupazioni in materia di certezza del diritto, ma metterebbe anche in questione la ripartizione dei poteri tra la Comunità e gli Stati membri, nonché l'attribuzione delle competenze ai sensi del Trattato in generale. Si deve in proposito ricordare che l'art. 13 Ce ha esplicitamente riservato al Consiglio il potere, agendo ai sensi della procedura prevista da tale articolo, di prendere i provvedimenti opportuni per combattere, tra l'altro, le discriminazioni fondate sull'età; cosa che esso ha ritenuto di poter fare attraverso una direttiva. A mio avviso, pertanto, i limiti intrinseci a tale specifico atto comunitario, in particolare con riferimento all'effetto diretto orizzontale, non possono essere aggirati ricorrendo a un principio generale».

(38) Così F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia*, cit., p. 62.

(39) Nella vicenda veniva in gioco la previsione dell'età come criterio per il calcolo del termine di preavviso applicabile al licenziamento, alla luce di una disposizione della legge tedesca (art. 622 *Bgb*) che stabiliva che per il calcolo della durata del suddetto termine non fossero presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del venticinquesimo anno di età.

(40) M. Ranieri, *Directive antidiscriminatorie*, cit., p. 200.

di non discriminazione in base all'età e, dall'altro, i caratteri dell'obbligo di disapplicazione del giudice nazionale.

Dopo avere ribadito l'esistenza di un principio di non discriminazione in base all'età che deve essere considerato un principio generale dell'Unione (41), infatti, la sentenza sottolinea come a tale principio la Direttiva n. 2000/78/Ce dia espressione concreta; in quest'ottica, si riafferma il compito del giudice nazionale – investito di una controversia tra privati – di garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla citata direttiva, «disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone [...] di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio» (42). Dunque, la facoltà per il giudice di disporre il rinvio pregiudiziale «non può tuttavia trasformarsi in obbligo per il fatto che il diritto nazionale non consente a tale giudice di disapplicare una norma interna che egli ritenga contraria alla Costituzione, se tale disposizione non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale», dal momento che «in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata» (43).

Dunque, secondo il ragionamento della Corte, il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, laddove ritenga una norma incompatibile con detto principio e rilevi che per la stessa risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, potrà disapplicare tale disposizione, senza che allo stesso giudice nazionale sia imposto (né, beninteso, sia vietato) di proporre alla Corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale. E ciò sulla base del fatto che il parametro in base al quale valutare la compa-

---

(41) Sotto tale profilo si è osservato che, con la sentenza *Küçükdeveci*, la Corte di Giustizia, accertando l'esistenza di un principio generale di non discriminazione in base all'età attraverso il richiamo dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «ha colmato una delle lacune argomentative più criticate della sentenza *Mangold*: l'esistenza di un principio, in quanto comprovata esclusivamente attraverso il richiamo agli strumenti internazionali e alle tradizioni costituzionali comuni contenuto nel preambolo della Direttiva n. 2000/78, poteva sembrare una conclusione arbitraria della Corte»: così N. Lazzerini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono?*, cit., p. 448.

(42) Così il dispositivo di Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, in causa C-555/07, *Küçükdeveci*.

(43) Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, cit., par. 54.

tibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione viene identificato dalla Corte nel principio generale di non discriminazione in base all'età come specificato dalla Direttiva n. 2000/78, e non nella direttiva medesima; la Corte così può ritenere di non sovvertire, anche nella sentenza *Küçükdeveci*, la regola dell'inefficacia orizzontale delle direttive nei rapporti interprivati (44): come si è rilevato, la Corte «ignora completamente l'invito a riconoscere alla Direttiva n. 2000/78 un effetto orizzontale “di esclusione”, facendo invece entrare in gioco [...] il principio generale di non discriminazione per età, dotato di valenza immediatamente precettiva» (45).

Tanto necessariamente premesso, non sfuggono gli evidenti risvolti pratici della decisione: la possibilità di invocare un principio generale in una controversia tra privati sembra, alla luce di tale decisione, «non dipendere dalla adozione di una direttiva che a tale principio dia attuazione, quanto piuttosto dalla idoneità del principio medesimo a trovare applicazione anche in una fattispecie orizzontale» (46). Sotto altro profilo, nell'ottica dei soggetti privati, si potrebbe evidenziare anche l'emersione di un onere di non poco rilievo: «rispetto ai principi generali dotati di efficacia diretta anche orizzontale si configura una esigenza di vigilanza da parte del privato circa la compatibilità con i primi delle normative nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (47).

La questione dell'efficacia dei principi generali sembra dunque destinata a implementarsi ulteriormente, e ciò, a maggior ragione, anche a seguito del «nuovo» inquadramento della Carta di Nizza nel sistema delle fonti.

Peraltro, alla luce di quanto si è sin qui detto, ci sembra di poter condividere l'opinione di chi ha posto con forza l'accento, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sulla (pre)esistenza di una regola di eguaglianza, «non scritta e di autonoma portata generale, che si colloca tra le fonti primarie dell'ordinamento, ha natura di principio generale del diritto e dispone di efficacia diretta, sia verticale che orizzontale» (48), che oggi trova esplicito riconoscimento anche nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali; a tale proposito, si è di recente osservato che la Carta stessa (e le *Spiegazioni* a essa allegate) confermano «per così dire *a posteriori*, un dato importante che non tutta la dottrina aveva condiviso: un principio ge-

(44) Che essa richiama esplicitamente nel par. 46 della sentenza.

(45) Così D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età*, cit., p. 135.

(46) N. Lazzarini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono?*, cit., p. 446.

(47) Idem, p. 447.

(48) F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia*, cit., p. 63.

nerale di eguaglianza preesisteva nel sistema giuridico comunitario e aveva il rango di norma primaria dell'ordinamento» (49). La Carta dei diritti si è dunque solo limitata «a codificare un tale principio, dando a esso, beninteso, una maggiore visibilità» (50), dovendosi riconoscere al principio di eguaglianza il carattere di «principio generale, la cui operatività taglia trasversalmente tutto l'ordinamento comunitario, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali» (51).

In conclusione, se nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dovessero consolidarsi gli indirizzi interpretativi espressi nella sentenza *Küçükdeveci*, con l'apertura a un «sindacato diffuso di legittimità comunitaria», non si è mancato di ipotizzare che quest'ultimo potrebbe finire per «risultare più incisivo rispetto a quello “accentrato” affermato dalla Corte Costituzionale e, forse, maggiormente *effettivo*» (52).

Per altro verso, una ulteriore conferma della possibile applicazione diretta di un principio generale in caso di difformità dell'ordinamento nazionale si è avuta, un paio di mesi dopo la sentenza sopra citata, con la sentenza *Alassini* (53), nella quale – con riguardo al diverso tema della valorizzazione dei principi generali in materia di equivalenza e di effettività, nonché di tutela giurisdizionale effettiva, in un caso italiano avente a oggetto un ipotizzato contrasto tra questi ultimi e le modalità concrete con cui poter azionare un obbligatorio tentativo di conciliazione all'interno di materie soggette alla direttiva sui servizi universali (Direttiva n. 2002/22/Ce) – la Corte di Giustizia, come da alcuni si è subito sottolineato, sembra configurare la possibilità di applicazione diretta del principio di effettività e di tutela giurisdizionale effettiva in caso di difformità dell'ordinamento nazionale (54).

Come è stato condivisibilmente affermato, dunque, a partire da *Mangold* e, poi, con la giurisprudenza *Küçükdeveci*, si sono indubbiamente aperti scenari nuovi, che prefigurano un ruolo da protagonisti anche per i giudici nazionali, «attraverso l'interpretazione e l'applicazione dei principi generali e dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza, al di là del tradizionale limite di efficacia verticale delle direttive

(49) F. Spitaleri, *op. ult. cit.*, p. 95.

(50) F. Spitaleri, *op. e loc. ult. cit.*

(51) Così M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Eadem (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., pp. XIX ss., a p. XLII.

(52) Così R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 293.

(53) Vd. Corte di Giustizia 18 marzo 2010, in causa C-317/08, *Alassini*.

(54) Vd. R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti*, cit., p. 274.

che a queste posizioni soggettive danno concreta specificazione» (55). Dimensione, quest'ultima dell'efficacia orizzontale, che non si può che auspicare possa risultare «difficilmente resistibile nel medio periodo, vista la naturale tendenza dei *Bill of rights* a imporre la loro cogenza nei rapporti interprivati» (56).

3. — *L'art. 18 TfUe e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità: verso possibili declinazioni innovative?* — Guardando in un'altra direzione, alcuni indizi di possibili «nuove» declinazioni di un principio generale possono essere rinvenuti in alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia che riguardano il tema diverso – ma egualmente assai rilevante – del principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

L'art. 18 del TfUe dispone al primo capoverso che «nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità»; trattasi di una previsione rimasta invariata nel corso dei decenni, a far tempo dalla versione originaria del Trattato istitutivo della Cee. Come sottolineato dalla dottrina, tale disposto esprime «una norma-principio che connota l'intera disciplina del TfUe» (57), dal momento che tale divieto di discriminazione «taglia» trasversalmente non solo le libertà economiche di circolazione delle persone, ma anche le disposizio-

(55) Così F. Amato, S. Giubboni, *La latitudine della competenza del giudice nazionale secondo la Corte di Giustizia di Lussemburgo*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti*, cit., pp. 329 ss., a p. 351.

(56) Così G. Bronzini, *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in q. Riv., 2012, I, pp. 53 ss., a p. 69. Per una riflessione sui «pilastri che reggono la nuova architettura nell'ordinamento multilivello», v. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», 2010, n. 81/2010, in <http://csdle.lex.unict.it/>. Osserva come il potenziamento del diritto antidiscriminatorio potrebbe trovare un valido supporto nell'efficacia orizzontale del principio di non discriminazione anche M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione*, cit., p. 209, che ne auspica un'estensione anche agli altri motivi discriminatori, sottolineando come «ciò peraltro, e più in generale, contribuirebbe a legittimare l'impiego del principio in esame quale strumento di governo del mercato in funzione di tutela della coesione sociale».

(57) Così S. Amadeo, *Commento all'art. 18 TfUe*, in corso di pubblicazione in A. Tizzano (a cura di), *Commentario ai Trattati Ue e fUe*, Giuffrè, Milano, 2013, II ed., p. 1 del dattiloscritto. Con riguardo al tema della libera circolazione e dell'accesso alle prestazioni di welfare v. S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Riv. dir. sic. soc., 2008, pp. 19 ss.

ni settoriali e le politiche del TfUe. Come sottolineato dall'Avvocato Generale Poiaras Maduro nelle Conclusioni presentate il 3 aprile 2008 nella causa C-525/06, *Huber*, «il divieto di discriminazione in base alla nazionalità non è più solo uno strumento al servizio della libertà di circolazione; esso si colloca al centro della nozione di cittadinanza europea e definisce la portata dell'obbligo degli Stati membri di trattare i cittadini dell'Unione come i cittadini nazionali», imponendo agli stessi «di non pensare e agire più solo in termini di interessi dei propri cittadini ma anche, per quanto possibile, in termini di interessi di tutti i cittadini dell'Unione» (58). Tale principio, come si è osservato, oltre a essere a sua volta manifestazione del principio generale di uguaglianza, viene ad assumere una «funzione “integrativa” rispetto ai divieti specifici posti dal Trattato: colma le lacune fra questi e configura uno standard minimo di uguaglianza a favore dei cittadini operanti nel territorio dell'Unione», venendo a occupare «una posizione di vertice nella gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione», dal momento che lo stesso «può costituire in giudizio criterio interpretativo del diritto primario, nonché parametro interpretativo o di legittimità del diritto derivato; può costituire, soprattutto, parametro di compatibilità delle normative nazionali» (59).

Se è vero che, come si è di recente osservato, da un punto di vista teorico-sistematico «la mobilità europea delle persone è composta di due grandi capitoli, strettamente connessi: la libertà di circolazione dei cittadini europei e la circolazione più complicata, ma non per questo meno visibile nell'argomentazione socio-economica e giuridica, dei cittadini dei paesi terzi» (60), in dottrina si è ripetutamente sottolineato come l'art. 18 TfUe non sia invocabile, se non in via mediata, dai cittadini provenienti da paesi terzi (61). Questi ultimi, infatti, come è noto, pos-

---

(58) Vd. Conclusioni presentate il 3 aprile 2008 dall'Avvocato Generale M. Poiaras Maduro nella causa C-524/06, *Huber*, par. 18, in <http://curia.europa.eu>.

(59) Così S. Amadeo, *Commento all'art. 18 TfUe*, cit.; sul rilievo di tale principio v. anche T. Tridimas, *The general principles...*, cit., p. 118 ss.

(60) Così L. Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 70. In argomento v. anche M. Codinanzi, A. Lang, B. Nascimbene (a cura di), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006, II ed.

(61) Vd. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 74 ss.; F. Ippolito, *Cittadini provenienti da paesi terzi: applicabilità e contenuto (variabile) del principio di non discriminazione*, in I. Castangia, G. Biagioni (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione*, Esi, Napoli, 2011, pp. 117 ss.; ma v. già anche M. Bell, *Anti-discrimination law and the European union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 37 ss.

sono godere della libertà di circolazione e del relativo divieto di discriminazione qualora abbiano lo *status* di familiari del cittadino dell'Unione. Come di recente ribadito dalla Corte di Giustizia nel caso *Iida* (62), peraltro, «il diritto di un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che ha esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, di stabilirsi con quest'ultimo ai sensi della Direttiva n. 2004/38 può essere invocato soltanto nello Stato membro ospitante in cui risiede quest'ultimo» (63).

Si è tuttavia osservato che, attingendo alla normativa derivata adottata negli ultimi anni sulla base del Titolo V del Trattato (64), la giurisprudenza d'inizio secolo «mostra segno di far emergere principi equitativi d'applicazione generale, derivati dall'art. 18 TfUe, in relazione al trattamento nazionale del cittadino straniero lungo-soggiornante, ispirandosi ai diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai cittadini europei in mobilità e pur secondo orientamenti ispirati a notevole flessibilità» (65). Ad esempio, in tale senso, si veda da ultimo la sentenza del 2012 relativa al caso *Kamberaj* (che riguarda proprio l'Italia, chiamando in gioco delle disposizioni adottate dalla Provincia di Bolzano), decisione con la quale la Corte ha rilevato il contrasto con l'art. 11, par. 1, lett. *d*, della Direttiva n. 2003/109/Ce, relativa ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, di una normativa nazionale o regionale (come quella della provincia di Bolzano che veniva in discussione) la quale, per la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi al cittadino di un paese terzo titolare di tale *status* un trattamento diverso rispetto a quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato, a condizione che tale sussidio rientri in una delle tre categorie contemplate dalla disposizione sopra citata (che riconosce la parità di trattamento in materia di previdenza sociale, assistenza sociale e protezione sociale, come definite dalla legislazione nazionale) e che il par. 4 dell'art. 11 (che prevede che gli Stati membri possano limitare la parità di trattamento in

---

(62) Vd. Corte di Giustizia 8 novembre 2012, in causa C-41/11, *Yoshikazu Iida*, in <http://curia.europa.eu>.

(63) *Ivi*, par. 64. Sul punto si veda anche la decisione della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 2007 sul caso *Enid*, in causa C-291/05, con riguardo alla quale ci si permette di rinviare qui a R. Nunin, *Libertà di circolazione dei lavoratori e diritti del familiare cittadino extracomunitario*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, pp. 817 ss.

(64) Con riguardo alla quale v., da ultimo, L. Calafà, *Migrazione economica*, cit., pp. 42 ss., ove si sottolinea, tra l'altro, la «frammentazione del modello di intervento».

(65) Così S. Amadeo, *Commento all'art. 18 TfUe*, cit., pp. 9-10.

materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali) non trovi applicazione (66).

Si tratta di una giurisprudenza che procede con molta cautela, a fronte di sempre più evidenti e forti «tensioni» cui è sottoposto il principio che viene in gioco: come si è di recente osservato, in un momento in cui il pendolo politico dell'Europa «oscilla verso l'enfaticizzazione dell'insicurezza», il Titolo V del TfUe e la «filosofia» di cui lo stesso appare portatore «tendono potenzialmente a “fagocitare” il tema delle migrazioni, interne o esterne che siano, mentre era lecito attendersi il contrario ovvero l'assorbimento della mobilità *extra* Ue nella libera circolazione europea» (67). Situazione, quest'ultima, che finisce per rendere ancora più drammaticamente evidente la permanente contrapposizione, già da tempo rilevata in dottrina, tra una proiezione inclusiva della cittadinanza europea e la «simmetrica chiusura verso coloro che sono esclusi dalla *membership*» (68).

Sempre alla luce della giurisprudenza più recente concernente l'art. 18 TfUe (69), e muovendo da altra e diversa prospettiva, deve infine segnalarsi come la possibile violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità possa discendere non solo dalla parziale esclusione di cittadini di *altri* Stati membri dal godimento di prerogative «territoriali» previste dal diritto nazionale, ma anche da pregiudizi «selettivi» che colpiscono gli stessi cittadini *nazionali*, laddove questi si trovino in una situazione di «mobilità», rispetto ai cittadini «sedentari»; tali ipotesi possono in teoria materializzarsi «ogniqualevolta lo Stato subordina a requisiti di residenza o di domicilio o ad altri parametri di localizzazione, relativi al territorio nazionale, l'accesso o il godimento di vantaggi» (70), laddove il cittadino del paese si trovi a scontare un'indisponibilità di «titoli» nazionali, avendo soggiornato stabilmente in uno Stato diverso: il concetto di discriminazione appare così spostarsi dal criterio riferibile al-

---

(66) Vd. Corte di Giustizia 24 aprile 2012, in causa C-571/10, *Kamberaj*, in <http://curia.europa.eu>. Per un sintetico inquadramento critico delle problematiche poste dagli interventi di matrice regionale riferibili al cd. «*welfare* padano», sia consentito rinviare a R. Nunin, *Sull'illegittimità costituzionale della limitazione territoriale delle prestazioni assistenziali*, in q. *Riv.*, 2012, II, p. 154 ss.

(67) Così L. Calafà, *Migrazione economica*, cit., p. 78.

(68) Così S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà*, cit., p. 60.

(69) V., ad esempio, Corte di Giustizia 19 luglio 2012, in causa C-522/10, *Reichel-Albert*; Corte di Giustizia 8 novembre 2012, in causa C-461/11, *Radziejewski*; Corte di Giustizia 11 luglio 2002, in causa C-224/98, *D'Hoop*.

(70) Così S. Amadeo, *Commento all'art. 18 TfUe*, cit., p. 15 del dattiloscritto.

la cittadinanza a quello della residenza (71), con persistenti incertezze giurisprudenziali quanto alla «precisa identificazione del divieto cui ricondurre tali situazioni» (72).

#### ABSTRACT

*Il saggio propone una riflessione sull'utilizzo dei principi generali nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue, prendendo le mosse dal problema preliminare della classificazione degli stessi, alla luce della diversificata terminologia concretamente adottata nelle decisioni degli eurogiudici. L'Autore dedica particolare attenzione al tema della funzione ed efficacia di tali principi, alla luce della nota sentenza Küçükdeveci (concernente l'esistenza di un principio generale di non discriminazione in base all'età), con riguardo alla possibile efficacia orizzontale dei medesimi. Infine, sempre guardando agli approdi della giurisprudenza più recente, il contributo si chiude con alcune considerazioni in merito a possibili innovative declinazioni del principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità.*

#### THE USE OF GENERAL PRINCIPLES IN THE ECJ JURISPRUDENCE

*The essay proposes some reflections about the use of general principles in the Eu Court of Justice's case-law, moving from the preliminary problems concerning classification, also looking at the different terminology adopted in real terms by the Court. The Author draws special attention to the function and effectiveness of such principles, after the well-known judgement Küçükdeveci (concerning the existence of a general principle of prohibition of discrimination by age), looking at the possible horizontal effectiveness of such a principle. At last, the essay closes with some remarks concerning some possible innovative applications of the principle of non-discrimination regarding nationality, emerging from some recent decisions adopted by the Court.*

(71) V.G. Davies, «Any place I hang my hat?» or: residence is the new nationality, in *Eu. law rev.*, 2005, pp. 43 ss.

(72) S. Amadeo, *op. ult. cit.*, p. 16. L'Autore sottolinea, infatti, come, per contrastare tali disparità di trattamento, la giurisprudenza abbia utilizzato – disgiuntamente o congiuntamente – gli artt. 18 e 21 TfUe, o abbia riconosciuto la contrarietà delle stesse ai principi che sono alla base dello *status* di cittadino dell'Unione, ovvero abbia invocato la nozione di ostacolo o restrizione vietata ai sensi dell'art. 21, primo cpv., TfUe. In argomento, v. anche C. Barnard, *The substantive law of the Eu*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 442 ss.

*Maria Dolores Ferrara (\*)*

L'INTEGRAZIONE EUROPEA ATTRAVERSO  
IL «SOCIAL TEST»: LA CLAUSOLA SOCIALE ORIZZONTALE  
E LE SUE POSSIBILI APPLICAZIONI

SOMMARIO: 1. Un approccio integrato tra politiche sociali e politiche economiche: recenti sviluppi del «*social and economic mainstreaming*». — 2. La clausola sociale nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le sue scaturigini: l'*Impact assessment* nel processo legislativo europeo. — 3. La clausola sociale orizzontale *ex art. 9 TfUE* e il suo impatto. — 3.1. La clausola e le istituzioni europee. — 3.2. L'efficacia, l'ambito di applicazione e il contenuto vincolante della clausola sociale orizzontale. — 4. La clausola sociale non solo come «espressione di un desiderio»: prime riflessioni conclusive.

1. — *Un approccio integrato tra politiche sociali e politiche economiche: recenti sviluppi del «social and economic mainstreaming»* — Nella prospettiva europea, la crisi ha assunto e assume continuamente diverse sfumature: da crisi finanziaria a crisi economica e del debito, a crisi sociale e infine a crisi della *governance* delle istituzioni europee e di fiducia in esse. Nonostante ciò e nella consapevolezza che la reazione delle istituzioni europee e dei paesi membri dell'Ue è stata e continua a essere molto diversificata in ragione del settore su cui si è abbattuta la tempesta, credo che sia possibile, con uno sforzo interpretativo e con una buona dose di ottimismo, tentare di utilizzare la strumentazione che i Trattati europei ci offrono per implementare le politiche di integrazione sociale. La prospettiva da cui intendo avviare l'indagine non è quella delle norme europee in materia sociale, avendo deciso di esaminare il significato della presenza degli obiettivi di politica sociale in alcuni recenti atti dell'Unione europea adottati in materia di politica economica e monetaria per contrastare la devastante crisi della zona euro.

L'attuale, e credo anche futuro, processo di integrazione europea è influenzato in modo predominante da una filosofia «neofunzionalista», differenziata e flessibile. Il paradigma classico della «unità nella diversità» di

---

(\*) Dottore di ricerca e assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

viene paradigma postmoderno della «diversità nell'unità» (1). Come è stato osservato, le diverse «filosofie» del secondo dopoguerra, per quanto contrapposte, erano espressione, ciascuna a suo modo, di un'etica dell'integrazione «unitaria» e «simmetrica»: nella forma di un'unificazione «politico-statuale» quella federalista, di un'armonizzazione economico-giuridica quella «funzionalista», di una integrazione identitaria quella «costituzionalista» (2). E se già nel Trattato di Lisbona sono evidenti i segnali di questo approccio neofunzionalista (cooperazioni rafforzate, avviabili da nove membri a differenza della precedente previsione definita in termini percentuali, clausole di *opting out* e *opting in*, rafforzamento del principio di sussidiarietà), oggi si hanno ulteriori conferme in considerazione di quanto è accaduto nel dopo Lisbona. Esiste l'Europa a 27 del mercato unico, quella a 17 dell'euro, quella a 25 del *Fiscal compact*, quella a 23 del Patto *Europlus* e di nuovo a 17 del Fondo salva Stati (3).

Ma questo dato, in fondo, non è nuovo e non sorprende. Gli esempi di integrazione differenziata ora illustrati sono suscettibili di fornire elementi di riflessione, certamente non risolutivi, in merito al problema cruciale del processo di integrazione europea, ossia trovare soluzioni in grado, da un lato, di fornire risposte efficaci alla crisi evidente nella quale il processo versa, dall'altro, di superare la riluttanza degli Stati a compiere il salto federale e, dunque, a cedere la propria sovranità a un Governo europeo legittimato democraticamente (4). Tralasciando le suggestioni che derivano dai recenti trattati in merito all'architettura istituzionale dell'Unione europea (5), mi

(1) Così A. Cantaro, *Le filosofie dell'integrazione sovranazionale*, in A. Cantaro (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 16.

(2) Per un'ampia ricostruzione delle diverse filosofie si veda A. Cantaro, *op. cit.*, p. 10.

(3) Per un'analisi delle nuove misure di *governance* economica si veda, tra gli altri e senza nessuna pretesa di completezza, G.L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Riv. dir. intern.*, n. 3, 2012, p. 681; A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'Ue: dai primi strumenti finanziari al Fiscal compact*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2012, p. 323; L.S. Rossi, «Fiscal Compact» e *Trattato sul Meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'Ue*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2012, p. 293; S. Sciarra, *Common places, new places. The labour law rhetoric of the crisis*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» INT*, n. 92/2012; C. Degryse, *The new European economic governance*, in *W.P. European trade union institute*, n. 14, 2012.

(4) Cfr. G. Rossolillo, *Fiscal compact, Meccanismo europeo di stabilità ed Europa a due velocità: proposte istituzionali per un governo della zona euro*, in *Il Federalista*, n. 1-2, 2012, p. 19.

(5) Sul punto si veda C. Pinelli, *I riflessi della crisi finanziaria sugli assetti delle istituzioni europee*, in [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Relazione\\_Pinelli.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Relazione_Pinelli.pdf).

sembra, invece, un elemento meritevole di considerazione la relazione che in questi atti sussiste tra politiche economiche e obiettivi sociali. All'art. 1 del *Fiscal compact* (6), gli Stati firmatari (e quelli successivamente aderenti) convengono di rafforzare il pilastro economico dell'Unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio, attraverso un patto di bilancio, a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la *governance* della zona euro. Fino a qui nulla di nuovo nel lessico dei trattati in materia economica; senonché il comma 1 dell'articolo 1 prosegue con un inciso che è attraente, in quanto stabilisce che le parti firmatarie in tal modo sostengono il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale.

In un trattato in cui si definiscono le nuove strutture della *governance* monetaria ed economica irrompono, accanto alla competitività, anche obiettivi di politica sociale (crescita sostenibile, occupazione e coesione sociale). Una presenza che potrebbe anche essere solo formale o dovuta, ma che può costituire un segnale importante per tentare di costruire un'idea diversa di integrazione; questa disposizione è tanto più importante se si considera il ruolo marginale dei temi sociali in altri recenti atti, peraltro non vincolanti, come, ad esempio, il Patto *Europlus* (7). In questo ultimo, gli Stati firmatari si pongono come unico obiettivo di politica sociale quello di stimolare l'occupazione accanto al rafforzamento della stabilità finanziaria, alla sostenibilità delle finanze pubbliche e alla competitività. Anche andando a leggere i contenuti dei pochi obiettivi enunciati, i temi sociali paiono completamente sterilizzati o scarsamente innovativi: per stimolare, ad esempio, l'occupazione si ripropone la ricetta della flessicurezza; si ipo-

---

(6) Il Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria (Tscg), cd. *Fiscal compact*, è stato firmato il 2 marzo 2012 dai Capi di Stato o Governo dei paesi membri dell'Ue, fatta eccezione del Regno Unito e della Repubblica ceca. Il cuore del Trattato è costituito dall'obbligo assunto dagli Stati firmatari e da quelli che in futuro vi aderiranno di mantenere la regola aurea del pareggio di bilancio generale dello Stato per mezzo di disposizioni vincolanti e permanenti, possibilmente a carattere costituzionale. Precedentemente era stato sottoscritto il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (Tmes), cd. Fondo salva Stati, firmato dagli Stati appartenenti alla zona euro nel luglio 2011, successivamente modificato nel febbraio 2012 ed entrato in vigore nel luglio 2012, che di fatto sostituisce gli altri meccanismi precedentemente assunti per fornire assistenza finanziaria agli Stati euro (il Fondo europeo di stabilità finanziaria e il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria; questo ultimo adottato con Regolamento del Consiglio dell'Ue n. 407/2010, dell'11 maggio 2010).

(7) Il Patto è stato adottato dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011 ed è figurante nelle conclusioni della Presidenza di quella riunione.

tizza inoltre un sistema di finanza pubblica sostenibile attraverso soltanto la riforma del sistema previdenziale che contempli un innalzamento dell'età pensionabile. Ma forse non erano i tempi giusti: i mercati erano instabili e bisognava tranquillizzarli con obiettivi e strumenti austeri.

Anche la Commissione, nel pacchetto anticrisi adottato nel 2011, il *Six pack* (8), pare non sfuggire a questa tendenza di valorizzare gli obiettivi di politica sociale in un contesto in cui si affrontano temi di politica economica e monetaria. Ai sensi del nuovo articolo 1 del Regolamento n. 1466/1997/Ce, come modificato dal Regolamento n. 1175/2011/Ue, le disposizioni concernenti il contenuto, la presentazione, l'esame e la sorveglianza dei programmi di stabilità e dei programmi di convergenza nell'ambito della sorveglianza multilaterale esercitata dal Consiglio e dalla Commissione sono finalizzate a prevenire tempestivamente il determinarsi di disavanzi pubblici eccessivi e a promuovere la sorveglianza e il coordinamento delle politiche economiche, sostenendo in tal modo e allo stesso tempo il conseguimento degli obiettivi dell'Unione in materia di crescita e occupazione. Nella precedente versione del Regolamento, all'articolo 1 nulla si sanciva sul punto, prevedendosi soltanto nel Considerando 1 che il Patto di stabilità e crescita aveva come obiettivo l'equilibrio delle finanze pubbliche quale strumento per rafforzare le condizioni favorevoli alla stabilità dei prezzi e a una crescita vigorosa, sostenibile e promotrice di occupazione. I principi dell'originaria versione dell'art. 1 (prevenire tempestivamente il determinarsi di disavanzi pubblici eccessivi e promuovere la sorveglianza e il coordinamento delle politiche economiche) sono enunciati ora nel Considerando 1 del Regolamento del 2011. La diversa collocazione degli obiettivi sociali (dai Considerando al testo dell'articolo) non è casuale, o almeno è compito del giurista tentare di conferire a essa il necessario e giusto valore.

Ma la manifestazione più evidente di questa tendenza è senza dubbio il cd. «semestre europeo». Nell'ambito del *Six pack* è stata istituita una procedura di coordinamento *ex ante* delle politiche economiche che si fonda

---

(8) Cfr. Regolamenti (Ue) del Parlamento e del Consiglio n. 1175/2011 del 16 novembre 2011 che modifica il Regolamento (Ce) n. 1466/97; n. 1177/2011 dell'8 novembre 2011 che modifica il Regolamento (Ce) n. 1467/97; n. 1173/2011 del 16 novembre 2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; n. 1174/2011 del 16 novembre 2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi dell'area euro; n. 1176/2011 del 16 novembre 2011 sulla prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici; Direttiva n. 2011/85/Ue del Consiglio dell'8 novembre 2011 sui requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

sulla sorveglianza multilaterale da parte del Consiglio non solo sull'attuazione degli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione, ma anche sulla formulazione e sulla verifica dell'attuazione degli orientamenti in materia di occupazione di cui gli Stati membri devono tenere conto, nonché sulla presentazione e valutazione dei programmi nazionali di riforma degli Stati membri a supporto della strategia dell'Unione per la crescita e l'occupazione. Al di là dei contenuti concreti dei singoli atti che potranno adottarsi, appare chiaro che si tratta di una procedura in cui «virtualmente» si incontrano e soprattutto si valutano simultaneamente le politiche economiche, quelle occupazionali e le riforme in materia di lavoro (9).

Mi sembra che gli esempi appena fatti siano un timido ma significativo tentativo di coordinare le politiche economiche con le politiche sociali secondo un approccio di *social and economic mainstreaming*. Un metodo che si collega (ma non si esaurisce) all'idea stessa di economia sociale di mercato (10) e possiede una base giuridica nel Trattato sul funzionamento dell'Ue. Per limitarmi ad alcuni esempi, in primo luogo nell'art. 120 TfUe in cui solennemente si subordina l'azione degli Stati membri nell'ambito delle politiche economiche alla realizzazione degli obiettivi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, tra cui figura un ricco catalogo di obiettivi «sociali» (piena occupazione, progresso sociale, lotta all'esclusione sociale, alle discriminazioni, promozione della giustizia e protezione sociale, parità tra uomini e donne, solidarietà tra generazioni, tutela dei diritti dei minori). Ma anche il Titolo XVIII della Parte III del TfUe dove, come è noto, si stabilisce che gli Stati membri conducono la loro politica economica e la coordinano anche al fine di rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale (artt. 174 e 175).

Anche se la formulazione di queste norme si fonda su obiettivi generali, apparendo così buoni propositi e dichiarazioni di intenti, sussistono indizi incoraggianti per convogliare gli sforzi su un sistema di integrazione tra politiche economiche e politiche sociali fondato su un «approccio integrato»

---

(9) Potrebbe sostenersi l'idea che siamo al cospetto di una nuova tipologia di *soft law*; si veda sul punto F. Hendrickx, *Social and economic policy coordination: a new meaning of soft law?*, in *European labour law journal*, n. 1, 2011, p. 1.

(10) Si veda il richiamo all'economia sociale di mercato dell'art. 3, par. 3, TUE. Non è questa la sede per addentrarsi nel dibattito sul significato e sulla portata di questa nozione o meglio sull'inserimento di questa definizione nel Trattato sull'Unione europea, ma è evidente che diventa necessario precisarne il contenuto in quanto è una formula debitrice di differenti modelli: dall'ordalismo tedesco, al liberalismo economico, alla dottrina sociale della Chiesa.

nella definizione e nell'avanzamento dei livelli di protezione sociale. Non si ignora che questo modello di *social and economic mainstreaming* rischia di restare nel limbo delle idee, privo cioè di effettiva forza vincolante se non si individua lo strumento tecnico di attuazione. Le nuove architetture nazionali e sovranazionali di *governance* economica, che sono state o saranno adottate nei prossimi anni, mettono in primo piano le politiche economiche ma finiscono per incidere soprattutto sugli ordinamenti giuslavoristici, costringendo gli Stati ad attuare riforme anche radicali delle rispettive normative. Come è stato osservato in dottrina (11), la nuova *governance* economica non manca di influenzare la ridefinizione della *governance* sociale, in primo luogo perché le decisioni prese in materia di politica economica per contrastare la crisi entrano in contraddizione con gli obiettivi della nuova Agenda «Europa 2020» (12). Accanto agli strumenti tradizionali di integrazione sociale, credo che si possa sperimentare più convintamente l'utilizzo del metodo integrato della valutazione di impatto come strumento per scongiurare il rischio di asimmetrie sociali e per coniugare la competitività economica con la giustizia sociale: a tale fine, riveste un ruolo di importanza fondamentale la clausola sociale orizzontale di cui all'art. 9 del TfUE.

2. — *La clausola sociale nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le sue scaturigini: l'Impact assessment nel processo legislativo europeo* — Tra le novità introdotte dal Trattato di Lisbona spicca l'inserimento nel Titolo II, tra le disposizioni di applicazione generale, di una clausola orizzontale ai sensi della quale, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e delle sue azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana (art. 9 TfUE). L'attuale formulazione della clausola ricalca l'art. III-117 del Trattato costituzionale, introdotto dalla Convenzione per la redazione del progetto di Costituzione allo scopo di fronteggiare le conseguenze in campo sociale del processo di integrazione (13). Rinviando ai successivi paragrafi l'esame sulla natura e

---

(11) Cfr. L. Pennacchi, *Governance economica e governance sociale*, in q. Riv., n. 1, 2012, p. 19.

(12) Per una prima analisi comparata delle riforme nazionali del diritto del lavoro in conseguenza della crisi si veda S. Clauwert, I. Schömann, *La crisi e le riforme nazionali del diritto del lavoro – Un esercizio di «mappatura»*, in *W.P. European trade union institute*, n. 4, 2012.

(13) Cfr. B. Bercusson, *The Lisbon Treaty and the social Europe*, in *Europäische rechtsakademie (Era) Forum*, 10, 2009, p. 101.

sull'efficacia di questa clausola, va preliminarmente individuato il precedente storico di essa. La storia della clausola sociale è il racconto della consacrazione nel Trattato del metodo di «legislazione intelligente» delineato nei Consigli europei di Göteborg (giugno 2001) e Laeken (dicembre 2001), adottato dalla Commissione nel 2002 (14) e consistente nella valutazione dell'impatto (*Impact assessment* – in seguito, *Ia*) che le politiche e le azioni intraprese hanno sul piano economico, sociale e ambientale. Considerato originariamente come strumento per migliorare la regolamentazione nella tecnica legislativa e non legislativa (15), l'*Ia* nel corso di questi anni ha subito una crescente visibilità. Non potendo entrare nel dettaglio della procedura su cui si basa questo metodo per ragioni di spazio, mi limiterò a porne in evidenza le principali caratteristiche. La consacrazione di questo strumento è avvenuta nel 2005 in occasione del rilancio della Strategia di Lisbona (16), in cui, tuttavia, si continua a evidenziarne la funzione di rimedio per migliorare la qualità della legislazione europea. Non sono mancati tentativi di collegare questo metodo anche ad altre finalità e, in particolare, a temi sociali. Mi riferisco alla comunicazione della Commissione per una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione del 2005 (17), anche se l'*Ia* viene ancora considerato esclusivamente nell'ambito dello strumentario per semplificare la normativa europea.

Come anticipato, l'*Impact assessment* ha la finalità di migliorare la qualità e la coerenza del processo di sviluppo delle strategie ed è finalizzato a realizzare un ambiente normativo efficace ed efficiente (18). Il nuovo metodo doveva inizialmente affiancare e poi successivamente sostituire, in modo graduale, i precedenti sistemi di valutazioni settoriali e parziali (19).

La valutazione di impatto consiste nell'analisi sistematica dei probabili effetti dell'intervento da parte delle autorità pubbliche (20). Il principio di ba-

---

(14) Cfr. Commissione europea, Com(2002)276 def. del 5 giugno 2002.

(15) Cfr. Commissione europea, Com(2002)278 def. del 5 giugno 2002, p. 7.

(16) Cfr. Commissione europea, Com(2005)24 def. del 2 febbraio 2005, p. 22.

(17) Cfr. Commissione europea, Com(2005)97 def. del 16 marzo 2005, p. 5.

(18) Cfr. Com(2002)276 def., cit., p. 2.

(19) Si prevedeva la piena operatività del sistema non prima del 2004/2005, ammettendo la possibilità che nel corso dei primi anni le relazioni delle valutazioni d'impatto potevano essere incomplete.

(20) Per una dettagliata disamina si veda A.C.M. Meuwese, *Impact assessment in Eu lawmaking*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008. L'iter procedurale previsto a livello europeo si articola in due fasi principali: la valutazione di impatto preliminare e la valutazione di impatto estesa. Sulla scorta di schede compilate allo scopo di offrire una panoramica complessiva del problema individuato, le possibili opzioni e i settori interessati, la Commissione decide quali proposte, accompagna-

se è quello di valutare preventivamente le possibili conseguenze di una proposta legislativa in termini di vantaggi e svantaggi, opportunità e rischi, tenendo in considerazione anche opzioni regolatorie alternative, compresa l'ipotesi di non intervento. Essa rappresenta, in quanto tale, una parte integrante del processo di formazione delle proposte strategiche e di sensibilizzazione dei responsabili delle decisioni e dell'opinione pubblica circa i probabili effetti. Tuttavia, come ha precisato sin da subito la Commissione, la valutazione d'impatto contribuisce al processo decisionale, ma non sostituisce il giudizio politico (21). Il limite intrinseco di questo metodo, dunque, è abbastanza chiaro; esso infatti non comporta conclusioni o raccomandazioni vincolanti, ma fornisce degli *input* sulle conseguenze delle scelte strategiche.

Anche sul piano del campo di applicazione non mancano criticità che minano l'effettività di questo strumento. La procedura si utilizza per le iniziative principali, vale a dire quelle presentate dalla Commissione nella sua strategia politica annuale o nel suo programma di lavoro. Sono soggette alla valutazione di impatto tutte le proposte legislative della Commissione, nonché tutte le altre proposte presentate per essere inserite nella strategia politica annuale o nel programma di lavoro della Commissione, purché tali proposte presentino un impatto potenziale di carattere economico, sociale e ambientale o richiedano misure regolamentari per la loro attuazione. Il criterio di base è pertanto la presentazione di una proposta in vista della sua inclusione nella strategia politica annuale e nel programma di lavoro della Commissione. Si ricorre a questo procedimento nel caso di direttive e di

---

te dalla scheda preliminare di valutazione, richiedono una valutazione estesa che viene avviata attraverso la costituzione di un gruppo interdipartimentale (*Inter-service steering group*), che riunisce i Servizi della Commissione interessati all'oggetto della proposta, e la consultazione delle parti interessate e degli esperti competenti in materia. Al momento della consultazione degli *stakeholders* viene data una particolare attenzione, dovendo essere condotta in modo esaustivo, visibile e con adeguata pubblicità, in tempi ragionevoli e adeguati, con obbligo di dare un adeguato *feedback* degli esiti della consultazione a coloro che vi hanno partecipato. La valutazione estesa deve essere condotta secondo il principio dell'analisi proporzionata, in base al quale il grado di dettaglio e la profondità dell'analisi variano a seconda dei probabili effetti della proposta e della loro importanza. La predisposizione della relazione di valutazione di impatto, infine, deve accompagnare la proposta legislativa in tutti i passaggi necessari alla sua approvazione. Per effetto della Comunicazione della Commissione «Una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione» [Com(2005)97 del 16 marzo 2005], questa procedura ha subito alcune modifiche, prevedendosi in particolare che la scelta dei settori e delle proposte da sottoporre all'*la* debba avvenire attraverso la definizione di una *roadmap*, ossia di una tabella di marcia annuale per la valutazione di impatto con cui si pianificano le analisi e le procedure da effettuarsi.

(21) Cfr. Com(2002)276 def., cit., p. 3.

regolamenti, ma anche per i libri bianchi, i programmi di spesa e gli orientamenti di negoziazione per accordi internazionali che hanno un impatto economico, sociale o ambientale. Altre iniziative, invece, si considerano esenti dall'*Ia*, come i libri verdi, quando la formulazione della strategia è ancora in corso, le decisioni e le relazioni regolari della Commissione, le proposte che fanno seguito a obblighi internazionali e le decisioni di gestione, quali le decisioni di applicazione, le decisioni regolamentari e gli aggiornamenti tecnici. Sono altresì escluse le misure che derivano dal potere della Commissione di controllare la corretta attuazione del diritto comunitario. In circostanze imprevedute o in situazioni di «forza maggiore», la Commissione può applicare le prescrizioni in tema di *Ia* con la necessaria flessibilità (22), dovendosi tenere in conto gli obblighi che potranno derivare da situazioni di emergenza, dagli obblighi internazionali e dalle questioni legate ai diritti umani e alla sicurezza.

È evidente, dunque, che sussiste ampia discrezionalità da parte della Commissione di decidere, su considerazioni eminentemente politiche o di opportunità, cosa escludere e quando escludere dalla valutazione di impatto, con un'evidente limitazione delle potenzialità di questo strumento.

Ma anche sotto un altro aspetto, questo metodo può sembrare molto «inoffensivo». Pur se non sono mancate occasioni in cui la Commissione ha incoraggiato le altre istituzioni ad adottare processi di lavoro simili (Consiglio, Parlamento europeo, Stati membri), soprattutto nel caso di modifiche significative alle proposte della Commissione (23), resta circoscritta la platea dei soggetti destinatari di queste prescrizioni.

Alcune questioni problematiche sono state affrontate nei successivi interventi della Commissione, soprattutto sul piano del coinvolgimento delle altre istituzioni europee.

Nel novembre 2005 Commissione, Consiglio e Parlamento europeo hanno concordato un approccio comune in materia di valutazione di impatto (24), stabilendo che queste due ultime istituzioni devono tenere in conto le valutazioni di impatto fatte dalla Commissione in occasione di proposte legislative e non legislative anche prima di adottare emendamenti alle proposte della Commissione.

L'allargamento dei soggetti responsabili dell'applicazione dell'*Ia*, unitamente all'esigenza di renderne trasparente la gestione, ha spinto la Com-

---

(22) Cfr. Com(2002)276 def., cit., p. 6.

(23) Cfr. la Sezione 2.3 del Piano d'azione sul miglioramento della regolamentazione contenuto nella citata Comunicazione della Commissione Com(2002)278.

(24) Cfr. *Inter-institutional common approach to Impact assessment*, in [http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/documents/ii\\_common\\_approach\\_to\\_ia\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/ii_common_approach_to_ia_en.pdf).

missione a istituire, nel 2005, un apposito organo, l'*Impact assessment board (Iab)*, che ha il compito di monitorare la qualità delle valutazioni di impatto allegate alle proposte della Commissione e di coordinare le diverse fasi del procedimento (25).

Un ulteriore passo in avanti nella definizione di questo metodo si è avuto nel 2009, ossia con l'approvazione delle nuove linee guida in materia di *Ia*. Rispetto a quanto contenuto nella comunicazione del 2002 e alle linee guida del 2005 (26), nelle nuove *guidelines* (27) si estende questa procedura a tutte le iniziative, legislative e non legislative, incluse o meno nel Programma di lavoro della Commissione, in cui si definiscono le future politiche dell'Unione europea (28). Nel merito si puntualizzano due importanti contenuti della valutazione. Da un lato, si impone l'obbligo di estendere la valutazione di impatto alla materia della protezione dei diritti fondamentali; dall'altro, si precisano i contenuti del *social test*, dovendo, questo ultimo, riguardare occupazione e mercato del lavoro, standard e diritti collegati alla qualità del lavoro, inclusione sociale e protezione di alcuni gruppi, parità di trattamento e di opportunità, non discriminazione, accesso alla protezione sociale, sistemi di protezione della salute e sicurezza, sistemi di istruzione.

Nonostante gli sforzi di migliorare l'incisività di questo metodo, nonostante il crescente impegno della Commissione di aumentare la quantità delle valutazioni di impatto, questo strumento è stato oggetto di studio prevalentemente da parte di coloro che si interessano di comitatologia e di diritto amministrativo europeo, restando estraneo all'ambito di interesse degli studiosi del diritto sociale europeo. Non a torto. Coevo di un importante, innovativo e molto studiato metodo di integrazione europea, il metodo aperto di coordinamento appunto, l'*Impact assessment* invece ha avuto un limitato rilievo negli studi in cui si discute di integrazione sociale; probabilmente perché prevalgono aspetti procedurali collegati esclusivamente al come si legifera, con scarsa valorizzazione dei contenuti e delle finalità della legislazione. L'*Ia* ha la parvenza di un mero strumento nell'ambito della pro-

---

(25) Sulle funzioni di controllo dello *Iab* si veda A. Alemanno, *Quis custodet custodes dans le cadre de l'initiative «Mieux légiférer? Une analyse des mécanismes de surveillance de la qualité réglementaire au sein de la Commission européenne et le Comité d'évaluation des analyses d'impact»*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, n. 1, 2008, p. 43.

(26) Cfr. Commissione europea, Sec(2005)791 del 15 giugno 2005.

(27) Cfr. Commissione europea, Sec(2009)92 del 15 gennaio 2009.

(28) Sull'estensione del metodo della valutazione di impatto si veda in particolare A. Alemanno, A. Meuwese, *Impact assessment of Eu non legislative rulemaking: the missing link in new comitology*, in *European law journal*, n. 1, 2013, p. 76.

cedura di formazione delle proposte di iniziativa della Commissione, con una limitata efficacia quanto ai soggetti e ai contenuti e con un inesistente potere vincolante e deterrente in relazione alle decisioni politiche adottate nell'ambito delle istituzioni europee e dei singoli Stati membri (29).

Esistono, tuttavia, oggi decisive ragioni che mi inducono a tenere in conto l'*Ia* in questa indagine, perché più cose evidentemente sono mutate. Il *social test* non è solo una tappa, un momento, uno strumento del processo decisionale della Commissione europea, ma può diventare, in una prospettiva più vasta e più ambiziosa, uno strumento di attuazione degli obiettivi sociali che può affiancarsi ai metodi *hard* e *soft* già esistenti attraverso la valorizzazione della clausola sociale orizzontale sancita dall'art. 9 del Tfu.

3. — *La clausola sociale orizzontale ex art. 9 Tfu e il suo impatto* — L'impatto della Clausola sociale orizzontale (per semplificare Cso d'ora in poi) viene percepito in modo diverso in dottrina e dalle istituzioni europee. Ma anche nell'ambito delle stesse istituzioni europee il ruolo di questa clausola assume una portata differente. Ma andando con ordine, non può fare a meno di notarsi che all'indomani dell'approvazione del Trattato di Lisbona, l'art. 9 del Tfu è stato considerato come un'importante novità, anche se alla sua introduzione è stata attribuita valenza soprattutto sul piano simbolico, avendo il Trattato portato all'attenzione con maggiore vigore i temi della politica sociale e i nuovi strumenti per progredire in questa direzione. Al di là del dibattito sulla natura della clausola, di cui si darà conto nelle prossime pagine, in dottrina, con alcune significative eccezioni a livello europeo (30), è prevalsa inizialmente una silenziosa osservazione della Cso.

3.1. — *La clausola e le istituzioni europee* — Fin da subito, invece, la clausola ha suscitato molto interesse nell'ambito di alcune istituzioni euro-

---

(29) La Commissione in più occasioni ha espresso soddisfazione per lo stato di applicazione dell'*Ia*; dal 2002 al 2009 la Commissione ha svolto circa 400 valutazioni di impatto, 135 delle quali solo nel 2008 [cfr. Com(2009)15 def. del 28 gennaio 2009, *Terzo esame strategico del programma per legiferare meglio nell'Unione europea*]. Non si nega però la necessità di apportare miglioramenti a questo metodo soprattutto al fine di implementare il coinvolgimento delle parti interessate, di garantire maggiore visibilità e trasparenza dei risultati e di migliorare la definizione dell'oggetto [cfr. Com(2010)543 def. dell'8 ottobre 2010, *Legiferare con intelligenza nell'Unione europea*].

(30) Mi riferisco in particolare al volume di E. Marlier e D. Natali, *Europe 2020. Towards a more social Eu?*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2010.

pee. La presidenza belga dell'Unione europea nel 2010 ha messo in evidenza l'importanza di questa clausola in quanto strumento per intensificare l'attenzione sulla dimensione sociale delle politiche eurounitarie attraverso un dialogo strutturale sull'impatto sociale delle politiche e delle azioni all'interno e all'esterno dell'Unione, individuando le procedure di *Impact assessment* come un rapido e qualificato strumento per implementare la Cso (31).

Un grande supporto è stato dato dal Comitato economico e sociale europeo (d'ora innanzi Cese), che in alcuni casi ha dedicato specifici pareri alla Cso e in altri la richiama frequentemente. Nell'interpretazione del Comitato, la medesima funzione della clausola ha subito un'evoluzione. Originariamente, nel 2010 (32), essa veniva essenzialmente collegata al Metodo aperto di coordinamento (Mac) per raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla Commissione europea nell'ambito della nuova strategia europea per la crescita e lo sviluppo «Europa 2020» (33). Si individuava, in definitiva, l'applicazione della Cso nell'ambito delle politiche di coordinamento per realizzare un'interazione tra i diversi obiettivi delle politiche europee, con particolare riferimento a tutte le iniziative faro di «Europa 2020» e non solo alla «Piattaforma europea contro la povertà». Era ancora una visione angusta della clausola, poiché se ne esaltava, di fatto, la portata applicativa solo rispetto alle politiche adottate attraverso il metodo di coordinamento e alle azioni dell'Unione europea e non dei singoli Stati membri.

Un deciso salto di qualità si è avuto nel 2011. Con un successivo parere, specificamente reso sulla clausola sociale, l'opinione del Cese (34) pare notevolmente evolutasi, in primo luogo perché se ne esalta l'introduzione come «una novità fondamentale» del Trattato di Lisbona. In questo parere

---

(31) Cfr. Belgian presidency of the European union, *The horizontal social clause and social mainstreaming in the Eu. The horizontal social clause as a call for intensified cooperation and exchange of knowledge through the Commission's Impact Assessment*, Forum sur les Services sociaux d'intérêt général (Ssig), Brussels, Belgian federal public service social security, 26-27 ottobre 2010, in [http://www.socialsecurity.fgov.be/eu/docs/agenda/26-27\\_10\\_10\\_sia\\_en.pdf](http://www.socialsecurity.fgov.be/eu/docs/agenda/26-27_10_10_sia_en.pdf).

(32) Cfr. parere Cese (2011/C 44/04) del 15 luglio 2010 su *Il metodo aperto di coordinamento e la clausola sociale nel quadro della strategia Europa 2020*.

(33) Cfr. Commissione europea Com (2010) 2020 del 3 marzo 2010, fatta propria dal Consiglio europeo di Bruxelles del 25-26 marzo 2010, che, come è noto, contiene la strategia futura per trasformare l'Unione in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale. Per un bilancio critico si veda per tutti A. Alaimo, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, 2012, p. 219, e ivi le ulteriori indicazioni bibliografiche.

(34) Cfr. parere Cese (2012/C 24/06) del 26 ottobre 2011 su *Rafforzare coesione sociale e coordinamento Ue in campo sociale grazie alla nuova Cso di cui all'art. 9 TUE*.

si mette in evidenza l'indiscusso dato di fatto che la clausola è diritto primario dell'Unione, essendo essa sancita nel Trattato sul funzionamento dell'Ue. Il Cese afferma l'applicazione della clausola a tutte le politiche e a tutte le attività dell'Unione, non solo nell'ambito del Mac, sostenendo l'importanza che tutti i documenti e i testi giudiziari facciano riferimento alla Cso e ne tengano conto, ipotizzandone l'attuazione anche nei confronti dei singoli Stati membri. Come spesso accade in questa tipologia di atti consultivi, l'indicazione delle concrete coordinate attuative è vaga, contenendo un generico riferimento alla necessità di coinvolgere le parti sociali e di implementare l'uso dell'*Ia*.

L'avanzare della crisi e la constatazione delle gravi conseguenze della nuova *governance* economica ha indotto nuovamente a prendere in considerazione l'*Ia* e la Cso. Nel 2012 il Cese afferma la necessità e l'urgenza di effettuare valutazioni dell'impatto sociale delle disposizioni adottate in attuazione delle nuove regole in materia di politica economica e monetaria, stigmatizzando l'atteggiamento di *self restraint* delle istituzioni europee e degli Stati membri (35) per la mancata utilizzazione del *social test* in occasione delle diverse manovre di risanamento dei conti pubblici. In occasione di altri pareri, il Cese ribadisce incidentalmente la necessità di dare attuazione a questa disposizione (36).

Con altrettanta enfasi, il Comitato delle Regioni, in numerosi suoi interventi, ha rivolto accorati appelli alla Commissione affinché attui la Cso in tutte le sue proposte di iniziativa legislativa (37), dichiarandosi disponibile a collaborare con la Commissione per ideare un approccio comune (38). In altri pareri il Comitato si è spinto oltre, indicando gli ambiti di applicazione della valutazione di impatto vincolante ai sensi dell'art. 9 TfUe, tra cui, ad esempio, i servizi di interesse economico generale (39), il settore dell'edilizia abitativa, pur se l'Unione non ha competenze esplicite sul punto (40), e precisando che le quattro libertà del mercato unico (41) (li-

---

(35) Cfr. parere Cese (2012/C 143/05) del 22 febbraio 2012 su *Conseguenze sociali della nuova legislazione sulla governance economica*.

(36) Cfr. parere Cese (2012/C 143/7) del 23 febbraio 2012; parere Cese (2011/C 376/14) del 21 settembre 2011; parere Cese (2011/C 248/22) del 15 giugno 2011; parere Cese (2011/C 51/04) del 21 ottobre 2010.

(37) Pareri Comitato delle Regioni (2013/C 62/14) del 10 febbraio 2013; (2012/C 277/01) del 19 luglio 2012; (2011/C 166/04) del 31 marzo 2011.

(38) Parere Comitato delle Regioni (2012/C 9/04) del 11 ottobre 2011.

(39) Parere Comitato delle Regioni (2011/C 259/08) del 1° luglio 2011.

(40) Parere Comitato delle Regioni (2012/C 9/02) del 11 ottobre 2011.

(41) Parere Comitato delle Regioni (2011/C 166/09) del 1° aprile 2011, punto 52.

bera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali) e il bilancio dell'Unione europea (42) devono essere «compatibili» con la Cso.

Con meno enfasi questa posizione degli organi consultivi viene condivisa anche dal Parlamento europeo, che più volte si è espresso sul punto: in alcuni casi richiamando semplicemente nei Considerando l'art. 9 del TfUE (43) tra le fonti di diritto; in altri casi ribadendo nei principi generali che l'Unione deve tenere conto della Cso (44); in altri ancora affermando in modo più diretto e incisivo che la Commissione e il Consiglio sono tenuti ad attuarla (45).

La stessa indagine condotta in relazione agli atti della Commissione europea non è altrettanto confortante. A tre anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dall'introduzione della Cso nel TfUE non solo mancano interventi chiarificatori sulla portata applicativa e sull'attuazione della clausola, ma persino i riferimenti a essa nei diversi atti (anche non vincolanti) sono assai scarni (46). Nella Comunicazione «Verso un atto per il mercato unico» del 2010 (47) si afferma soltanto che la clausola sociale orizzontale deve concretizzarsi e accompagnare le riflessioni collettive, aggiungendo che la Commissione analizzerà in via preliminare e in modo approfondito l'impatto sociale di tutte le proposte legislative sul mercato unico (48). Mi sembra abbastanza evidente l'assenza di interventi finalizzati a chiarire la portata e l'impatto effettivo della Cso sulle legislazioni in materia di mercato unico, poiché, come detto prima, sussiste già un vincolo di sottoporre le proposte legislative alla procedura di *Ia* (49).

(42) Parere Comitato delle Regioni (2011/C 166/03 del 31 marzo 2011, punto 5.

(43) Risoluzioni del Parlamento europeo (2013/C 33 E/07) del 5 luglio 2011; (2012/C 99 E/19) del 25 novembre 2010; (2012/C 70/E/02) del 20 ottobre 2010.

(44) Risoluzione del Parlamento europeo (2012/C 380 E/08).

(45) Risoluzioni del Parlamento europeo (2012/C 188 e/09) del 17 febbraio 2011; (2012/C 70 E/04) del 20 ottobre 2012.

(46) Può dirsi, anzi, che i riferimenti alla Cso erano più frequenti quando era solo in gestazione l'introduzione di questa clausola. Mi riferisco a Com(2007)412 def. del 10 luglio 2007 *La revisione dell'Europa per il XXI secolo* e Com(2007)726 def. del 20 novembre 2007 *Opportunità, accesso e solidarietà: verso una nuova visione sociale per l'Europa del XXI secolo*.

(47) Commissione europea Com(2010)608 def. del 27 ottobre 2010.

(48) Commissione europea Com(2010)608 def., cit., proposta 29.

(49) Nell'ambito dell'iniziativa *faro* della strategia «Europa 2020» per la creazione di un Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale la Commissione si limita a garantire che continuerà ad affinare e migliorare la qualità delle sue valutazioni di impatto affinché esse tengano in conto la dimensione sociale, esortando allo stesso tempo anche le altre istituzioni a valutare la dimensione sociale delle loro proposte [Com(2010)758 def del 16 dicembre 2010].

3.2. — *L'efficacia, l'ambito di applicazione e il contenuto vincolante della clausola sociale orizzontale* — Nei numerosi commenti al Trattato di Lisbona si pone in evidenza in modo alquanto condiviso la portata simbolica dell'introduzione della Cso. Più frammentarie sono le interpretazioni circa la sua portata vincolante.

Nonostante la diversa formulazione, è stato sostenuto che occorre conferire all'art. 9 TfUE la stessa forza vincolante della clausola orizzontale destinata alla lotta alle discriminazioni, da tempo presente nell'ordinamento e di indiscussa portata precettiva (art. 10 TfUE) (50).

La collocazione sistematica tra le disposizioni di applicazione generale, infatti, sembra deporre a favore della natura propriamente giuridica e non meramente politica della clausola, e perciò destinata a fornire orientamenti interpretativi della Corte di Giustizia, a indirizzare gli organi dell'Unione e a motivare i loro atti anche dal punto di vista dell'impatto sociale (51), potendo influire sulle regole fondamentali del mercato interno, in particolare su quelle relative alle libertà di circolazione (52) e alla regolamentazione dei servizi di interesse generale (53).

Non a torto, dunque, è apparsa una disposizione «promettente» perché intende impedire che le misure di natura economica e di rafforzamento della competitività in Europa prevalgano sugli obiettivi di coesio-

---

(50) Cfr. D. Gottardi, *Tutela del lavoro e della concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 4, 2010, p. 526; G. Bronzini, *Il modello sociale nel Trattato di Lisbona*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 109. Pur se non si affronta il tema dell'efficacia, parla di analogia tra le due clausole S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi e opportunità*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 99. Parla di *binding clause*, anche per la Corte di Giustizia dell'Unione europea, J.C. Piris, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 310.

(51) Cfr. F. Guarriello, *Le lezioni apprese dal Metodo aperto di coordinamento*, in E. Ales, M. Barbera, F. Guarriello (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 740. Sull'estensione al controllo della Corte di Giustizia si veda anche F. Lecomte, *Embedding employment rights in Europe*, in *Columbia journal of european law*, n. 1, 2011, p. 10.

(52) Cfr. L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 8.

(53) Cfr. U. Boegh, Neergaard, E. Szyszczak, M. Krajewski, J.W. van de Gronden, *Social Services of general interest in the Eu*, Springer, 2012, p. 105, secondo cui la tutela degli obiettivi sociali sono eccezionali rispetto alle questioni del mercato unico.

ne e solidarietà dell'Unione europea (54), anche se è stata posta in evidenza la necessità di precisare il significato della Cso (55).

Pur affermando l'elevato valore politico e la natura vincolante, in dottrina è stata rilevata la debolezza della clausola in ragione della sua formulazione letterale differente rispetto alle altre clausole orizzontali (56). L'espressione adoperata secondo cui l'Unione nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche «tiene conto» delle esigenze connesse con gli obiettivi sociali ivi indicati, conferisce un valore precettivo inferiore rispetto alla formulazione delle altre clausole, dove invece si dice che le esigenze collegate alla tutela ambientale (art. 11 TfUe) «devono essere» integrate nelle politiche e nelle azioni dell'Unione europea (57).

In alcuni casi la clausola sociale è stata definita blanda, non rappresentando un efficace antidoto alla «modernizzazione» degli ordinamenti nazionali di diritto del lavoro funzionale ad attrarre investimenti e capitali e ad accrescere la competitività riducendo i costi delle tutele (58). Si afferma che questa clausola non è sufficiente per ridurre le asimmetrie tra costituzione economica e costituzione sociale nell'Unione soprattutto a causa degli ultimi interventi in materia di *governance* economica che hanno accentuato un modello di integrazione economica a più velocità, con obiettivi e *target* differenti a seconda dei paesi destinatari delle prescrizioni (59).

Pur se comprensibili questi rilievi, come ho detto nel primo paragrafo, le recenti tappe in materia di *governance* economica offrono invece uno spazio per cominciare concretamente a dare attuazione al metodo del *social and economic mainstreaming*, inteso come armonico e coerente insieme di politiche della concorrenza, di politiche industriali attive e di

---

(54) Cfr. G. Bronzini, *Il Trattato di Lisbona: funzionerà il «compromesso dilatorio»?», in *Questione giustizia*, 2008, p. 143; ma anche A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa «sociale» dopo il Trattato di Lisbona*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 82/2010, p. 11. Definisce la Cso una «*new mainstreaming provision*» K. Barnard, *Eu employment law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 28.*

(55) Cfr. B. Bercusson, *op. cit.*, p. 101.

(56) Cfr. U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *q. Riv.*, n. 1, 2012, p. 46.

(57) Viene fatto notare come l'espressione «tenere conto» si ritrova nella clausola che implica il rispetto delle esigenze e del benessere degli animali nella formulazione e nell'attuazione delle diverse politiche europee di cui all'art. 13 TfUe; così U. Villani, *op. cit.*, p. 46.

(58) Cfr. A. Cantaro, *La politica dell'occupazione*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2008, p. 748.

(59) Cfr. D. Papadimitriou, P. Copeland, *The Eu's Lisbon strategy: evaluating success, understanding failure*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2012, p. 106.

politiche di coesione sociale e territoriale più volte invocato nei documenti ufficiali, ma che resta oscuro sul piano operativo (60).

Ritengo, infatti, che la clausola sociale orizzontale rappresenti un valido strumento di governo e di attuazione di questo approccio integrato, purché si abbandonino le logiche di *self-restraint* in ordine alla sua portata (61).

Sul piano dell'efficacia non si può che dare ragione a coloro che affermano la natura normativa e vincolante della disposizione e non meramente politica. E ciò per due ordini di ragione: sul piano sistematico e sul piano dell'interpretazione letterale. Prima di entrare nel merito di questo profilo, mi sembra opportuno precisare un aspetto preliminare importante. La clausola possiede la struttura e la natura di norma programmatica e non immediatamente precettiva, non potendosi attribuire a essa un'efficacia diretta nei rapporti interprivati, dato il suo contenuto generico che impone con ogni evidenza l'intervento applicativo delle istituzioni sovranazionali e nazionali; da ciò deriva l'impossibilità del singolo individuo di agire per fare valere i diritti che discendono dalla clausola o per chiedere la sua implementazione. A scanso di equivoci, dunque, l'aggettivo orizzontale non è da intendersi come predicato dell'efficacia diretta, di cui questa norma è carente, secondo la nota distinzione tra atti con efficacia diretta orizzontale o verticale, ma nel senso di efficacia trasversale di cui tra poco si dirà.

Tornando alla questione dell'efficacia, in relazione al profilo sistematico difficilmente si potrà riconoscere una valenza soltanto politica o simbolica a una norma che è inserita nelle disposizioni di applicazione generale di un Trattato (62). Diversamente opinando, si dovrebbe giungere alla medesima conclusione anche per le altre norme contenute nel Titolo II, la cui portata vincolante invece non è messa in discussione.

Ma anche sul piano letterale la norma non mi sembra offrire spunti per avallare interpretazioni che ne attenuino la portata vincolante. La traduzione dall'inglese del termine *shall into account* implica l'uso di un'espressione «tenere conto» che in italiano ha un'intensità cogente certamente inferiore della locuzione verbale «dovere essere» utilizzata, ad esempio, nella clauso-

---

(60) Cfr., per tutti, il noto rapporto di Mario Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, Bruxelles, 9 maggio 2010; e la strategia «Europa 2020» della Commissione europea Com(2010)2020, cit. nota 34.

(61) Incoraggia in tal senso D. Gottardi, *op. cit.*, p. 526.

(62) Per una ricostruzione della nozione e dell'efficacia dei principi nel testo dei Trattati dell'Unione europea si veda in particolare A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, pp. 44 ss.

la orizzontale collegata alla tutela delle esigenze ambientali, ma è più vincolante delle espressioni usate nel caso delle *gender e non discrimination mainstreaming clauses* di cui agli articoli 8 e 10 del TfUe, secondo cui nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni l'Unione «mira» a eliminare le ineguaglianze, a promuovere la parità tra uomini e donne, a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Nessuno, tuttavia, mette in discussione che la parità tra sessi e la tutela antidiscriminatoria rappresentino una costante teleologica, contenuto e obiettivo imprescindibile delle politiche e delle azioni europee, e non solo dichiarazioni di principio.

Condividendo la tesi di chi sostiene (63) che l'art. 9 TfUe non detta una norma sul riparto di competenza, ma si preoccupa di rendere l'azione dell'Ue armonica con i suoi obiettivi nel campo della lotta alla disoccupazione e all'esclusione sociale, della protezione sociale, dei livelli di istruzione e formazione, nonché della tutela della salute umana, reputo che la clausola sociale sia «trasversale» in relazione all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo. La caratteristica efficacia «orizzontale», o meglio «trasversale», di questa clausola deriva dal concetto di *mainstreaming* così come è stato elaborato dalle istituzioni comunitarie con riferimento al principio di parità tra sessi e di lotta alle discriminazioni. Non è ovviamente la sede per approfondire questi temi, ma giova ricordare che nella lingua inglese il *mainstream* è la tendenza, il modo di pensare, di agire dominante in una data società: *to mainstream* significa integrare qualcosa o qualcuno all'interno di un contesto che viene concepito come il paradigma generale e dominante. Applicato all'ambito elaborato dalla Commissione, il *mainstreaming* significa agire in modo che il principio di non discriminazione e la promozione delle pari opportunità divengano una modalità generale, paradigmatica, del consueto operare nel processo di *policy making*.

Analogamente, la *social mainstreaming clause* dell'art. 9 TfUe ha natura «trasversale» perché, fondandosi su un approccio integrato, aspira a rendere generale e ordinario il paradigma della tutela di determinati obiettivi sociali nell'azione pubblica, facendo sì che questi ultimi siano garantiti non solo da misure di intervento mirate, ma dalla loro incorporazione sistematica in tutte le politiche pubbliche.

La trasversalità della clausola sociale comporta l'applicazione del suo contenuto nelle materie su cui l'Unione ha competenza esclusiva (ad

---

(63) Cfr. R. Cisotta, *Art. 9 TfUe*, in C. Curti Gialdino (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2012, p. 464.

esempio, concorrenza, politica monetaria, politica commerciale, art. 3 TfUe) o concorrente con gli Stati membri (ad esempio, mercato interno, politica sociale, coesione economica sociale e territoriale, art. 4, n. 2, lett. *a, b e c*), ma anche in quelle in cui l'Ue possiede una semplice competenza di sostegno, di coordinamento o completamento dell'azione degli Stati (a titolo esemplificativo, politiche economiche e politiche occupazionali, art. 5 Tfue; salute umana, industria, istruzione e formazione professionale, art. 6 TfUe) (64). Una nozione così ampia di trasversalità della clausola può essere desunta dalla medesima lettera dell'art. 9 laddove si usa appunto l'espressione «politiche e azioni», che, ricalcando quella adoperata nella successiva Parte terza del Trattato, intitolata appunto «Politiche dell'Unione e azioni interne», fa presumere che gli obblighi derivanti dall'attuazione della clausola sociale si esplicano in modo trasversale nelle materie e nei settori in cui l'Unione ha un diverso grado di intervento (competenze esclusive, concorrenti, poteri di coordinamento, di completamento e sostegno dell'azione degli Stati), così come accade negli ambiti indicati nella Parte terza (65). Da ciò scaturisce che la natura trasversale può declinarsi anche in un senso ulteriore, ossia sul piano del metodo di produzione normativa: la clausola sociale diventa, infatti, una norma di cui si deve tenere conto nell'ambito degli interventi sia di *hard law* che di *soft law*.

Una nozione ampia dell'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 9 si impone anche sul piano della mera logica. Se, infatti, si dovesse considerare esaurito il compito di questa clausola nell'ambito delle competenze esclusive o concorrenti dell'Unione, si giungerebbe al paradosso che proprio le materie in cui le ricadute sociali hanno più impatto, come ad esempio le politiche economiche, sfuggirebbero all'obbligo di garantire la tutela degli obiettivi sociali indicati nell'art. 9.

L'ambito di applicazione soggettivo della Cso ha portata trasversale anche secondo un'altra accezione, ossia in relazione ai soggetti destinatari dell'obbligo. Parlando genericamente di «Unione», l'art. 9 si riferisce alle istituzioni europee e, dunque, a quelle individuate come tali dall'art. 13 del TUE e dal TfUe nel Capo 1, Titolo 1, della Parte sesta: sono tenute, dunque, al rispetto e all'attuazione della clausola sociale il Parlamento, il

---

(64) In tal senso si veda anche R. Cisotta, *op. cit.*, p. 464.

(65) Il riferimento alla Parte III del TfUe è solo esemplificativo allo scopo di mettere in risalto l'analogia nella formulazione letteraria, ma non implica che la Cso sia limitata solo alle politiche e alle azioni interne dell'Ue, poiché, in assenza di un espresso riferimento in proposito, ritengo sia obbligatorio attuare la clausola anche, ad esempio, nell'ambito delle azioni esterne di cui alla Parte quinta del TfUe.

Consiglio, la Commissione, la Corte di Giustizia, la Banca Centrale europea e la Corte dei Conti.

Da quanto detto si dovrebbe concludere che non esiste un obbligo diretto degli Stati membri di attuare l'art. 9 TfUE, non sussistendo alcun riferimento in tal senso. Nel testo dell'articolo si fa riferimento alle politiche e alle azioni dell'Unione, mentre poco oltre, all'art. 13, le esigenze in materia di benessere degli animali devono essere tenute in conto dall'Unione e dagli Stati membri. Questo rilievo letterale, tuttavia, non è a mio avviso decisivo per escludere un'interpretazione estensiva, poiché l'espresso riferimento agli Stati membri, assente nella Cso ma anche nelle altre *mainstreaming clauses*, potrebbe essere dettato dal fatto che l'art. 13 elenca espressamente le politiche in cui opera la clausola: politiche che rientrano tutte nell'ambito della competenza concorrente dell'Unione ai sensi dell'art. 4 TfUE. Dalla natura trasversale, invece, deriva in modo automatico l'implementazione della Cso nelle politiche e nelle azioni dove l'Unione ha competenze o semplici poteri di coordinamento e supporto all'azione degli Stati.

A sostegno di questa tesi si è espressa già certa dottrina (66) e il Cese (67), e non v'è dubbio che essa serve a potenziare le possibili applicazioni della clausola soprattutto in assenza di un intervento regolativo da parte delle istituzioni europee sulle modalità attuative della norma. La fondatezza di questa interpretazione estensiva può desumersi da diversi elementi. In virtù del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUe), l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati (68). L'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati e dagli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione incombe sugli Stati membri che, allo stesso tempo, facilitano l'Unione nell'adempimento dei suoi compiti. Il generale obbligo di leale cooperazione si declina, tra le altre cose, come dovere non solo di adattamento del diritto interno al diritto europeo, bensì anche come dovere degli Stati di contribuire agli obiettivi dei Trattati (69), e fonda il principio

(66) Cfr. P. Vielle, *How the horizontal social clause can be made to work: the lessons of gender mainstreaming*, in *Etui policy brief european social policy*, n. 6, 2010, p. 2.

(67) Cfr. parere Cese (2012/C 143/05) del 22 febbraio 2012 su *Conseguenze sociali della nuova legislazione sulla governance economica*.

(68) Cfr., in particolare, A. Lang, *La leale cooperazione e gli obblighi comunitari*, in F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone, *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. III, Utet giuridica, Torino, 2011, p. 11 ss.

(69) Cfr. Corte di Giustizia Ue C-370/13 del 27 novembre 2012, *Pringle*, punto 148; Corte di Giustizia Ue C-61/11 Ppu del 28 aprile 2011, *Hassen El Drid*; Corte di Giustizia Ue C-105/03 del 16 giugno 2005, *Pupino*.

generale del primato del diritto comunitario sul diritto interno (70). Sulla scorta del principio di leale cooperazione mi sembra fondata l'interpretazione che estende l'efficacia vincolante dell'art. 9 TfUe e degli obiettivi in esso contenuti anche agli Stati membri.

Resta, infine, da esaminare l'ultimo aspetto, ossia il contenuto vincolante dell'art. 9 TfUe. Questo profilo è senza dubbio quello più importante, ma anche quello più complesso e incerto, ciò per varie ragioni: la generica formulazione della norma; l'assenza a oggi di un atto delle istituzioni europee che attui la Cso e ne chiarisca le modalità di funzionamento; la mancanza di riferimenti giurisprudenziali (71).

L'attuazione dell'art. 9, in primo luogo, vincola le istituzioni europee e, in forza di quanto detto prima, gli Stati a definire e regolare una procedura obbligatoria di valutazione dell'impatto sociale nell'ambito dei procedimenti legislativi e non. Affinché il *social mainstreaming* sia effettivo è necessario che l'Unione e gli Stati si dotino di un preciso *modus operandi* che implichi la predisposizione di un'attenta analisi dell'impatto che l'assunzione o il mantenimento di una data azione pubblica determina rispetto agli obiettivi sociali indicati nella norma, ossia la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale, un elevato livello di istruzione, formazione e la tutela della salute umana. È chiaro che nella regolamentazione di queste procedure occorre rispettare due condizioni fondamentali: la trasversalità dell'ambito di applicazione e la relativa vincolatività.

Non può sfuggire che allo stato attuale il quadro normativo dell'Unione e degli Stati membri pare decisamente inadeguato. Come ho già avuto modo di dire, nonostante i diversi interventi di *restyling*, l'*Impact assessment* adottato dalla Commissione presenta alcune criticità, tra cui sicuramente la mancata vincolatività per tutti gli atti che definiscono le politiche e le azioni dell'Unione, la mancata applicazione della procedura nell'ambito di tutte le istituzioni europee, la scarsa valorizzazione della trasversalità dei

---

(70) Cfr., tra i molti, R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 205; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010, p. 201; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 260; M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 23/2004, p. 6.

(71) A quanto consta, il riferimento all'art. 9 del TfUe si rinviene soltanto nelle conclusioni degli Avvocati Generali di tre procedimenti: C-515/08 del 5 maggio 2010, *Santhos Palhota e altri*; C-282/10 dell'8 settembre 2011, *Maribel Dominguez*; C-577/10 del 19 luglio 2012, *Commissione européenne c. Royaume de Belgique*.

suoi contenuti, le deroghe ampie concesse alla Commissione per non sottoporre un dato atto alla procedura di valutazione.

Non meno confortante è il quadro esistente nell'ambito dei paesi membri. Come rilevato in uno studio abbastanza recente commissionato dalla Commissione europea, il *social Ia* è ancora allo stato «infantile» negli ordinamenti nazionali ed è certamente molto meno evoluto delle procedure di valutazione dell'impatto economico e finanziario già esistenti (72). Nel rapporto si pone in evidenza che spesso le procedure di valutazione dell'impatto sociale difettano proprio della vincolatività e della trasversalità, poiché vengono effettuate prevalentemente ed esclusivamente nell'ambito delle politiche sociali.

Questi rilievi valgono ovviamente anche per l'Italia, dove esiste una procedura di valutazione dell'impatto della regolamentazione che, tuttavia, mi sembra inadeguata a implementare gli obiettivi della Cso.

L'Analisi di impatto della regolamentazione (Air) «consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative» (art. 14, comma 1, legge 28 novembre 2005, n. 246). La legge del 2005 ha sancito il passaggio dalla fase sperimentale dell'Air, introdotta dall'art. 5 della legge n. 50 dell'8 marzo 1999, alla disciplina «a regime» dell'istituto.

Già nella sua definizione appare chiara la distanza siderale rispetto al contenuto dell'art. 9 TfUe, poiché nell'Air manca la specifica indicazione della valutazione dell'impatto sociale. Nonostante il numero di procedure prodotte a partire dalla XIV legislatura sia cresciuto in modo rilevante, si è trattato nella maggior parte dei casi di relazioni prive di analisi costi-benefici, nelle quali risulta difficile individuare un qualche intento valutativo finalizzato a operare una scelta ottimale tra varie possibili

---

(72) Cfr. The evaluation partnership (Tep) e Centre for european policy studies (Ceps), *Study on social impact assessment as tool for mainstreaming social inclusion and social protection in public policy in Eu member States*, final report, giugno 2010, p. 3, consultabile in <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Study-on-Social-Impact-Assessment-as-a-tool-for-mainstreaming-social-inclusion-and-social-protection/2459.aspx>; con riferimento al medesimo studio, per una panoramica delle procedure di *social Ia* nell'ambito dei singoli paesi si vedano i *report* nazionali contenuti in The evaluation partnership (Tep) e Centre for european policy studies (Ceps), *Study on social impact assessment as tool for mainstreaming social inclusion and social protection in public policy in Eu member States*, Annexes to the final report, giugno 2010, consultabile in <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Study-on-Social-Impact-Assessment-as-a-tool-for-mainstreaming-social-inclusion-and-social-protection/2461.aspx>.

opzioni (73). Un tentativo di superare queste criticità è stato fatto con il d.P.c.m. 11 settembre 2008, n. 170, recante la disciplina attuativa dell'Air.

Ma anche alla luce di questo intervento il contesto regolativo mi pare inadeguato, sia rispetto all'ambito di applicazione, riferendosi l'Air soltanto agli atti del Governo, sia perché anche in questi casi è possibile derogare a questo obbligo in caso di necessità e urgenza, nonché nelle ipotesi di peculiare complessità dell'intervento e dei possibili effetti (74). L'inadeguatezza di questa procedura per implementare il modello di *social maintreaming*, come delineato dall'art. 9 TfUe, è palese, poiché proprio in presenza degli interventi complessi del Governo, come ad esempio le leggi di riforma, c'è bisogno di un'attenta valutazione del loro impatto, ma invece il d.P.c.m. del 2008 consente una deroga.

Pur se non mancano affinità, l'Air si discosta per alcuni importanti aspetti anche dall'*Ia* europeo (75): da un lato, per l'incertezza del meccanismo di coinvolgimento degli *stakeholders*, che ai sensi del d.P.c.m. del 2008 può venire meno nei casi di esigenze di speditezza e, dall'altro, per la scarsa visibilità dell'intera procedura in favore della società civile e dei cittadini. Un intervento normativo a livello europeo è quanto mai auspicabile anche per uniformare sotto il profilo metodologico le diverse procedure esistenti negli Stati membri.

Credo, tuttavia, che il contenuto vincolante dell'art. 9 non si esaurisca qui, non essendo solo una norma procedurale o di «metodo» ma essendo soprattutto una disposizione di «obiettivi». La Cso non si attua solo attraverso l'adozione di più efficaci metodi di valutazione dell'impatto sociale, ma comporta a mio avviso il vincolo per i soggetti destinatari di assicurare, te-

---

(73) Cfr. A. Callea, *L'analisi di impatto della regolamentazione: osservazioni a margine del d.P.c.m. n. 170/2008*, in *Amministrare*, n. 3, 2009, p. 429 ss.

(74) Per un esame approfondito, senza alcuna pretesa di completezza, si veda R. Rolli, I. Sigismondi, *Valutazione dell'impatto della regolamentazione, teoria dell'interpretazione: alcune considerazioni*, in *Giustizia amministrativa*, n. 2, 2008, p. 150; A. Natalini, *L'insostenibile leggerezza dell'Air*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2009, p. 232; P. Gravano, L. Tivelli, *La qualità della legislazione in Italia. Stato dell'arte e prospettive*, in *Iter legis*, n. 5/6, 2009, p. 143; C. Mazziotta, *C'è una logica nella versione italiana dell'Air?*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 170, 2010, p. 103; nella stessa rivista e fascicolo, N. Rangone, *La qualità delle regole: molti strumenti, pochi risultati*, p. 93; D. Capone, *Lo stato della valutazione nelle Regioni italiane: clausole valutative, Air e nuovi statuti tra esperienze e speranze*, in *Le Regioni*, n. 6, 2011, p. 1299.

(75) Per le affinità tra le due procedure si veda invece F. M. Sbattella, *L'Analisi di impatto della regolazione secondo le disposizioni del d.P.c.m. n. 170/08: un confronto con la Valutazione di impatto della legislazione comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2009, p. 1.

nendone in conto appunto, la protezione degli obiettivi sociali enunciati dalla norma. Ciò probabilmente spiega anche l'uso di formule più caute rispetto ad altre utilizzate altrove nei Trattati e in altri atti delle istituzioni europee: si parla, ad esempio, di «elevato» livello di occupazione (e non di piena occupazione) (76) e di «adeguata» protezione sociale proprio perché, a mio avviso, sono obiettivi sociali già individuati nel loro contenuto minimo che non possono essere «bilanciati» e che devono essere attuati integralmente attraverso una sapiente operazione di *mainstreaming*.

In relazione all'ulteriore profilo della giustiziabilità della clausola sociale, come è stato osservato in dottrina (77), l'articolo in commento introduce un parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni che nello svolgimento di tutte le politiche dell'Ue dovranno tenere in conto gli aspetti sociali, con riferimento alle diverse dimensioni enunciate dalla norma; e ciò avrà rilievo in primo luogo in sede di motivazione degli atti ai sensi dell'art. 296, comma 2, TfUe.

Allo stesso tempo, da essa scaturisce un controllo di legittimità degli atti dell'Unione (e, per quanto in precedenza detto, anche degli atti degli Stati membri) da parte della Corte di Giustizia. Come acutamente rilevato, pur se tale controllo non si può spingere a una valutazione di merito e per quanto le istituzioni europee mantengano un elevato margine di discrezionalità nell'applicazione dell'art. 9, non può escludersi che un atto palesemente pregiudizievole per l'occupazione o per la protezione sociale sia annullabile ai sensi dell'art. 263 TfUe perché posto in violazione dei Trattati (78).

È chiaro che questo vincolo teleologico si impone anche quando la Corte di Giustizia è chiamata a valutare una misura nazionale in possibile contrasto con una libertà sancita dal Trattato (79). Si può immaginare che, ad esempio, gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti a una libertà sancita dal Trattato, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri questa limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto a una valutazione restrittiva.

4. — *La clausola sociale non solo come «espressione di un desiderio»: prime riflessioni conclusive* — Dopo avere messo in luce le possibili applicazioni, non resta che interrogarsi sul *perché* il ricorso alla Cso possa contribuire a un

---

(76) Cfr. art. 3, par. 3, TfUe.

(77) Cfr. R. Cisotta, *op. cit.*, p. 469.

(78) Cfr. U. Villani, *op. cit.*, p. 47.

(79) Per una ricostruzione dei principi generali adoperati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea rinvio integralmente al contributo di R. Nunin in questo fascicolo di q. *Riv.*, pp. 277 ss.

nuovo slancio nell'attuazione delle politiche sociali, provando così a trarre prime, aperte riflessioni conclusive. Lo stato di crisi delle comunità tradizionali di riferimento del diritto del lavoro (80), ossia gli ordinamenti giuridici nazionali, il sistema di relazioni industriali di categoria o intercategoriale e l'Unione europea, impone di trovare o rafforzare strumenti altri di regolazione; ciò soprattutto per fronteggiare gli effetti più evidenti di questa crisi, quali il predominio di meccanismi di integrazione sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee, la perdita della funzione regolativa uniforme dei rapporti di lavoro e gli incerti esiti del bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nell'elaborazione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale (81).

Perché la clausola sociale non rimanga solo *l'espressione di un desiderio* (82) e possa contribuire al *progetto* di edificare il modello sociale europeo (83), occorre convogliare tutti gli sforzi per rendere effettivi e operativi gli strumenti di *smart integration*, ossia di integrazione «intelligente», fondati su un approccio integrato e trasversale in più settori e, nel caso della Cso, caratterizzati da un metodo flessibile (la valutazione), ma da obiettivi stabili di salvaguardia della dimensione sociale anche allo scopo di rafforzare i metodi di integrazione e di armonizzazione sociale già esistenti.

Nonostante un fiducioso approccio sulle funzioni e sulle possibili applicazioni della Cso, non ignoro le criticità che si possono incontrare nel dare concreta attuazione all'art. 9 TfUE, non tanto per rendere obbligatoria l'adozione della valutazione di impatto sociale, pur nella consapevolezza che queste procedure, se non correttamente disciplinate, rischiano di allungare i tempi decisionali e aumentarne i costi, quanto per rendere vincolanti gli obiettivi sociali indicati dalla norma, e ciò prima di arrivare al cospetto della Corte di Giustizia. A tal fine potrebbe essere utile avviare contemporaneamente anche una riflessione sulla possibilità di introdurre meccanismi di incentivazione per attuare gli obiettivi sociali, fondati, ad esempio, su un chiaro collegamento con gli stanziamenti del Fondo sociale europeo.

---

(80) Cfr. E. Ales, *Dal «caso Fiat» al «caso Italia». Il diritto del lavoro «di prossimità», le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 134/2011, p. 3.

(81) Sulla crisi del costituzionalismo europeo si veda in particolare M. Barbera, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 95/2012, p. 4.

(82) Usa questa espressione A. Jacobs, *Labour law, social security law and social policy after the entering into force of the Treaty of Lisbon*, in *European labour law journal*, n. 2, 2011, p. 135.

(83) Per ampia ricostruzione della nozione di Modello sociale europeo rinvio integralmente al contributo di A. Alaimo in questo fascicolo di *q. Riv.*, pp. 253 ss.

## ABSTRACT

*Il Trattato di Lisbona ha introdotto una nuova clausola sociale orizzontale nel testo del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 9 TfUe) che dichiara che «l'Unione deve tenere in conto, nelle sue politiche e nelle sue azioni, delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Dopo avere posto in evidenza le funzioni della clausola sociale nell'ambito dei processi di social and economic mainstreaming e averne analizzato le origini attraverso l'esame delle procedure di Impact assessment europeo, si analizza l'efficacia, l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo e il contenuto obbligatorio dell'art. 9 del TfUe.*

THE EUROPEAN INTEGRATION THROUGH THE SOCIAL TEST:  
THE HORIZONTAL SOCIAL CLAUSE AND ITS POSSIBLE APPLICATION

*The Lisbon Treaty introduced a new horizontal social clause in the text of the Treaty on the functioning of the European union (article 9 TFEU) which states that «in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, a high level of education and training and the protection of human health». After analyzing the function of the social clause in the processes of social and economic mainstreaming and its origin in the context of the European impact assessment, in the essay the effectiveness, the objective and subjective scope and the binding content of the article 9 TFEU are examined.*

*Adalberto Perulli* (\*)

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI E REGOLAZIONE  
DEL MERCATO NELL'AZIONE ESTERNA DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. La dimensione sociale del mercato globale. — 2. Il collegamento tra sfera del commercio internazionale e i diritti sociali: la clausola sociale. — 3. I diritti sociali nella costruzione dell'Ue: la prospettiva della clausola sociale orizzontale. — 4. I diritti fondamentali nell'azione commerciale esterna dell'Ue: dal *free trade* al *fair trade*. — 5. *Segue*: Il Sistema di preferenze generalizzate.

1. — *La dimensione sociale del mercato globale* — L'idea dei diritti sociali fondamentali, con il loro portato di trasformazione ed emancipazione nella vita delle persone, riveste da oltre mezzo secolo una funzione guida delle democrazie avanzate (1). Radicati nelle Carte costituzionali di molti paesi europei, i diritti sociali fondamentali hanno trovato la propria garanzia nel principio della sovranità e della legalità dello Stato nazionale, contribuendo al passaggio dallo stato liberale classico a forme di democrazia sociale o progressiva. Tuttavia, il canone dei diritti sociali soffre oggi della crisi di legittimazione e di potere del sistema giuridico-istituzionale fondato su «ordinamento» e «localizzazione», la cui dissoluzione, già descritta da Carl Schmitt con riferimento al *nomos* dell'europa moderna (lo *ius publicum europaeum* basato sul sistema di Stati sovrani), ha condotto alla formazione di «grandi spazi» eccedenti le territorialità statali, in cui «oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente interstatale, politico, si estendeva, onnipervasivo, lo spazio di un'economia libera, ovvero non stabile, che era un'economia mondiale» (2). A questa dissoluzione dello *ius publicum europaeum* è seguita l'epoca delle Dichiarazioni universali, ed in seguito quella delle Dichiarazioni geograficamente circoscritte, in grado di sviluppare ordinamenti giuridici so-

(\*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «Ca' Foscari» di Venezia.

(1) Cfr. L. Mengoni, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 1 ss.

(2) C. Schmitt, *Der nomos der erde*, trad. it. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1999.

pranazionali, le cui norme sociali divengono direttamente applicabili negli ordinamenti interni.

Ma l'attuale crisi dell'ordine politico-economico multilaterale fondato sull'Onu, e lo sviluppo di un mercatismo globale senza regole, rende assai problematico il moto di estensione virtuosa della globalizzazione dalla sfera economica alle strutture costituzionali, con conseguenti rischi di unilateralismo e di aggravamento delle disuguaglianze su scala mondiale. Ciò pone un problema generale di *governance* capace di far fronte al vuoto giuridico lasciato dalla sovranità perduta degli Stati nazionali. La costruzione di un ordine giuridico globale è ancora lontana, anche se la proposta di destatalizzare e deterritorializzare la *governance* è «meno velleitaria di quanto non possa sembrare» (3), sia che si tratti di un modello fondato sulla trasposizione a livello globale del governo democratico tipico degli Stati federali, o invece di una prospettiva fondata sulla costruzione di un diritto comune sul quale far poggiare le diverse istituzioni o sistemi regionali e nazionali.

La globalizzazione economica, caratterizzata da una serie di fattori determinanti (crescente interdipendenza economica degli Stati-nazione, rapida espansione del commercio mondiale, mobilità dei flussi finanziari internazionali), ha quindi aperto un ampio dibattito sulle misure idonee a promuovere e tutelare i diritti sociali fondamentali nell'ordine sovranazionale e globale. I diritti sociali, sempre più minacciati dall'accresciuta concorrenza dei mercati e dalla svalutazione competitiva delle politiche sociali nazionali, che innesta processi di destatalizzazione e decostruzione degli ordinamenti giuslavoristici (4), possono essere promossi da istanze sovranazionali, integrando la loro tutela nella regolazione del mercato e del commercio internazionale. Nell'attuale contesto di crisi del diritto statale (5), una simile prospettiva di regolazione può essere coltivata solo nell'ambito delle istituzioni internazionali e sovranazionali – reti interstatali rette dall'interdipendenza – istituite per favorire la collaborazione in ambiti spaziali più ampi di quelli circoscritti dalle singole comunità statali, che disciplinano i

---

(3) U. Romagnoli, *Per un diritto del lavoro post-industriale e sopranazionale*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 218.

(4) Il tema aveva richiamato l'attenzione della dottrina già alla fine del secolo scorso: cfr. G.F. Mancini, *Argomenti per uno Stato europeo*, in *Soc. dir.*, 1998, p. 22; T. Treu, *L'internazionalizzazione dei mercati: problemi di diritto del lavoro e di metodo comparato*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1119 ss.; S. Simitis, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 609.

(5) Da ultimo, V. Bavaro, *Laziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. dir.*, in corso di pubblicazione.

fenomeni economici su scala regionale (Ue, Nafta) o globale (Wto). L'analisi che segue si riferisce allo sviluppo di una simile prospettiva nell'ambito delle politiche esterne dell'Unione europea, sempre più sensibili alle istanze di una nuova «*global labour governance*». Ciò significa, da un lato, interrogarsi sui nessi che collegano la liberalizzazione dei mercati e i diritti sociali, e, d'altro lato, riconsiderare gli scenari della regolazione internazionale, valorizzando una prospettiva capace di connettere i tradizionali congegni normativi del diritto internazionale del lavoro con gli strumenti della *governance* economica (ed in particolare con quelli del diritto del commercio internazionale) (6).

2. — *Il collegamento tra sfera del commercio internazionale e i diritti sociali: la clausola sociale* — La necessità di una *governance* globale, che superi l'artificiale separatezza tra sviluppo economico e istituzioni sociali, rappresenta uno dei grandi temi del mondo contemporaneo, in cui la ragionevole utopia di una «civilizzazione» del mercato convive con la «dogmatica della competizione universale» (7). Al termine della seconda guerra mondiale, con la Dichiarazione di Filadelfia, successivamente integrata nella Costituzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro, la consapevolezza di costruire un ordine internazionale fondato sul principio di giustizia sociale veniva espressa nel principio, coerente e lungimirante, secondo cui «tutti gli esseri umani, indipendentemente dalla razza, dalla religione e dal sesso a cui appartengono hanno il diritto di tendere al loro progresso materiale e al loro sviluppo spirituale in condizioni di libertà, dignità, di sicurezza economica, e con possibilità uguali». La prospettiva di Filadelfia, tuttavia, sarà progressivamente oscurata dallo sviluppo di una competizione economica mondiale sempre più sorda allo sviluppo sociale, ritenuto ammissibile nella misura in cui non turbi lo sviluppo dei rapporti commerciali e la libera circolazione di merci, capitali e servizi, che rappresenta uno dei vettori di base della globalizzazione.

Eppure, la liberalizzazione degli scambi e i diritti sociali trovano un singolare *trait d'union* sotto l'angolo della regolazione del commercio internazionale. Il collegamento tra sviluppo del mercato, internazionalizzazione degli scambi commerciali e diritti sociali costituisce un elemento fondativo del diritto internazionale del lavoro, al contempo nella costruzione della politi-

---

(6) Cfr. A. Perulli, *Globalisation and social rights*, in W. Benedek, K. De Feyter, F. Marrella, *Economic globalisation and human rights*, Cambridge University Press, 2007, p. 93 ss.

(7) Cfr. A. Supiot, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 501 ss.

ca normativa dell'Oil e nelle relazioni tra questa e le organizzazioni internazionali a vocazione economica. In particolare, per quanto concerne la politica normativa, è apparso chiaro fin dalle origini che la funzione del diritto internazionale del lavoro consistesse nel contrastare l'opportunismo degli Stati che avrebbero condotto – o di fatto conducevano – a posporre la protezione dei diritti dei lavoratori rispetto all'interesse economico e concorrenziale delle loro imprese. Non a caso nel Preambolo della Costituzione dell'Oil si legge che «*la non adoption pour une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations, désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leur propre pays*». Ciò equivale a riconoscere come, sotto il peso della concorrenza internazionale, il progresso sociale di uno Stato dipenda in gran parte dall'atteggiamento degli altri, data la portata concorrenziale della normativa giuslavoristica. Più recentemente, poi, l'Oil ha solennemente affermato con la «Dichiarazione sulla giustizia sociale per una mondializzazione giusta», adottata a Ginevra il 10 giugno 2008, che «la violazione dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro non possono essere invocati né utilizzati come vantaggi comparativi legittimi», con ciò definitivamente sconfessando la legittimità delle pratiche di *social dumping* riconducibili alla teoria, di ascendenza ricardiana, dei «vantaggi comparati delle nazioni». La stessa Oil riconosce, nella medesima Dichiarazione, le ripercussioni delle politiche commerciali e finanziarie sull'occupazione e sui diritti sociali, e auspica la realizzazione di un «approccio integrato» nella promozione del lavoro decente, attuando legami con le organizzazioni internazionali e regionali che hanno mandati su materie «connesse»: «*d'autres organisations internationales et régionales peuvent apporter une contribution importante à la mise en oeuvre de cette approche intégrée. La politique relative aux échanges commerciaux et aux marchés financiers ayant des répercussions sur l'emploi, il incombe à l'Oit d'évaluer ces effets afin d'atteindre son objectif qui consiste à placer l'emploi au coeur des politiques économiques*».

Questo storico legame tra diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato risulta rilanciato nell'attuale contesto di globalizzazione economica, di cui l'espansione degli scambi rappresenta una componente fondamentale assieme al rinnovato impulso al regionalismo economico. Due *rationalities* diverse ma convergenti fondano il *linkage* tra promozione dei diritti sociali e la regolazione del mercato: l'una rimanda alla progettazione di un ordine globale assiologicamente orientato, capace di correggere le conseguenze sociali indesiderate della globalizzazione (8); l'altra è volta a contra-

---

(8) Cfr. J. Habermas, *Die postnationale konstellation*, trad. it. *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 1999, p. 23.

stare i fenomeni di distorsione della concorrenza basati sul *dumping* sociale, che altera l'allocazione ottimale delle risorse su scala globale (9).

La prima giustificazione mette l'accento sull'interesse economico allo sviluppo armonioso del mercato e si fonda sull'idea di *fair trade*: la protezione delle norme sociali fondamentali assicurata nel quadro degli scambi internazionali si giustifica nella misura in cui la loro violazione è suscettibile di recar danno alle economie dei paesi rispettosi di un *level playing field* internazionale. La nozione di *fair trade* si presenta allora come un mezzo per completare il gioco del libero scambio assicurando agli attori statali ed economici che tutti i *global players* non approfitteranno dei vantaggi sleali che possono risultare dalla disapplicazione delle norme sociali: siano esse quelle nazionali (secondo il modello del Naalc, che non pone alcuna soglia minima sovranazionale) o internazionali (gli standard dell'Oil: è la prospettiva delle relazioni esterne della Ue, su cui v. *infra*, parr. 4 e 5). Gli *standard* sociali penetrano dunque nella sfera regolativa del mercato e del diritto della concorrenza, quale strumento applicativo di un principio di equità negli scambi internazionali idoneo a limitare i fenomeni distruttivi del *dumping* sociale (10).

Il secondo ordine di giustificazioni privilegia la dimensione assiologica dei diritti sociali fondamentali. Le esigenze di vincolare i trattati commerciali agli obiettivi delle agende sociali richiamano ancora l'uso di sanzioni commerciali generali nei confronti dei paesi trasgressori, nonché l'uso di tattiche, come la sospensione o l'interdizione dell'accesso ai mercati per particolari prodotti che violano regole o accordi, ad esempio per i prodotti per i quali si impiega lavoro minorile o carcerario. In quanto fondati su di un postulato di valore, la produzione socialmente equa e il commercio non falsato dalla mancata applicazione dei *core labour standards* esaltano la dimensione valoriale dei diritti fondamentali. Relegando in secondo piano le giustificazioni di ordine mercantile, e operando come vettori di penetrazione nella *societas mercatorum* di un'etica extraeconomica – una *business ethics* limitativa della libertà commerciale degli attori –, questa prospettiva appare omogenea a quella offerta dall'ordine pubblico internazionale, non a caso considerato fattore di strutturazione della *lex mercatoria* e capace – nell'applicazione delle Corti arbitrali – di inficiare la validità dei contratti in relazione al carat-

---

(9) Cfr. A. Lyon-Caen, *Pérennité d'une interrogation*, in *Dimension sociale de la mondialisation de l'économie*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1996, pp. 13-55.

(10) Sulla doppia valenza delle norme sociali quali strumenti di regolazione del mercato e dispositivi attinenti alla dimensione morale cfr. B. Happle, *Labour laus and global trade*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

tere immorale di certe transazioni, non solo in materia di corruzione ma anche avuto riguardo al rispetto dei diritti dell'uomo e alla riduzione in schiavitù (11). Un'espansione di questi *boni mores* verso imperativi di protezione dei diritti umani, nella loro complessa accezione di diritti civili, economici e *sociali* sollecita, di conseguenza, un'attenta riflessione circa l'individuazione di principi giuslavoristici della *lex mercatoria*, non declinabili in ragione delle differenti situazioni economiche e culturali, con effetti simili allo *ius cogens*. Più in generale, questa prospettiva guarda al nesso tra lavoro-commercio-sviluppo-investimenti-diritti umani quale formidabile leva, nell'ambito di strategie globali e macroregionali, per sviluppare il rispetto dei diritti sociali come parte di una più coerente ed equa rete di *governance* della globalizzazione.

3. — *I diritti sociali nella costruzione dell'Ue: la prospettiva della clausola sociale orizzontale* — Se la giustificazione operativa su cui si fonda la clausola sociale appare allo stato difficilmente praticabile a livello multilaterale globale, essa *risulta* invece funzionale allo sviluppo dell'integrazione regionale. Ritroviamo, infatti, importanti esempi di condizionalità sociale nell'ambito della costruzione europea, nel quadro dell'integrazione mercantile nordamericana (e, in parte, centro-sudamericana), nei *Free trade agreements (Fta)* bilaterali di nuova generazione, e infine nella rinnovata collaborazione tra Ue e Oil per lo sviluppo di iniziative regionali in materia sociale; tutti questi elementi convergono nel confermare la volontà degli Stati di attuare il *linkage* tra diritti sociali e commercio internazionale, superando molte ambiguità presenti nei precedenti trattati commerciali (12).

Nella costruzione europea, l'armonizzazione sociale è stata concepita sin dalle origini come funzionale a evitare forme di *dumping* e distorsioni concorrenziali fondate su disparità normative giudicate sconvenienti rispetto al progetto volto ad assicurare uno sviluppo armonioso del mercato interno; per questa ragione il diritto sociale europeo ha seguito una razionalità funzionalistica, strumentale alla realizzazione del mercato comune (13).

---

(11) Cfr. F. Marrella, *Human rights, arbitration, and corporate social responsibility in the law of international trade*, in W. Benedek, K. De Feyter, F. Marrella, *Economic globalisation and human rights*, Cambridge University Press, 2007, p. 266 ss.

(12) Cfr. M. A. Cabin, *Labor rights in the Peru agreement: can vague principles yield concrete change?*, in *Columbia law review*, 2009, pp. 1047 ss.; per un'analisi sintetica cfr. K. Lukas, A. Steinkellner, *Social standards in sustainability chapters of bilateral free trade agreements*, Ludwig Boltzmann Institute, Wien, giugno 2010.

(13) Cfr. A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, pp. 107 ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Attualmente la visione funzionalista dell'integrazione è in via di definitivo superamento, grazie a una ritessitura dei riferimenti normativi di base dei trattati – in particolare dopo Amsterdam e Lisbona – e alla costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali (14). Il terreno dei diritti sociali fondamentali si è progressivamente ampliato, e la considerazione di questi diritti, da ancillare al processo di costruzione economica dell'Europa, si è notevolmente accresciuta sino a varcare la soglia dell'equiordinazione con i principi di base dell'integrazione economica. Costretti a penetrare l'ordinamento giuridico comunitario grazie all'opera della Corte di Giustizia, i diritti sociali sono stati definitivamente consacrati con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono diventati con il Trattato di Lisbona i riferimenti costituzionali comuni in materia sociale. Si sono poste in tal modo le basi normative per superare quella sorta di schizofrenia consistente nel promuovere il rispetto dei diritti sociali fondamentali nel quadro delle relazioni esterne, così come, ad esempio, con il Sistema di preferenze generalizzate (v. *infra*, n. 5), registrando carenze strutturali sul piano interno.

Le alterne vicende del cd. modello sociale europeo delineano uno scenario in cui i temi del lavoro e dell'occupazione non hanno mai primeggiato sulla scena dell'integrazione del mercato, correlata a valori strettamente economici e per questo alla base di una crescente sfiducia e disaffezione dei cittadini europei verso l'Europa e le sue istituzioni (15). Nondimeno, con lo sviluppo di una concezione «olistica» dell'integrazione europea (16), culminata con il Trattato di Lisbona, gli obiettivi della piena occupazione, del progresso sociale e della coesione sociale vengono decisamente rilanciati nella prospettiva di una nuova «economia sociale di mercato fortemente competitiva» caratterizzata dalla lotta contro l'esclusione sociale e le discriminazioni, e a favore della parità tra uomini e donne, della solidarietà intergenerazionale e della tutela dei diritti del minore. Nel perseguire questi obiettivi non commerciali il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue) contempla, per la prima volta nella storia dell'integrazione europea, una previsione, definita dagli interpreti quale «clausola sociale orizzontale» (art. 9), espressione di un nuovo *Social mainstreaming* nell'ambito di un rafforzamento dei rammentati orientamenti as-

---

(14) Cfr. N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Lisbon Treaty and social Europe*, Hart Publishing, 2012.

(15) Per un quadro d'insieme cfr. S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

(16) Cfr. P. Craig, G. de Burca, *Eu law: text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

siologici, espressi dagli artt. 2 e 3 del TUE (17). È evidente che con tale previsione, cui la Commissione attribuisce valore fondamentale (18), ci troviamo di fronte a obiettivi inclusivi di valori personalisti e sociali che si inseriscono nella trama del tessuto economico e che non risultano accantonabili nell'intento di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile del mercato (19). La clausola introduce una sorta di condizionalità sociale nelle «azioni» e nelle «politiche» dell'Unione, consistente nell'aderire a vincoli derivanti dal rispetto di valori sociali: essa stabilisce, infatti, che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Questo principio di condizionalità sociale si ricollega con altre clausole orizzontali del Trattato, relative alla parità tra uomini e donne, tutela dell'ambiente e protezione dei consumatori e lotta alla discriminazione (artt. 8, 10, 11 e 12 TUE). Benché l'espressione «tiene conto» sia meno intensa rispetto ad altre previsioni contenute in queste ultime clausole orizzontali (in particolare quella di cui all'art. 11, a mente della quale le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente «devono essere integrate» nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Ue), il valore precettivo della clausola sociale si ricava sia dalla sua collocazione nel Titolo II («Disposizioni di applicazione generale») (20), sia dall'essenzialità rispetto all'opera di concretizzazione del paradigma dell'economia sociale di mercato, altrimenti destinato a rimanere vuota di significato o meramente programmatica (21). In questa prospettiva deve orientarsi l'interpre-

---

(17) Cfr. D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'unione europea*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Parma 4-5 giugno 2010, Giuffrè, Milano, p. 45; U. Draetta, N. Parisi, a cura di, *Elementi di diritto dell'Unione europea*. Parte speciale II, Giuffrè, Milano, p. 246; C. Salvi, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012.

(18) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Com(2010)608 def.

(19) Cfr. G. Grisi, *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 484; si vedano, in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalon nella causa C-515/08 (*Santos Palhota* e altri) decisa dalla Corte di Giustizia Ce con sentenza del 7 ottobre 2010.

(20) In tal senso F. Lecomte, *Embedded employment rights in Europe*, in *Columbia journal of european law*, vol. 17, pp. 1 ss.

(21) Cfr. G. Grisi, *op. cit.*, p. 482, il quale sottolinea che la formula «economia sociale di mercato», lungi dall'essere vuota di significato o solo genericamente programmatica, «sembra conosciuta per rappresentare un modello economico da seguire».

te nella discussione se la clausola sociale orizzontale abbia valore prevalentemente politico e/o di orientamento interpretativo per la Corte e di indirizzo per gli organi dell'Unione, oppure se sia ipotizzabile una sua precisa giustiziabilità. In effetti, solo se prevale quest'ultima opzione, l'art. 9 del TfUe potrebbe essere correttamente annoverato tra le clausole sociali in senso stretto, caratterizzate da una componente *lato sensu* sanzionatoria, che oltrepassa la prospettiva della pura e semplice *moral suasion* nel conformare l'attività economica. A tal proposito vale anzitutto rilevare che la clausola impone alle istituzioni dell'Ue, e in particolare alla Commissione, di dare conto delle proprie iniziative nel quadro dell'obbligo di motivazione *ex art.* 296, comma 2, del TfUe; come dire che un atto contrario al contenuto della clausola sociale – perché, ad esempio, pregiudizievole per l'occupazione o per la protezione sociale – può essere annullato in quanto viziato da violazione dei Trattati ai sensi dell'art. 263 TfUe (22).

In quanto orizzontale, tale clausola deve essere impiegata per introdurre obiettivi sociali in tutti i settori di rilievo, comprese le politiche economiche e commerciali, nonché per monitorare l'impatto delle politiche in una logica di integrazione e coordinamento in campo economico, sociale, occupazionale e ambientale. In tale prospettiva la clausola sociale fornisce un ampio mandato alle istituzioni dell'Unione di includere una serie di obiettivi sociali in tutte le politiche, le iniziative e le attività pertinenti dell'Ue, trasformando lo sviluppo di un'Europa sociale in un compito trasversale, capace di superare la storica asimmetria tra sviluppo dell'integrazione economica del mercato unico e sfera sociale (23). La Commissione europea, a cui il Trattato di Lisbona ha affidato il compito di promuovere l'interesse generale dell'Unione (art. 17 del TfUe) deve garantire che la clausola sociale venga applicata in modo efficiente e che tutti i documenti, così come i testi giudiziari pertinenti, vi facciano riferimento e ne tengano pienamente conto, assicurando che essa contribuisca effettivamente al perseguimento dei nuovi obiettivi del Trattato sia da parte dell'Unione europea sia da quella degli Stati membri. In particolare, secondo quanto espres-

---

(22) In tal senso U. Villani, in q. *Riv.*, 2012, p. 47.

(23) Secondo il parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Rafforzare la coesione e il coordinamento dell'Ue in campo sociale grazie alla nuova clausola sociale orizzontale di cui all'articolo 9 del TfUe* (parere di iniziativa), 2012/C 24/06 – Rel. Lechner –, l'attuazione della clausola sociale «potrebbe pertanto contribuire a ridurre il senso di insoddisfazione che perdura da tempo e a superare lo scetticismo sempre più profondo esistente in alcuni Stati membri per quanto concerne il valore aggiunto offerto dall'Unione europea, in particolare in termini di progresso economico, occupazionale e sociale».

so dal Comitato economico e sociale europeo, la clausola in esame deve essere applicata agli ambiti generali e all'architettura globale della nuova *governance* socioeconomica dell'Ue, prevista dalla Strategia Europa 2020 e approvata dal Consiglio europeo nel 2010. L'art. 9 del TfUe fornisce quindi una base giuridica nuova alla già esistente valutazione di impatto sociale (*Social impact assessment*): procedura di valutazione *ex ante* delle politiche inaugurata al Consiglio europeo di Laeken (2002), e in seguito confermata con la strategia di Lisbona per lo sviluppo e l'occupazione (2005). La Commissione ha adottato un ambizioso meccanismo di valutazione di impatto sociale con le linee guida del 2009, nelle aree del mercato del lavoro, *standard* e diritti connessi alla qualità del lavoro, inclusione sociale, parità di trattamento e non discriminazione, accesso ed effetti della protezione sociale, sistema sanitario ed educativo, salute e sicurezza pubblica. Una particolare attenzione è dedicata all'impatto redistributivo, sulla povertà e sull'inclusione sociale, sia all'interno degli Stati membri sia nei confronti dei paesi terzi, specie quelli in via di sviluppo, concorrendo all'obiettivo di garantire il rispetto delle disposizioni di politica sociale contenute nel Trattato di Lisbona (in particolare gli articoli da 145 a 166 e l'art. 168 del TfUe) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (in particolare il IV capitolo sulla «Solidarietà»), cui l'art. 6 del TUE ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati. L'innovazione potrebbe quindi contribuire in maniera decisiva a riequilibrare il confronto tra diritti sociali e libertà economiche, oggetto di una giurisprudenza della Corte di Giustizia sbilanciata a favore di una prospettiva mercantile.

Com'è naturale, i commenti generalmente svolti in dottrina hanno riguardato le ricadute che la clausola sociale orizzontale in esame può e deve avere con riferimento al mercato interno. Tuttavia la norma in esame, in quanto orizzontale, attiene a *tutte le politiche dell'Ue* e quindi anche a quelle relative alle relazioni esterne dell'Unione. L'Unione europea, in quanto entità regionale con una *global vocation* nella promozione dei diritti umani (24), dispone ora di una nuova base normativa da impiegare per mobilitare tutti gli strumenti di *governance* di cui dispone, in chiave sociale. Un campo particolarmente fertile e del tutto coerente con la clausola sociale orizzontale riguarda la promozione dei valori contenuti negli *U.N. guiding principles on business and human rights*, che includono le *Guidelines Oecd*

---

(24) Cfr. M. Cremona, *Rhetoric or reticence: Eu external commercial policy in a multilateral context*, in *Comm. mar. law rev.*, 2001, p. 359; T. Novitz, *In search of a coherent social policy: Eu import and export of Ilo labour standards?*, in J. Orbie & L. Tortell (eds.), *The European union and the social dimension of globalization*, Routledge, 2009.

sulle imprese multinazionali, *l'Iso 26000 Social Responsibility Standard*, *l'U.N. global compact* e altri strumenti di *Csr* internazionalmente riconosciuti. Il coinvolgimento dell'Ue nello sviluppo del progetto *U.N. protect, respect, remedy* (che rappresenta il più importante punto di riferimento globale per le politiche di *Csr*) (25) costituisce un esempio importante di questo processo, che coinvolge il Parlamento europeo e le delegazioni dell'Ue in seno alle organizzazioni internazionali (26). La clausola sociale orizzontale dovrebbe essere in grado di fornire un maggiore impulso all'azione esterna dell'Ue, reclamata dalle organizzazioni non governative che invocano l'impegno dell'Unione nel rilanciare la responsabilità delle imprese multinazionali operative nel territorio europeo per violazione dei diritti umani commessi dalle loro sussidiarie al di fuori dell'Ue (27). In particolare, queste *guidelines* sociali dovrebbero collegarsi alla politica commerciale comune, fornendo – ad esempio – una base normativa alla realizzazione di principi di *Corporate social responsibility* nell'ambito di iniziative, sprovviste di valore precettivo, già messe a punto in altre sedi, quali la «Comunicazione sulla promozione delle norme fondamentali del lavoro e sul miglioramento della *governance* sociale nel contesto della globalizzazione» e la Comunicazione su «Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese», ove è previsto l'impegno a promuovere la *Csr* a livello globale, adoperarsi per l'inclusione negli accordi bilaterali dell'Unione, di norme sullo sviluppo sostenibile e sostenere iniziative specifiche come il *Global compact* e il cd. processo di Kimberley. Ancora, l'art. 9 TfUe potrebbe fornire una spinta decisiva per mettere in pratica quanto previsto nella Risoluzione del Parlamento europeo adottata il 25 novembre 2010 in punto di promozione dei valori sociali nei fori multilaterali del commercio internazionale, ovvero relativamente all'attuazione di un principio di extraterritorialità sulla base del quale uno Stato di origine possa esigere il rispetto della propria legislazione sociale anche nei confronti di imprese operan-

---

(25) U.N. special representative on business and human rights, *U.N. «protect, respect, remedy» framework*, in <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework>.

(26) European union delegation to the United nations, *Eu policies and declarations on human rights*, in [http://www.eu-un.europa.eu/articles/articleslist\\_s19\\_en.htm](http://www.eu-un.europa.eu/articles/articleslist_s19_en.htm).

(27) Cfr., ad es., Amnesty international, *Recommendations to the Czech presidency of the Eu*, in [http://www.amnesty.eu/static/documents/2008/Czech\\_Presidency\\_Memorandum.pdf](http://www.amnesty.eu/static/documents/2008/Czech_Presidency_Memorandum.pdf) (25 gennaio 2012); Amnesty international and Eccj, *Business and human rights: A framework for the Eu*, in [http://www.amnesty.eu/static/documents/2009/AI\\_ECCJonBusiness\\_andHR.pdf](http://www.amnesty.eu/static/documents/2009/AI_ECCJonBusiness_andHR.pdf).

ti al di fuori del proprio ambito territoriale (28). Altri terreni elettivi di iniziative adottabili sotto il cappello dell'art. 9 si collegano ad azioni di coordinamento in aree di interesse quali le politiche comuni sugli investimenti che devono essere guidati dai principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione (29), politiche specifiche sul lavoro minorile (30), sul lavoro forzato, sul traffico di esseri umani e sulla *due diligence* nel settore minerario. Con riferimento all'azione esterna, i diritti sociali cominciano a emergere quali tematiche rilevanti nell'ambito del dialogo con i paesi terzi, per esempio con la Cambogia, Laos, e Cina (31); nonché nell'ambito di iniziative mirate a garantire il rispetto dell'Agenda sul *Decent work* dell'Oil, nell'ambito di rapporti di cooperazione internazionale, come nel caso del Bangladesh (32). Ci si può dunque aspettare una spinta alla promozione dei diritti sociali fondamentali verso l'esterno dell'Ue, grazie all'inserimento di «clausole di *Csr*» in tutti gli accordi commerciali stipulati dall'Unione, sulla scia di quanto avvenuto grazie a un'altra clausola orizzontale, già presente nel tessuto normativo dei Trattati preLisbona, relativa alla promozione dello sviluppo sostenibile (attuale art. 10 TfUe), che pure ha contribuito a inserire il tema della sostenibilità nell'ambito delle relazioni commerciali esterne dell'Ue. Secondo il Parlamento europeo, simili clausole di *Csr* da inserire nei futuri accordi commerciali dovrebbero prevedere l'assunzione da parte delle imprese di obblighi sociali di diligenza volti all'adozione di misure preventive di rispetto dei diritti umani nelle proprie filiere delocalizzate, con obbligo di pubblicare periodicamente i bilanci in materia di *Csr*.

4. — *I diritti fondamentali nell'azione commerciale esterna dell'Ue: dal free trade al fair trade* — Mentre la dimensione sociale interna dell'Ue è da tempo sotto i riflettori della dottrina, molto meno investigata appare la sua

---

(28) Cfr. D. Augenstein *et al.*, *Study of the legal framework on human rights and the environment applicable to european enterprises operating outside the European union*, Study for the European commission, Entr/09/045 (2010).

(29) Comunicazione della Commissione *Towards a comprehensive european international investment policy*, Com (2010) 343, final.

(30) Consiglio dell'Unione europea, *Council conclusion on child labour*, in [http://www.concilium.europa.eu/eudocs/cms\\_Data\\_docs/pressdata/EN/foraff/115180.pdf](http://www.concilium.europa.eu/eudocs/cms_Data_docs/pressdata/EN/foraff/115180.pdf).

(31) Cfr. G. Gorska, *Mutual influence: the case of the Eu and the U.N. guiding principles on business and human rights*, in *European yearbook on human rights*, 2012, pp. 109 ss.

(32) Cfr. D. Augenstein e C. Behrmann, *Partnering with civil society: the Eu's approach to promoting human rights and decent work in Bangladesh*, in *European yearbook on human rights*, 2012, pp. 97 ss.

proiezione esterna (33). A partire dal 2000, un significativo elemento di *cross-fertilization* ha caratterizzato i rapporti tra le politiche europee sulla *quality at work* e l'Agenda Oil sul «*Decent work*», che ha generato un crescente interesse da parte dell'Ue a collaborare con l'Organizzazione internazionale del lavoro per sviluppare una più integrata dimensione sociale esterna (34), riguardante anche la promozione dei *core labour standards* (35). L'architettura europea più recente segna, invero, una focalizzazione di obiettivi comuni dell'azione esterna, compresi quelli sociali, in una prospettiva di forte rilancio del *linkage* tra commercio internazionale e promozione dei *core labour standards* (36). Tra le novità introdotte dal Trattato di Lisbona spicca infatti il riferimento, del tutto inedito, ai principi ispiratori dell'azione esterna dell'Ue, che segnano un decisivo passo in avanti nella logica dell'internormatività tra politiche commerciali e tutela dei diritti sociali. Il nuovo art. 205 del TfUE stabilisce che l'azione dell'Unione sulla scena internazionale riposa sui principi, persegue gli obiettivi e viene condotta in conformità alle disposizioni generali previste dal Capitolo I del Titolo V del Trattato Ue. Il riferimento è, in particolare, all'art. 21 del Capitolo I, ai sensi del quale i principi ispiratori dell'azione dell'Ue sono «la democrazia, lo Stato di diritto, l'universalità e l'indivisibilità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il rispetto della dignità umana, i principi di eguaglianza e di solidarietà e il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni unite e del diritto internazionale», ciò che implicitamente include l'obbligo per gli Stati terzi di ratificare o comunque mettere in pratica le più rilevanti convenzioni Oil sui *core labour standards* (37).

L'introduzione di queste disposizioni generali applicabili all'insieme delle azioni esterne dell'Ue, compreso il commercio internazionale, rappresenta una delle principali innovazioni sistematiche del Trattato di Lisbona, che apre prospettive inedite nella regolazione del mercato globale secondo

---

(33) M.J. Rodriguez (ed.), *Europe, globalization and the Lisbon Agenda*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

(34) J. Orbie, E. Tortell, *The European union and the social dimension of globalization: how the Eu Influences the world*, London, Routledge

(35) Cfr. Commission, *Promoting core labour standards and improving social governance in the context of globalization*, Com(2001)416 final.

(36) A. Lyon-Caen, *A proposito di dumping sociale*, in *Lav. dir.*, 2011; P. Pochet, C. Degryse, *Social policies of the European union*, in *Global social policy*, 2010, pp. 248 ss.

(37) Cfr. J. Kenner, *Economic partnership agreements: enhancing the labour dimension of global governance?*, in *Eiuc diplomatic conference 2012, The Eu and the economic, social and cultural rights*, Monastery of San Nicolò, Venice, 14 luglio 2012.

principi non solo di profitto e di efficienza economica, ma di democrazia e rispetto dei diritti umani. In questa chiave va letta un'altra significativa innovazione introdotta dal Trattato, relativamente agli obiettivi delle relazioni «con il resto del mondo», secondo la quale l'Ue afferma e promuove i suoi valori e «contribuisce», fra l'altro, allo «sviluppo sostenibile della Terra», «alla solidarietà» e «al commercio libero ed equo», nonché «all'eliminazione della povertà e alla protezione dei diritti umani» (art. 3 TUE). Come dire che il *mainstreaming* dei diritti umani assicura la promozione da parte dell'Ue dei diritti fondamentali, compresi quelli sociali, in relazione al diritto internazionale e in tutti gli aspetti delle relazioni esterne dell'Unione (38).

Il Trattato di Lisbona rappresenta in tal senso una tappa peculiare verso un rinnovato impegno dell'Ue nella promozione dei *core labour standards* facilitando l'azione normativa dell'Oil e promuovendone il rispetto nell'ambito nelle sue relazioni esterne, con particolare (ma non esclusivo) riferimento alle politiche commerciali e di investimento comune. Bisogna dunque interrogarsi a fondo sul senso precipuo di questa innovazione e sulle possibilità operative che essa apre, con particolare enfasi sulla nozione di commercio *libero ed equo*. Si può fondatamente sostenere, a tal proposito, che dietro questa formula – nonché a quella consimile dello «sviluppo sostenibile» – si celi un'idea di mercato e di commercio del tutto opposta a quella del libero mercato di ispirazione neoliberista, fondato sulla legittimazione del *dumping* sociale, sulla concorrenza darwiniana tra sistemi sociali e ordinamenti giuridici in funzione dell'ottimo economico. Una diversa visione, quella di un commercio *fair*, rispettoso di regole, di principi di equità, solidarietà e correttezza negli scambi; un commercio (e uno sviluppo economico) che non può fondarsi sulla svalutazione competitiva dei regimi sociali, ma, all'opposto, diventa occasione di promozione dei valori e principi dell'Ue.

Per vero, non è semplice svelare il significato del concetto di commercio equo. Secondo una prima e più restrittiva ipotesi, di natura meramente economica, il commercio equo allude a una organizzazione degli scambi commerciali internazionali tale che sia assicurata una condivisione equa dei flussi commerciali. La quantità «giusta» di esportazioni e importazioni per ciascun paese sarebbe allora quella che garantisce l'equilibrio della bilancia del

---

(38) Cfr. Commission, *Human rights and democracy at the heart of the external action – towards a more effective approach*, Com(2011)866 final; ma già Commission, *The European union's role in promoting human rights and democratisation in third countries*, Com(2001)252 final.

commercio bilaterale con ciascun *partner*. L'argomento dell'equità può essere utilizzato anche per rivendicare un trattamento equo degli attori economici, in nome del quale i governi dovrebbero accordare alle proprie imprese nazionali gli stessi vantaggi di cui beneficiano i loro concorrenti stranieri. Si ritrova in questa accezione di equità l'idea di un terreno livellato tra *players*, realizzabile sia attraverso l'eliminazione dei vantaggi sleali di cui godono le imprese straniere, sia attraverso meccanismi compensativi. Anche in questa prospettiva l'idea di commercio equo scardina uno dei capisaldi del *dumping* sociale, vale a dire il principio dei vantaggi comparati come fondamento delle politiche commerciali internazionali. Infatti, il *social dumping*, ossia la definizione di standard lavorativi meno stringenti nei settori esportatori, è una possibile causa di distorsione dei flussi commerciali che può essere causata da un «fallimento» del governo nell'*enforcement* dei *labour rights*: qualificabile, in sostanza, proprio nei termini di un sussidio illegittimo, un *unfair subsidy* che legittima l'attivazione della procedura per imporre dazi compensativi, secondo una linea interpretativa suggerita in quei casi di *dumping* ecologico ove la tolleranza di alcuni paesi verso il degrado ambientale (tipica in particolare dei paesi in via di sviluppo e delle nuove economie emergenti) si tradurrebbe in una sorta di sovvenzione per l'industria nazionale. Un'interpretazione ancor più estensiva della nozione di commercio equo in senso sociale può essere formulata valorizzando la storica formulazione dell'art. 7 della Carta dell'Avana, progenitrice della (mai costituita) Organizzazione internazionale del commercio, laddove si faceva espresso obbligo agli Stati di rispettare «condizioni di lavoro eque», prospettandosi persino un raccordo istituzionale tra l'istituenda Organizzazione internazionale del commercio e l'Oil, nella direzione di una proficua integrazione tra liberalizzazione degli scambi e standard sociali.

Tutto ciò considerato, l'idea di commercio equo rilancia altresì la tesi secondo cui il *dumping* sociale rientra nell'istituto delle sovvenzioni erogate dagli Stati, quale attribuzione di un vantaggio alle imprese che si riversa sul minor costo del prodotto. In questa prospettiva, comunque, l'utilizzo dell'art. XVI del Gatt in materia sociale – avanzato anche dalla *Federazione internazionale dei lavoratori metalmeccanici* (Fiom) e analizzata dal Bit – presuppone un'interpretazione estensiva del concetto di sovvenzione, tale da includervi l'inerzia dello Stato il quale mantenga artificialmente, e con volontà attiva, condizioni di lavoro *substandard*.

La volontà di promuovere un'azione esterna coerente con la promozione e la tutela dei diritti sociali fondamentali si ricava dall'analisi degli accordi commerciali con paesi terzi. Il più recente *Free trade agreement* con la Corea e l'*Eu-Cariforum economic partnership agreement* esemplificano l'ap-

proccio dell'Ue in questa materia, richiamando il rispetto, la promozione e la effettiva applicazione dei *core labour rights*, l'applicazione delle convenzioni dell'Oil e l'impegno affinché le politiche di *foreign direct investment* non siano incoraggiate da compromissorie riduzioni nella legislazione interna in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro o nella deregolazione dei *core labour standards* (39). Nell'Accordo *Cariforum*, operativo nei rapporti tra l'Ue e tutti i paesi della Comunità caraibica (CariCom), già il Preambolo richiama l'impegno al rispetto dei diritti sociali fondamentali (*basic labour rights*), con un riferimento espresso ai «diritti» e non semplicemente a standard o principi; inoltre, le priorità della cooperazione prevedono un preciso impegno a «facilitare lo sviluppo di e il rispetto di standard sociali e ambientali internazionalmente riconosciuti» (art. 8). In tal prospettiva la *compliance* con il diritto internazionale del lavoro risulta incorporata negli obiettivi di crescita e di sviluppo, al punto che – ed è questa la parte più innovativa dell'Accordo – «il comportamento degli investitori è direttamente interessato. Gli investitori devono agire in aderenza ai *core labour standard* dell'Oil» (art. 72). Con maggior forza ancora, l'art. 74, relativo al mantenimento in essere degli standard sociali, statuisce che le parti dovranno assicurare che «gli investimenti diretti stranieri non siano incoraggiati da un abbassamento della legislazione in materia di lavoro e di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro», ovvero «*by relaxing labour standards*». Nonostante l'*enforcement* di questa previsione sia affidata ai singoli Stati, ma sottoposta a controllo da parte dell'Oil, questa clausola lancia un chiaro messaggio ai potenziali investitori stranieri affinché dimostrino di adottare seriamente prassi di «responsabilità sociale», senza limitarsi a retorici quanto inoffensivi richiami di principi etico-sociali.

5. — Segue: *Il Sistema di preferenze generalizzate* — Nell'ambito dell'azione esterna dell'Ue, volta a riannodare la trama internormativa comprensiva del commercio internazionale e dei diritti sociali, emerge come *unicum* nel panorama globale il Sistema di preferenze generalizzate (*Gsp*), che rappresenta la via «più mite» alla clausola sociale (40).

---

(39) Cfr. l'art. 72 dell'*Eu-Cariforum agreement*.

(40) F. Pantano, R. Salomone, *Trade and labour within the European union generalized system of preferences*, Jean Monnet Wps, New York University School of Law, 2008; circa gli effetti del sistema nell'ambito del commercio internazionale, gli studi empirici denotano un modesto impatto, fatto salvo il trasferimento di prodotti *duty-free*: cfr., da ultimi, L. Cuyvers, R. Soeng, *The impact of the Eu generalized system of preferences on exports and Gsp utilization by asian and latin american countries*, in *International trade law and policy*, 2013, 12, pp. 80 ss.

Il trattamento preferenziale e non reciproco che i paesi industrializzati concedono ai paesi in via di sviluppo in materia di scambi commerciali rappresenta un meccanismo di giustizia distributiva nel sistema del commercio internazionale con portata generale, in deroga alla normativa Gatt (41). La Cee ha concesso a partire dal 1971 preferenze tariffarie generalizzate per prodotti industriali finiti e semilavorati provenienti da paesi in via di sviluppo, autorizzando un trattamento doganale più vantaggioso rispetto a quello normalmente praticato e consistente nell'abbattimento totale o parziale dei dazi all'importazione. Il Consiglio, adottando il 19 dicembre 1994 un nuovo Gsp, ha sancito per la prima volta un legame tra commercio e rispetto dei diritti sociali fondamentali (42), sostanziando tale principio con uno strumento commerciale della Comunità europea. Tale *linkage* è stato in seguito confermato dal Regolamento del 1998 e dal Regolamento del Consiglio n. 2501/2001 (43). Ai sensi della disciplina in esame, i paesi richiedenti devono infatti dimostrare di aver adottato e applicato le Convenzioni n. 87 e n. 98 (diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva), la Convenzione n. 138 concernente l'età minima di ammissione al lavoro (44), nonché ulteriori convenzioni dell'Oil relative a tematiche ambientali (45).

Con il successivo Regolamento emanato dalla Ce n. 2820/98 (46), vengono definite le misure adottate per garantire l'esecuzione e il controllo del rispetto di tali convenzioni, e le eventuali limitazioni dell'applicabilità di tali misure; nonché l'impegno del governo del paese beneficiario del regime ad assumersi la totale responsabilità del controllo dell'applicazione del regime speciale e dei metodi di cooperazione amministrativa a esso relativi (47). L'entrata in vigore del Regolamento Cee n. 2501/2001 giuridifica

---

(41) Cfr. T.M. Franck, *Fairness in international law and institution*, Oxford, 1995, p. 58; L. Bartels, C. Haberli, *Binding tariff preferences for developing countries under article II Gatt*, in *Journal of international economic law*.

(42) Regolamento (Ce) n. 3281/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, recante applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1995-1998 a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo, in *Gazz. Uff. Ue* L 348 del 31 dicembre 1994.

(43) Cfr. T. Novitz, *The European union and international labour standards: the dynamics of dialogue between the Eu and the Ilo*, in P. Alston (ed.), *Labour rights as human rights*, Oxford, 2005, pp. 214 ss.

(44) Art. 7, comma 1, del Regolamento n. 3281/94.

(45) Art. 8, comma 1, del Regolamento n. 3281/94.

(46) Regolamento (Ce) n. 2820/98 del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativo applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° luglio 1999-31 dicembre 2001.

(47) Cfr. art. 11 del Regolamento n. 3281/94.

ben quattro regimi preferenziali: un regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati; un regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori; un regime speciale a favore della lotta contro la produzione e il traffico di droga e un regime speciale di incentivazione per la tutela dell'ambiente. A seconda del regime di cui fanno parte i prodotti esportati dai paesi beneficiari vengono applicate regole differenti in materia di dazi (48).

Rispetto al regolamento precedente, il nuovo schema prevede che un paese beneficiario (49), per usufruire del regime speciale di incentivazione debba dimostrare di aver adottato una legislazione interna e delle misure di applicazione dirette alla protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori (cd. *core labour standards*): le Convenzioni dell'Oil n. 29 e n. 105 sul lavoro forzato, n. 87 e n. 97 concernenti la libertà di associazione e il diritto alla negoziazione collettiva, n. 100 e n. 111 sull'eliminazione della discriminazioni in materia di occupazione e di professioni e n. 138 e n. 182 sul lavoro minorile (50). Si noti, peraltro, come il regolamento non richieda la mera adesione formale alle convenzioni, ma che la legislazione nazionale riproduca nella sostanza le norme in esse contenute.

Quando le convenzioni Oil sono applicate in alcuni settori, il paese beneficiario può chiedere il regime speciale di incentivazione solo per i settori di applicazione (51).

La Commissione Ce, il 7 luglio 2004 ha inviato una Comunicazione (diretta al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo) concernente il nuovo ruolo del Sistema delle preferenze generalizzate (Spg) della Comunità per il decennio 2006/2015 (52). A segui-

---

(48) Per un maggior approfondimento sui dazi della tariffa doganale comune sui prodotti a seconda del regime che si prende in riferimento v. Regolamento (Ce) n. 2501/2001 del Consiglio del 10 dicembre 2001, relativo all'applicazione di uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002-31 dicembre 2004: articolo 9 per il regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati; articolo 10 per il regime speciale a favore della lotta contro la produzione e il traffico di droga; articolo 8 per il regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori e regime speciale di incentivazione per la tutela dell'ambiente.

(49) Tra quelli elencati nell'Allegato I del Regolamento (Ce) n. 2501/2001.

(50) Cfr. articolo 14, comma 2, del Regolamento (Ce) n. 2501/2001.

(51) Cfr. articolo 15, comma 4, del Reg. (Ce) n. 2501/2001.

(52) Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 7 luglio 2004, intitolata «Paesi in via di sviluppo, commercio internazionale e sviluppo sostenibile: il ruolo del sistema delle Preferenze generalizzate (Spg) della Comunità per il decennio 2006/2015», Com(2004)461 definitivo, in *Gazz. Uff. Ue* C 242 del 29 settembre 2004. Il testo è disponibile al sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=Com:2004:0461:FIN:IT:PDF>, consultato il 28 giugno 2012.

to di questa comunicazione, il nuovo Regolamento n. 980/2005 (53) ha semplificato il regime speciale di incentivazione stabilendo un regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati nonché un regime di incentivazione dello Sviluppo sostenibile e del buon governo.

Il Sistema di preferenze generalizzate dell'Ue costituisce dunque un esemplare modello di *linkage* positivo tra commercio internazionale e diritti sociali, in grado di condizionare, mediante l'uso di sanzioni economiche, la *compliance* dei paesi in via di sviluppo e di recente sviluppo con gli standard Oil (54). Costruito in base a una condizionalità positiva, conosciuta come *Gsp+*, il sistema ha conosciuto una recente evoluzione capace di immettere nuovo dinamismo nel collegamento virtuoso tra globalizzazione (*sub specie* di liberalizzazione del commercio) e rispetto dei diritti sociali, come dimostra l'incremento dei paesi desiderosi di avvalersi delle incentivazioni accordate dal Regolamento n. 980/2005 del Consiglio (55). Il testo del 2005 appare assai più conveniente rispetto al precedente Regolamento n. 2501/2001: mentre quest'ultimo sanciva che ai prodotti dei paesi inclusi nei regimi speciali di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori i dazi della tariffa doganale comune fossero ulteriormente *ridotti* rispetto al regime generale (art. 8, comma 1), il Regolamento del 2005 stabilisce che i dazi *ad valorem* della tariffa doganale comune su tutti i prodotti elencati nell'Allegato II, originari di un paese incluso nel regime speciale di incentivazione per lo «sviluppo sostenibile e il buon governo» sono *sospesi*. Il passaggio dalla riduzione alla sospensione ha determinato una reazione positiva dei paesi in via di sviluppo che hanno rivalutato l'utilizzo dello schema di preferenze generalizzate. Un nuovo Regolamento n. 732/2008 del Consiglio ha semplificato il regime speciale di incentivazione, sostituendo i tre regimi precedenti con i due attuali: il regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati e il regime speciale di incentivazione dello Sviluppo sostenibile e del buon governo, concedibile solo ai paesi che abbiano «ratificato ed effettivamente applicato» le convenzioni di cui all'Allegato III (tra le quali figurano 8 convenzioni fondamentali dell'Oil), e che si impegnino «a mantenere la ratifica delle convenzioni

---

(53) Gazz. Uff. Ue L 169, p. 1, del 30 giugno 2005. Il sistema comunitario di preferenze generalizzate si applica dalla data di entrata in vigore del presente regolamento fino al 31 dicembre 2008 ai sensi del presente regolamento.

(54) Cfr., con riferimento al caso dello zucchero, V. Constant LaForce, *A comparison between the Cotonou agreement and the Eu generalized system of preferences*, in *Journal of international trade law and policy*, 2013, 12, pp. 42 ss.

(55) Cfr. L. Bartels, C. Häberli, *Binding tariff preferences for developing countries under article II Gatt*, in *Journal of international economic law*, 2010, pp. 969 ss.

e delle relative leggi/misure di attuazione e che accettino che l'applicazione sia periodicamente soggetta a verifica e riesame a norma delle disposizioni di attuazione delle convenzioni che hanno ratificato».

Analizzando più da vicino il regime speciale di incentivazione intitolato allo Sviluppo sostenibile e al buon governo, si osserva come questo può essere concesso solo ai paesi che abbiano ratificato ed effettivamente applicato, tra le convenzioni internazionali in materia di tutela dei diritti umani (56), almeno sette delle convenzioni ambientali e sulla lotta alla corruzione, alla produzione e al traffico di stupefacenti (cd. buon governo) (57). Gli Stati, oltre a essere obbligati a mantenere la ratifica, le leggi e le misure di attuazione delle convenzioni, devono collaborare effettivamente con gli organi internazionali preposti al controllo del rispetto di queste convenzioni internazionali, accettando che la loro applicazione sia periodicamente soggetta a verifica e riesame (58).

La mancata conclusione degli accordi a tutela dei diritti umani o la mancata adozione delle norme interne di attuazione degli accordi in questione comporta l'impossibilità di ottenere gli ulteriori benefici tariffari previsti dal regime speciale. Invece la mancata conclusione di alcune fra le convenzioni internazionali a tutela dell'ambiente e del buon governo, oppure la mancata adozione di misure interne attuative delle stesse convenzioni, fino a un massimo di quattro convenzioni, non impedisce allo Stato interessato di inoltrare la richiesta per ottenere ulteriori vantaggi (59).

La maggior attenzione riservata alla tutela dei diritti umani è, in realtà, indebolita dalla deroga prevista dall'articolo 9, comma 2, ai sensi del quale il regime speciale può essere comunque concesso a favore di uno Stato che non abbia ratificato ed effettivamente applicato un massimo di due delle sedici convenzioni in materia di diritti umani, laddove la mancata ratifica dipenda da vincoli costituzionali cui far fronte (60). Infine, ulteriore

---

(56) Allegato III, parte a, del Regolamento (Ce) n. 980/2005. Fanno parte dei diritti umani anche i *core labour standards*.

(57) Allegato III, parte b, del Regolamento (Ce) n. 980/2005. Sul tema relativo al legame tra l'ambiente e il Spg V. Switze, *Environmental protection and the generalized system of preferences: a legal and appropriate linkage?*, in *Int. comp. law quart.*, vol. 57, gennaio 2008, pp. 113 ss.; Mckenzie, *Climate change and the generalized system of preferences*, in *Journal of international economic law*, vol. 11, n. 3, 6 agosto 2008, pp. 679 ss.

(58) Cfr. art. 9, comma 1, lett. *d*, del Regolamento (Ce) n. 980/2005.

(59) Cfr. art. 9, comma 1, lett. *c e d*, del Regolamento (Ce) n. 980/2005.

(60) Lo Stato in causa doveva comunque impegnarsi formalmente a concludere e applicare le rimanenti convenzioni, una volta accertato che non esisteva alcuna incompatibilità con la sua Costituzione oppure, in caso di accertata incompatibilità, a concludere ogni rimanente convenzione entro il 31 dicembre 2006.

condizione per beneficiare delle preferenze aggiuntive del nuovo regime speciale consiste nella qualifica di «paese vulnerabile» che deve rivestire lo Stato richiedente, mentre l'Ue può rimuovere i benefici laddove ravvisi nel paese beneficiario un sufficiente grado di sviluppo tale da consentirgli di partecipare al *global trading system* (art. 3, Regolamento n. 732/2008).

Obiettivo del nuovo regime speciale è sollecitare gli Stati richiedenti all'adozione di politiche nazionali di tutela di tutti i diritti umani, e non solo – come previsto da uno dei precedenti regimi speciali – dei diritti sociali fondamentali. La semplificazione dei sistemi speciali d'incentivazione è dovuta anche al recente rapporto dell'Organo d'appello del Wto relativo alla controversia tra l'India e la Comunità europea su uno dei regimi speciali d'incentivazione previsti dal Regolamento (Ce) n. 2501/2001 (il regime speciale a favore della lotta alla produzione e al traffico di stupefacenti) (61). L'Organo d'appello ha ritenuto «discriminatorio» il trattamento tariffario preferenziale accordato dalla Comunità europea ad alcuni Stati in virtù del regime speciale «droga» e ha raccomandato alla Comunità di modificare lo schema di preferenze tariffarie in modo tale da renderlo conforme al diritto del Wto.

Per quanto riguarda il regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati, i dazi della tariffa doganale comune sono totalmente sospesi (62) per i paesi classificati dalle Nazioni unite come meno sviluppati. È però la Commissione che decide sull'esclusione del paese dal regime e la fissazione di un periodo transitorio di almeno tre anni (63).

Con il Regolamento (Ce) n. 732/2008 del Consiglio, modificato dal Regolamento (Ue) n. 512/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio (64), sono state apportate alcune, non rilevanti, modifiche al Spg. Per quanto riguarda le condizioni di ammissione al regime speciale di incentivazione dello Sviluppo sostenibile e del buon governo (65), si osserva che

---

(61) Wto, Appellate body, *European communities – conditions for the granting of tariff preferences to developing countries*, WT/DS246/AB/R, 7 aprile 2004.

(62) Per effetto dell'iniziativa *Everything but arms*.

(63) Cfr. art. 12, comma 7, del Reg. (Ce) n. 980/2005.

(64) Regolamento (Ue) n. 512/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 che modifica il Regolamento (Ce) n. 732/2008 del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011. *Gazz. Uff. Ue* L 145 del 31 maggio 2011, p. 28.

(65) Sul tema, L. Mola, *I diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea: il Sistema di preferenze generalizzate*, in *Tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 229 ss.; V. Randazzo, *La condizionalità nel Sistema di preferenze generalizzate della Comunità*

quest'ultimo può essere concesso solo ai paesi che abbiano ratificato ed effettivamente applicato tutte le convenzioni elencate all'Allegato III del Regolamento suddetto e che siano considerati paesi vulnerabili (66).

Per quanto riguarda il regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati, sono compresi nella colonna D dell'Allegato I gli stessi Stati ammessi a beneficiare del regime speciale di incentivazione nei Regolamenti n. 2501/2001 e n. 980/2005.

Ai sensi del più recente Regolamento, n. 978/2012, un paese in via di sviluppo beneficia delle preferenze tariffarie se considerato vulnerabile e se ha ratificato le convenzioni Oil elencate dal Regolamento antecedente. Essenziale, a tal fine, è il giudizio espresso dagli organi di controllo competenti, ai quali spetta il compito di verificare se sussistono o meno gravi carenze nell'attuazione di tali convenzioni.

Il paese in via di sviluppo, dopo esser stato ammesso al regime speciale di incentivazione per lo Sviluppo sostenibile e il buon governo, deve impegnarsi a garantire l'attuazione delle convenzioni e accettare senza riserve gli obblighi di rendicontazione imposti da ciascuna convenzione e impegnarsi, in modo vincolante, ad accettare che l'attuazione sia periodicamente oggetto di monitoraggio e riesame (67).

Chiariti i requisiti che i paesi in via di sviluppo devono rispettare per godere dei benefici doganali del Spg, consideriamo ora i casi nei quali gli stessi paesi possono subire la revoca temporanea delle preferenze tariffarie.

Con il Regolamento Ce n. 3281/94 (68), il ritiro delle preferenze tariffarie concesse dal regime generale è previsto nel caso vengano *praticati* comportamenti lesivi dei diritti umani, come qualsiasi forma di schiavitù (69), esportazione di prodotti fabbricati nelle carceri, insufficienti

---

*europa: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'Omc*, in *Dir. un. eur.*, 3/2007, pp. 609 ss.

(66) Esempio di paesi vulnerabili: Bolivia, Colombia, Congo, Repubblica Dominicana, Ecuador ecc. Per una lista completa dei paesi vulnerabili v. il sito internet [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/july/tradoc\\_139963.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/july/tradoc_139963.pdf), consultato il 18 ottobre 2012.

(67) Art. 9 del Regolamento (Ue) n. 978/2012.

(68) Regolamento (Ce) n. 3281/94.

(69) Quale definita nelle Convenzioni di Ginevra del 25 settembre 1926 e del 7 settembre 1956 e nelle Convenzioni dell'Oil n. 29 e n. 105. La Convenzione Oil n. 29 statuisce al par. 1 che il termine «lavoro forzato od obbligatorio» indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente, mentre il par. 2 elenca una serie di eccezioni in cui il lavoro forzato od obbligatorio è consentito: i) quello richiesto dalla legge sul servizio militare obbligatorio; ii) quello che deriva da normali obblighi civili dei

controlli in materia di esportazioni, di transito di droga (prodotti illeciti e precursori) nonché di riciclaggio di denaro, frodi, pratiche commerciali sleali (cd. condizionalità negative) (70). Il Regolamento successivo, n. 2820/98, ha introdotto un ulteriore caso di revoca, ovvero il «palese contrasto con gli obiettivi delle convenzioni internazionali, quali l'Organizzazione della pesca dell'Atlantico nordoccidentale (Nafo), la Convenzione per la pesca nell'Atlantico nordorientale (Neafc), la Commissione internazionale per la conservazione di tonni dell'Atlantico (Iccat) e l'Organizzazione per la conservazione del salmone nell'Atlantico (Nasco), relative alla difesa e alla gestione delle risorse alieutiche» (71). Ulteriore ragione di revoca è stata introdotta con il Regolamento n. 2501/2001, secondo cui l'eventuale ritiro dei regimi preferenziali può essere deciso nel caso in cui venga accertata la «pratica» di qualsiasi forma di schiavitù o di lavoro forzato, mentre con riguardo la libertà di associazione, del diritto di negoziazione collettiva e del principio di non discriminazione in materia di occupazione e di professioni, o sfruttamento del lavoro minorile, secondo le definizioni previste dalle pertinenti convenzioni dell'Oil (72), è necessario che la loro violazione si qualifichi come «grave e sistematica».

Fatti salvi i motivi di revoca suddetti, i regimi speciali di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori o per la tutela dell'ambiente possono essere temporaneamente revocati, nei confronti di tutti o di alcuni prodotti contemplati dai regimi stessi e originari di un paese beneficiario, qualora la legislazione nazionale non rispetti più le disposizioni Oil e il paese richiedente non eserciti il controllo sull'applicazione del regime speciale di incentivazione (73).

Il Regolamento Ce n. 980/2005 ha apportato delle novità in tal senso, confermate nel Regolamento n. 780/2008 e, da ultimo, dall'ultimo Regolamento n. 978/2012, estendendo la revoca temporanea dai regimi di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento attualmente in vigore, a tutti o

---

cittadini di un paese che si governi in piena indipendenza; iii) quello richiesto da situazioni di emergenza: guerra, calamità ecc.; iiiii) quello di interesse collettivo. Vd. <http://www.ilo.org/public/italian/region/eurpro/rome/standards/c029.htm>, consultato il 20 agosto 2012. A parte queste eccezioni, se il paese pratica lavoro forzato allora deve procedere immediatamente con la sua abolizione, in base alla Convenzione dell'Oil n. 105, disponibile al sito <http://www.ilo.org/public/italian/region/eurpro/rome/standards/c105.htm>, consultato il 23 agosto 2012.

(70) Art. 9, comma 1, del Regolamento n. 3281/94.

(71) Cfr. art. 22 del Regolamento (Ce) n. 2820/98.

(72) Art. 26, comma 1, lett. b, del Regolamento n. 2501/2001.

(73) Art. 15, par. 1, o art. 22, par. 1, del Regolamento n. 2501/2001.

alcuni prodotti in caso di violazioni gravi e sistematiche dei principi contenuti nelle convenzioni sui diritti umani e sui *core labour standards* (74) sulla base delle conclusioni dei pertinenti organismi di controllo. A differenza del Regolamento Ce n. 980/2005, non è espressamente prevista la revoca in caso di violazione delle convenzioni internazionali a tutela dell'ambiente.

Le ipotesi di revoca temporanea per tutti o alcuni prodotti relativa al solo regime speciale d'incentivazione dello Sviluppo sostenibile e del buon governo sono quelle previste dall'articolo 9 del Regolamento Ue n. 978/2012. Un paese in via di sviluppo ammesso al regime speciale di Sviluppo sostenibile e buon governo può essere revocato temporaneamente dai benefici tariffari concessi quando non soddisfi più le condizioni di paese vulnerabile, o non si impegni in modo vincolante a mantenere la ratifica delle convenzioni pertinenti (Allegato VIII del presente regolamento), o quando sciolga la riserva di collaborare e di sottoporsi a controlli e riesami ottemperati dalla Commissione europea nella verifica sulla ratifica delle convenzioni pertinenti (75).

In conclusione: se il problema del rispetto dei diritti sociali fondamentali non può essere ricercata *solo* nell'adozione di misure commerciali restrittive nell'ambito dell'azione esterna dell'Ue (76), non v'è dubbio che il *Gsp* rappresenta un modello virtuoso per consentire ai paesi in via di sviluppo e di nuova industrializzazione di sopportare i costi di un processo «sostenibile» di crescita. Pur con i suoi innegabili limiti di impatto, il *Gsp* europeo getta infatti le basi per una politica commerciale internazionale capace di fornire ai paesi che decidono di evitare le prassi di *social dumping* strumenti e risorse per politiche mirate ad investire in formazione e istruzione, e a realizzare processi produttivi rispettosi dei *core labour standard*.

---

(74) Allegato III, parte a, del Regolamento (Ce) n. 732/2008, e Allegato VIII, parte a, del Regolamento (Ue) n. 978/2012.

(75) Art. 10, comma 5, del Regolamento Ue n. 978/2012.

(76) Cfr. A. Cassese, P. Gaeta, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 275, con riferimento al più generale problema della clausola sociale.

## ABSTRACT

*Il saggio affronta la questione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione, analizzando le nuove prospettive introdotte dal Trattato di Lisbona, specialmente nell'ottica della promozione dei core labour standards nell'ambito dell'azione esterna dell'Ue. La prospettiva aperta dalla «clausola sociale orizzontale» (art. 9 TfUe), secondo la quale l'Ue deve tenere conto dei profili sociali in tutte le sue politiche, sembra essere interessante anche sotto il profilo delle relazioni esterne, soprattutto se letta in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 TUE. Altre aree di interesse riguardano la promozione degli standard Oil negli accordi di libero scambio stipulati dall'Ue, come l'Accordo Cariforum, la responsabilità sociale dell'impresa e il Sistema di preferenze generalizzate, in particolare il Regime speciale di incentivazione dello Sviluppo sostenibile e del buon governo (Gsp Plus).*

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND MARKET REGULATION  
IN THE EUROPEAN UNION'S EXTERNAL ACTION

*The essay regards the fundamental social rights in the Globalization era, focusing on the Eu's strategy to promote respect for social rights in its external action. A new feature of the Lisbon Treaty is the «horizontal social clause» (article 9), stipulating that Eu policies must take social requirements into account to ensure consistency between the various policies and the social objectives; that clause seems to be interesting also in its external dimension, according with the articles 2 and 3 of the Treaty. Other social provision of the Eu external action includes the promotion of Ilo labour standards within the free trade agreements (as the Cariforum), the Corporate social responsibility and the Generalised system of preferences, in particular the Gsp Plus scheme.*



*Laura Calafà* (\*)

I CONFINI SOCIALI DELL'IMMIGRATION POLICY  
DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa: il modello sociale europeo e il suo doppio. — 2. Dall'approccio orizzontale a quello settoriale in materia di migrazione economica: la parabola della politica della Commissione da Tampere agli obiettivi di Europa 2020. — 2.1. *Before* Lisbona. — 2.2. *After* Lisbona. — 3. La Direttiva permessi e parità di trattamento dei lavoratori regolari. La prima fase d'influenza del diritto Ue sul diritto (anche del lavoro) nazionale.

1. — *Premessa: il modello sociale europeo e il suo doppio* — Negli archivi bibliografici dell'Organizzazione internazionale del lavoro giace, glossata a mano da uno sconosciuto impiegato, una rassicurante lettera dattiloscritta datata 1975 della Commissione della (allora) Comunità europea. Nel carteggio con l'Oil, nel contesto di un confronto in materia di tutela dei lavoratori migranti, il mittente ribadisce che l'attenzione nei confronti dei lavoratori *extra* Ue non è marginale rispetto a quella dei migranti *intra* Ue (1). A supporto della bontà dei propositi ricorda la presentazione al Consiglio di un apposito *Action programme in favour of migrants workers and their families*, solo qualche mese dopo l'approvazione della Risoluzione del Consiglio relativa al primo (allora) programma di azione sociale. Datato 21 gennaio 1974, il primo; 18 dicembre il secondo, anche a suggello di una continuità temporale e non solo assiologica della valorizzazione della comune radice della circolazione libera dei lavoratori.

Questa coppia di documenti programmatici, a quasi quarant'anni dalla loro elaborazione, merita un'attenta riflessione e non solo un generico omaggio. Consente di interrogarsi, in primo luogo, sulla portata delle politiche in materia d'immigrazione delle origini nell'attuale fase di sviluppo delle politiche comunitarie in materia di immigrazione, consolidate dopo

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Verona.

(1) La lettera, protocollata n. 023839, ricorda che il programma del 18 dicembre 1974 «concerns not only migrants from members States of the Ec, who are entitled to circulate freely under the terms of the Treaty of Rome, but also migrants from other countries».

l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il documento collegato – il secondo in ordine di tempo dalla prima metà degli anni settanta – in effetti, era chiamato a dare forma e sostanza politica all'impegno fissato nel primo di «realizzare la parità di trattamento dei lavoratori comunitari ed extracomunitari, nonché dei loro familiari, in materia di condizioni di vita e di lavoro, di salari e di diritti economici, tenuto conto delle vigenti disposizioni comunitarie» e «a promuovere una concertazione delle politiche di migrazione nei confronti dei paesi terzi».

Scontate le attuali competenze regolative in tema fissate nei Trattati e l'interpretazione delle regole contenute nel Titolo V e nel Titolo X del TfUe (2), la rilettura della coppia di documenti programmatici consente di delineare, in secondo luogo, i confini (territoriali, ma anche ideali) del modello sociale dell'Unione europea. Nonostante la lungimiranza del progetto iniziale, tale modello nel corso del tempo si è poggiato su una radice unica, escludente, e su un rilevante equivoco semantico: l'ontologica e solitaria rilevanza del solo lavoratore (prima) e cittadino (poi) dell'Unione europea. L'altro, il suo doppio, nel quale il modello sociale si riflette e dal quale ricava equilibrio strutturale, semplicemente non esiste (3). Salvo misu-

---

(2) Si consenta un rinvio a L. Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2012, in particolare da p. 11. Interrogandosi sulla realtà della politica comune in materia d'immigrazione, si arriva a impostare un confronto compiuto tra le politiche per l'immigrazione e le politiche sociali (rispettivamente regolate nel Titolo V e nel Titolo XTfUe). Come si è in quella sede affermato, questo è il senso complessivo, nella sua limpida chiarezza: la «questione sociale», ivi compreso il lavoro degli stranieri, appare inserita in una sorta di circolo vizioso delle competenze. L'Unione non ha voce in capitolo sull'individuazione delle premesse (generali e dell'interpretazione sistematica delle disposizioni contenute nel Titolo V in materia di immigrazione, dell'art. 79 in particolare, che appaiono del tutto nozionistiche) di regolarità e irregolarità, anche del lavoro, ma è chiamata a gestire le conseguenze della loro ricorrenza concreta, senza poter intervenire armonizzando tali nozioni di regolarità, irregolarità e/o le eventuali misure di integrazione sociale degli stranieri. Restano, in buona sostanza, solo compiti di armonizzazione in tema di aspetti patologici del funzionamento del mercato del lavoro (un compito difficile, esistendo 27 diverse regolamentazioni nazionali sullo specifico punto) e in tema di allontanamento, cui si aggiunge anche una competenza di carattere operativo. Il peso del rispetto dei diritti fondamentali delle persone in mobilità, quindi, non grava solo sull'azione degli Stati membri, ma anche sulla regolazione dell'Unione in temi tanto sensibili di cui, però, non gestisce le premesse regolative.

(3) La letteratura, non solo giuridica, dell'Ue vista dagli altri, gli esclusi, è vasta. Si ricorda, in questa sede, il classico S. Sassen, *Migranti, coloni, rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, 1999, Milano; le teorie politiche dell'esclusione sono analizzate da S. Benhabib, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, 2006, Milano. Di estremo interesse il volume collettaneo curato da L. Dubin, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, 2012.

rarne tutta la rilevanza quando la crisi economica (o la sua retorica politica) (4) arriva a incidere sugli stessi equilibri socioeconomici delle politiche Ue oppure quando le cd. primavere arabe impongono di confrontarsi con disincanto con le questioni dei confini esterni dell'Unione.

«Come spesso accade nelle politiche sociali europee, l'approssimazione graduale a mete regolative più ambiziose è caratterizzata da una imprevedibilità delle scelte e delle soluzioni concretamente adottate» (5). Questa limpida affermazione consente di introdurre nel confronto scientifico un diverso ragionamento, il suo contrario, che porta a riconoscere che nella politica per l'immigrazione, alle ambizioni iniziali sono seguite scelte regolative riduttive, negatrici di una complessità culturale, sociale e anche economica, persino troppo evidente.

Il presente contributo si concentra nell'individuazione di quei fattori «irresistibili» che incidono, spiegandole, proprio queste scelte regolative in materia di immigrazione mediante il sostegno di un processo di integrazione sociale *intra* Ue che si accompagna a un processo parallelo di negazione sociale degli *extra* Ue (6).

Uno dei segnali più evidenti di tale processo è la trasformazione dell'approccio regolativo in materia di migrazione economica, ovvero la mobilità orientata alla ricerca di un lavoro, da orizzontale (concentrata su regole generali dedicate all'accesso al lavoro uniformi) a quello settoriale (ovvero alcune regole solamente, dedicate a ristrette platee di destinatari, come i lavoratori stagionali o i lavoratori altamente qualificati). Nel tentativo di fornire una lettura aggiornata degli atti più recenti di diritto derivato in materia (v. *infra*, par. 3), ci si soffermerà, in particolare, sulla Direttiva n. 2011/98, la cd. Direttiva permessi e parità di trattamento dei lavoratori regolari *extra* Ue, un approfondimento che consente di ritornare proprio al 1974 e alla prima affermazione programmatica di tale principio.

2. — *Dall'approccio orizzontale a quello settoriale in materia di migrazione economica: la parabola della politica della Commissione da Tampere agli obiettivi di Europa 2020* — Se una data di nascita precisa può essere attri-

---

(4) A. Lyon Caen, *Les réactions du droit du travail à la crise*, in *Droit ouvrier*, 2012, n. 763.

(5) S. Sciarra, *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010.

(6) G. Bronzini, *La sentenza El Dridi: la Corte di Giustizia fissa i «paletti» delle politiche europee sull'immigrazione*, in *La cittadinanza europea*, 2011, 2, p. 122, analizzando l'affermazione dei diritti fondamentali effettuata dalla Corte nel caso *El Dridi*, parla di «immagine capovolta del progetto di integrazione europea» offerta dalla Direttiva n. 2008/115 (v. *infra*, par. 3).

buita alla politica comune in materia di immigrazione dell'Unione europea, quella è sicuramente la data del Consiglio europeo tenutosi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999. Le ambizioni progettuali trovano, in quella sede e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel precedente mese di maggio, la loro massima espressione. Le prospettive di sviluppo, però, si sono dimostrate, praticamente da subito, non adeguate alle premesse. L'esperienza successiva si è, infatti, incaricata di dimostrare che, almeno per la migrazione economica, il consenso ufficiale maturato nel Consiglio era solo apparente (7). La proposta di direttiva relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo [Com(2001)386 def., dell'11 luglio 2001], primo e principale frutto delle posizioni assunte a Tampere, non è mai stata approvata dal Consiglio. Il fallimento di tale proposta di direttiva è chiaramente visibile nel forzato ritiro della proposta da parte della Commissione (8), formalizzato dopo ben cinque anni dalla proposta. La ragione risiede nell'impossibilità di raggiungere, in seno al Consiglio, almeno un accordo tra gli Stati più rappresentativi.

Tale vicenda rappresenta un punto problematico nodale per la migrazione economica mai risolto, a distanza di oltre dieci anni. Le regole uniformi per l'accesso al lavoro nei 27 paesi che aderiscono all'Ue ancora non esistono (9), a dimostrazione che, come in passato, la dialettica, per nulla lineare tra Commissione e Consiglio, appare destinata a incidere sui futuri sviluppi progettuali in materia, caratterizzati dall'evidente ostilità degli Stati membri a privarsi di competenze specifiche, in tale ambito tematico molto più evidente che in altri.

Seppur in breve tempo, l'esercizio delle competenze dell'Unione in materia è diventato particolarmente ricco di sollecitazioni, piani d'azione, pro-

---

(7) S. Carrera, *Building a common policy on labour immigration. Towards a comprehensive and global approach in the Eu?*, Cesp working document n. 256, 2007, in [www.cesp.be](http://www.cesp.be); S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu: a renewed agenda for Europe 2020*, Centre for european policy studies, Bruxelles, 2011, in [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu).

(8) Si legga European commission, «*Withdrawal of Commission proposal following screening for their general relevance, their impact on competitiveness and other aspects*», 2006/C 64/03, pubblicata sulla *Gazz. Uff. Ce*, 17 marzo 2006.

(9) La stessa può affiancarsi idealmente alle complicate vicende della precedente decisione n. 85/381/Cee, quando ancora si tentava di articolare una prima bozza di intervento in materia di immigrazione: G.F. Mancini, *Il governo dei movimenti migratori in Europa*, in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 193; S. Giubboni, *Immigrazione e politiche dell'Unione europea, dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 205.

grammi, posizioni, documenti, progetti, sempre all'insegna di quel rapporto dialettico tra Stati membri e Commissione che caratterizza in modo sostanziale e visibile il percorso complessivo effettuato dalla politica comune in tema di migrazione economica. A seguito del fallimento della proposta del 2001, la migrazione economica, da allora, diventa parte di una politica globale in materia di immigrazione ovvero sia generale e non espressamente dedicata al lavoro: non è più oggetto diretto e immediato – e per ciò stesso problematico – di regolazione da parte dell'Unione, ma oggetto sfumato, diluito, combinato con altri temi. Come a dire che solo l'approccio politico indiretto ha consentito alla Commissione di includere le regole sul lavoro degli stranieri tra gli impegni progettuali a partire dalle competenze del Titolo IV TCe, prima, e del Titolo V TfUe, poi (escluse, anche dalla dottrina, dall'ambito di operatività del Titolo X) (10).

2.1. — Before *Lisbona* — Dopo il 2001, con tutto il peso degli avvenimenti che tanto hanno inciso di fatto e con violenza sullo sviluppo delle regole in materia di migrazione economica, sono soprattutto tre le tappe che concorrono a delineare l'approccio complessivo in materia di mobilità *extra* Ue finalizzata al lavoro. La prima tappa evolutiva si sviluppa nel periodo compreso tra il 2005 e il 2007. Ci si riferisce, in particolare, al *Libro verde sulla migrazione economica* dell'inizio del 2005 (11), anticipato dal programma elaborato al Consiglio dell'Aia, per terminare lo stesso anno, a dicembre, con il Piano sulla migrazione legale della Commissione europea, in cui la frammentazione selettiva della figura del lavoratore diventa il modello per il successivo *Commission's legislative and work programme*, adotta-

---

(10) Si legga, al riguardo, S. Peers, *Legislative update, Eu immigration and asylum competence and decision-making in the Treaty of Lisbon*, in *European journal of migration and law*, 2008, 10, p. 219.

(11) Nell'Introduzione, penultimo capoverso, la Commissione spiega che l'iniziativa «non mira [...] né a illustrare le politiche dell'Ue25, né a raffrontarle con quelle di altre regioni del mondo, bensì a individuare le principali problematiche ed eventuali opzioni per una disciplina legislativa comunitaria in materia di migrazione economica. Nel far ciò, la Commissione ha tenuto conto delle riserve e delle preoccupazioni manifestate dagli Stati membri durante le discussioni che si sono svolte sulla proposta di direttiva del 2001 e propone possibili alternative». Nelle Conclusioni, primo capoverso, aggiunge: la «Commissione ritiene che l'ammissione dei migranti per motivi economici sia la pietra miliare della politica in materia di immigrazione e che sia pertanto necessario affrontarla a livello europeo nel quadro di una progressiva evoluzione di una coerente politica comunitaria dell'immigrazione». Coerenza e progressività sono termini che accompagnano ogni riflessione in materia, per aggiungersi, poi, il termine globale, all'interno del quale sfuma la questione economica/lavorativa.

to nel novembre 2006 (12). È questa la sede dove compaiono le proposte di direttive già approvate e ancora da approvare in materia (non direttamente ed esclusivamente, ovviamente) di lavoro degli stranieri; una sede nella quale si inserisce una proposta di direttiva quadro in materia di diritti degli stranieri in condizioni regolari di lavoro, sparita dall'elenco già il mese successivo al Consiglio europeo di Bruxelles al termine del semestre di presidenza finlandese. Le relative conclusioni riaffermano il disagio di alcuni Stati membri ad assumere decisioni in materia, diluito nella frase «*fully respecting national competences*» e reso evidente dal comportamento assunto durante le negoziazioni delle direttive successivamente approvate (13).

Il difetto fondamentale imputato dalla dottrina specialistica alla politica dell'Ue elaborata è quello della cd. *prossimità* con (alcuni, i più significati e rappresentativi) Stati membri dell'Unione, a dimostrazione che la relazione dialettica tra Commissione e Consiglio ha visto il prevalere delle posizioni di quest'ultimo. Se tale prossimità con i singoli o plurimi interessi nazionali consente l'approvazione degli atti, è la stessa prossimità che mette a rischio: «*the overall approach of the Community and the building of a comprehensive immigration policy rooted in the principles of solidarity and openness – whose long-term effects would bring efficiency in terms of the secu-*

(12) L'attivismo della Commissione e del Consiglio nel 2005 per uscire dall'*impasse* del mancato accordo sulla proposta del 2001 è considerevole anche in base al mandato ricevuto al Consiglio dell'Aia alla fine del 2004 [Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, «Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni, Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia», Com(2005)184 def.]. Dopo il *Libro verde sulla migrazione economica* [Com(2004)811 def., del 1° novembre 2005], la Commissione pubblica il primo documento di risposta alla consultazione il successivo 30 novembre 2005 [Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, «Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione» – Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court, Com(2005)621 def.], durante il semestre di presidenza inglese del Consiglio, cui segue il 21 dicembre 2005 la Comunicazione della Commissione, «Piano d'azione sull'immigrazione legale» [Sec(2005)1680, Com(2005)669]. Per quanto riguarda il Consiglio, si ricordano: la «Nota della Presidenza sull'approccio globale all'immigrazione: azioni prioritarie sull'Africa e il Mediterraneo» (n. 15744/05 presentata a Bruxelles il 13 dicembre 2005), alla quale si ispira il Patto sull'immigrazione e l'asilo del 2008; le Conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Bruxelles del 15 e 16 dicembre 2005 (SN 15914/01/05, 30 dicembre 2005). Da segnalare, a dimostrazione del rapporto dialettico tra Commissione e Consiglio, la vicenda degli esiti della consultazione sul *Libro verde* del 2005. Le conclusioni sono risultate ampiamente disattese, come ricorda S. Carrera, *Building a common policy on labour immigration...*, cit.

(13) S. Carrera, *Building a common policy...*, cit.

*... rity of employment and a high level of protection for the legal employability and working conditions of immigrant workers» (14).*

Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la cd. *Labour immigration policy* all'insegna della sussidiarietà e della prossimità nazionale veniva giudicata, anche se con termini diversi, sostanzialmente priva di coerenza transnazionale, spezzettata tra i diversi bisogni dei mercati del lavoro nazionali, fluttuante sulla base dei correnti bisogni economici locali, legata a priorità politiche dei singoli Stati membri. La politica (solo formalmente) comune era rappresentata (sostanzialmente) da regole diverse e politiche diverse nei 27 Stati aderenti all'Ue: un'unità solo apparente che ispira la strategia Ue in materia di immigrazione.

2.2. — *After Lisbona* — Il *restyling* delle competenze e la generalizzazione della procedura ordinaria di approvazione delle direttive in materia, effettuato a Lisbona, ha cambiato il quadro complessivo? La questione sostanziale da porre è se dopo il 13 dicembre 2007 la strategia della Commissione sia diventata proattiva in materia di migrazione economica, ricevendo nuovo impulso dalle regole che sarebbero entrate in vigore due anni dopo. Per comprendere appieno l'attualità del quadro relativo agli sviluppi successivi del Trattato di Lisbona, sono da aggiungere almeno due ulteriori tappe geopolitiche che completano il quadro evolutivo sinteticamente tracciato: la sottoscrizione del Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, proposto dalla presidenza francese di Nicolas Sarkozy il 15 e 16 ottobre 2008 (15); il Programma di Stoccolma del maggio 2010, e il successivo piano d'azione, che segnano le linee di intervento dell'Unione in materia fino a collegarsi (più o meno compiutamente) con gli obiettivi dell'Europa 2020. La dottrina francese, in particolare, riconosce il ruolo centrale del Presidente francese nella definizione di una fisionomia chiara alla politica comune Ue: «*il y a ainsi non pas une politique européenne de l'immigration, mais une police européenne des étrangers gouvernée par les impératifs du marché du travail*» (16). Le direttive approvate tra il 2008 e il 2009 sono il risultato tangibile di tale linea d'intervento riconducibile pro-

---

(14) S. Carrera, *Building a common policy...*, cit.

(15) S. Carrera, E. Guild, *The french presidency's European pact on immigration and asylum: intergovernmentalism vs. europeanisation? Security vs. rights?* Centre for european policy studies, Bruxelles, 2008, in [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu).

(16) M. Chemillier-Gendreau, *Un régime juridique pour l'immigration clandestine*, in V. Chetail, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, vol. II, 2007, p. 336; I. Daugareilh, *La pénalisation du travail irrégulier...*, cit., p. 268.

prio al documento del Consiglio del 2005 sull'approccio globale all'immigrazione, di cui il programma legislativo del 2007 è la concretizzazione sostenuta politicamente dal Patto del 2008 (17). Il Patto, presentato come una novità con grande risonanza mediatica, non fa altro che riproporre misure già approvate concentrandosi sul concetto di immigrazione scelta (*choisie*), una politica dall'approccio fortemente utilitarista, a plurime velocità, dalla tendenza verso la precarizzazione dello statuto giuridico dello straniero (18), una serie di controlli che, nell'analisi teorica dei modelli elaborati nel corso degli anni ottanta, hanno mostrato tutta la loro inadeguatezza, in particolare rispetto allo sviluppo di relazioni internazionali *ad hoc*, che appaiono molto più efficaci (19).

Non può non notarsi uno sfasamento, una sorta di crisi d'identità tra una politica in materia di immigrazione dell'Ue che afferma di ispirarsi alla politica globale e che dimostra, dall'altra parte, di concentrarsi solo sulla repressione dell'immigrazione illegale e il rinforzo del controllo alle frontiere. Per quanto riguarda l'immigrazione economica, l'impianto politico è giudicato come frammentato, incoerente, restrittivo, inefficace, dispersivo (20): una lunga serie di aggettivi che hanno portato la dottrina

---

(17) Pur avendo un mero valore politico programmatico, il Patto fissa con chiarezza i connotati della politica comune dell'Ue. Da ricordare, in particolare, i cinque punti che lo caratterizzano, ovvero: 1. Organizzare l'immigrazione legale tenendo conto delle priorità, delle esigenze e delle capacità di accoglienza definite in ogni Stato membro e favorire l'integrazione; 2. Lottare contro l'immigrazione irregolare, in particolare rendendo certo ed efficace il ritorno degli stranieri in situazione irregolare nel loro paese d'origine o verso un paese di transito; 3. Migliorare l'efficacia dei controlli alle frontiere esterne; 4. Costruire un'Europa dell'asilo; 5. Stringere una *partnership* globale con i paesi d'origine e di transito favorendo le sinergie tra migrazione e sviluppo. Da segnalare, nell'ambito dell'Obiettivo 2, l'impegno degli Stati membri a ricorrere alle regolarizzazioni caso per caso, unicamente per motivi umanitari o economici. La politica orizzontale in materia di migrazione economica risulta definitivamente abbandonata.

(18) I. Daugareilh, *La pénalisation du travail irrégulier...*, cit.

(19) M.A. Schain, *The State strikes back: immigration policy in the European union*, in *European journal of international law*, 2009, 20, p. 93; sulle competenze esterne della Ue in materia di immigrazione, E. Neframi, *La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres en matière d'immigration irrégulière*, in L. Dubin (a cura di), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 35; per il dialogo nel Sud del Mediterraneo, S. Carrera, *The Eu's dialogue on migration, mobility and security with the Southern Mediterranean. Filling the gaps in the global approach*, Centre for european policy studies, Bruxelles, 2011, in [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu).

(20) Si rinvia a S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu...*, spec. pp. 10 ss.

attenta all'evoluzione delle politiche dell'Ue a chiedersi se un tale quadro programmatico possa ritenersi compatibile con le priorità strategiche dell'Europa 2020 e adeguato a concorrere al loro raggiungimento. In particolare, tale interrogativo sorge laddove indicano la «crescita inclusiva» come obiettivo specifico che la Commissione si propone di raggiungere anche agevolando e promuovendo la mobilità della manodopera all'interno dell'Ue, garantendo un maggiore equilibrio tra offerta e domanda di lavoro, con un sostegno finanziario adeguato dei fondi strutturali, in particolare del Fondo sociale europeo (Fse), e promuovendo una politica di migrazione dei lavoratori che sia globale e lungimirante, in modo da rispondere con la necessaria flessibilità alle priorità e alle esigenze dei mercati occupazionali (21).

Come altrove si è approfondito (22), è al paradigma del confine come metafora della barriera che pare ispirarsi la politica Ue (23). È proprio quello di barriera il termine che oggi pare meglio in grado di captare gli umori dei legislatori, non solo nazionali, e di connotare i risultati regolativi più recenti, vero filo conduttore della presente ricerca, come indicato in premessa. A fronte della scomparsa dei confini fisici tracciati nelle carte geografiche (i confini interni dell'Ue, ad esempio), si registra una moltiplicazione di confini nella realtà sociale, economica, antropologica e politica. Il diritto non può essere estraneo a questa dinamica; al contrario, può concorrere ad amplificarla o a ridurne la portata anche a livello dell'Unione europea. La presunta neutralità del diritto, in questo contesto, pare più un alibi teorico che un dato della realtà normativa, come dimostra proprio la stessa esperienza, maturata solo di recente dal diritto del lavoro proprio con riguardo all'immigrazione (24). Al riguardo è stato segnalato che il tema della mobi-

---

(21) Comunicazione della Commissione «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», Bruxelles, 3 marzo 2010, Com(2010)2020 def.

(22) L. Calafà, *Migrazione economica...*, cit.

(23) Come quella degli Stati nazionali, d'altronde, essendo la prima una sorta di rappresentazione estesa delle seconde: L. Dubin, *Propos introductifs. La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, quelle légalité pour quels effets?*, in L. Dubin (a cura di), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 8, che segnala anche la moltiplicazione delle frontiere, di frontiere interne ed esterne, e delle ulteriori rappresentazioni che queste ultime hanno assunto ovvero supplementari, numeriche, negoziate.

(24) In questa sede non ci si può dedicare a una minuta ricostruzione storico-evolutiva delle regole comunitarie dedicate alle migrazioni. Si rinvia, al riguardo, al primo contributo in tema di diritto del lavoro, G. Ghezzi, *Il lavoratore extracomunitario in Italia, problemi giuridici e sindacali*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 195, e a quello di matrice comunitaria A. Adinolfi, *I lavoratori extracomunitari*, Bologna, 1992; l'evoluzione della normativa, nazionale, comunitaria e di stampo comparato può leggersi in B.

lità economica *extra* Unione europea assume una valenza peculiare, come s'incarica di dimostrare l'evoluzione appena ricostruita, che pare essersi sviluppata proprio con un segno opposto alla virtuosa relazione cittadinanza-lavoro: una politica con il vizio dell'esclusione esportata nella legalità Ue attraverso la lotta all'immigrazione irregolare. Lo stato d'irregolare non è nemmeno un rischio o una minaccia; diventa semplicemente «una situazione giuridica di quelle persone che soggiornano irregolarmente» sul territorio dello Stato membro, mentre l'Unione elabora strumenti giuridici *ad hoc*, sui quali va posta particolare attenzione: dietro la retorica della lotta contro l'immigrazione irregolare si cela la criminalizzazione degli stranieri in situazione d'irregolarità e, di seguito, il loro allontanamento.

È solo chiaro che un sistema regolativo che consideri lo straniero come minaccia od oggetto di repressione deve essere strettamente valutato anche in base al rispetto dei diritti fondamentali delle persone (anche se in mobilità per la ricerca di un lavoro). In chiave lavoristica, un confronto necessario con gli obiettivi della crescita economica dell'Unione, utile alla verifica in termini di efficacia delle misure comuni promosse (25), non deve essere disgiunto da uno ulteriore con la tutela dei diritti come limite generale, sia alla regolazione Ue, sia a quella nazionale. L'approccio lavorista, in particolare, non distingue tra immigrazione legale e illegale; risulta centrale, di conseguenza, il ruolo del contratto di lavoro, oltre al dato, altamente significativo per l'intero equilibrio disciplinare della *labour immigration law*, che per il diritto del lavoro prevale lo *status* di lavoratore rispetto a quello di migrante.

Argomentando dalla dottrina francese (26), il crinale alquanto scomodo sul quale il diritto dell'Unione europea ha collocato i giuslavoristi è quello che impone continuamente di chiedersi se il lavoratore deve essere punito o protetto. Una risposta per nulla semplice che impone di ricostruire l'intero contesto multilivello della tutela dei diritti della persona, fino alla rilevanza delle questioni correlate al cd. lavoro decente e che passa attraverso il funzionamento delle diverse Corti competenti, come custodi dei diritti fondamentali (27).

---

Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, e in B. Veneziani (a cura di), *Lavoratore extracomunitario e integrazione europea. Profili giuridici*, 2007, Bari.

(25) M. Ambrosini, *Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia come e perché*, 2010, Milano, A. Triandafyllidou, M. Ambrosini, *Irregular immigration control in Italy and Greece: strong fencing and weak gate-keeping serving the labour market*, in *European journal of migration and law*, 2011, 13, p. 251.

(26) I. Daugareilh, *La pénalisation du travail irrégulier...*, p. 268.

(27) A. Lo Faro, *Is a decent wage part of a decent job? Answers from an enlarged Europe*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 64/2008; 2007; I. Daugareilh, *Le*

Se queste osservazioni siano da considerarsi valide anche per il periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è una questione non semplice da risolvere, dato che buona parte degli atti approvati dopo il 2009 sono il frutto di scelte programmatiche e politiche precedenti. Ancora da valutare con completezza è, quindi, l'attualità dell'assetto Ue, fortemente scosso dalla mobilità delle persone seguite ai fatti della cd. «primavera araba» (28); fatti che hanno indotto a qualificare quella europea come un chiaro esempio del fallimento di una «non politica» in campo migratorio (29). Questi stessi fatti che non hanno concorso a riqualificare i paesi del Mediterraneo come decisori, ma sempre come spettatori nella specifica materia (30).

L'estrema difficoltà di fornire una risposta compiuta a una questione tanto ampia non esonera dal fornire alla discussione scientifica un ulteriore elemento di confronto. L'art. 68 TfUE riconosce al Consiglio europeo la definizione degli «orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Il 4 maggio 2010 è stato pubblicato nella *Gazz. Uff. Ue* il Programma di Stoccolma, che dà forma e contenuto politico al Titolo V del TfUE (31). È il programma più recente e merita attenzione, anche per la parte delle singole azioni progettate, indicate con la relativa scadenza, tra le quali non può non richiamarsi l'impegno a redigere un Codice per l'immigrazione legale (da pubblicarsi tra il 2013 e il 2014). Come segnalato dalla più attenta dottrina, che ne ha già proposto pubblicamente una bozza lunga e articolata (32), l'interes-

---

*travail décent dans les pays en voie de développement. Note d'information pour le Parlement européen*, Expo/B/Deve/2006-36, PE 348.608, 2006, Bruxelles, Communautés européennes.

(28) La lunga serie di dichiarazioni ufficiali e di documenti prodotti dalla Commissione europea sono elencati in S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu...*, spec. pp. 10 ss.

(29) M. Livi Bacci, *Cronaca di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 3, p. 432.

(30) G. Caggiano, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di «paese di primo ingresso» per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli stranieri*, 2011, 2, p. 45.

(31) Il Programma di Stoccolma è stato adottato dalla direzione *Justice and home affairs* nel dicembre 2009. Il piano programmatico è del 20 aprile successivo: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei – Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma» [Com(2010)171].

(32) S. Peers, *An Eu immigration code: towards a common immigration policy*, in *European journal of migration and law*, 2012, 14, p. 33.

se per il codice pare rappresentato dal fatto che si tratta di una sorta di Testo Unico in materia (già di per sé innovativo), chiamato altresì a consolidare la normativa esistente in materia di immigrazione (come spiega il punto 6.1.4 del Programma di Stoccolma) e a incidere, nel più breve tempo possibile, sull'immigrazione per ragioni economiche. Va segnalato, in effetti, che il Consiglio, al punto 6.1.3 del Programma, invita la Commissione, tra gli altri compiti, «a valutare l'impatto e l'efficacia delle misure adottate in questo settore al fine di determinare se sia necessario consolidare la legislazione esistente, anche in relazione alle categorie di lavoratori attualmente non contemplate dalla normativa dell'Unione». Il punto specifico è davvero sibillino. Pare un tentativo, se non di recuperare l'organicità dell'intera politica migratoria, quanto meno di una prospettiva aperta per un rinnovato intervento di matrice orizzontale sul lavoro degli stranieri dieci anni dopo il fallimento della proposta n. 386 del 2001, interessante nella dialettica politica tra Commissione e Consiglio europeo (che, rispetto al periodo 2007-2010, vede sensibilmente modificati i rappresentanti dei Governi nazionali).

Un modo indiretto, forse, di recuperare il difetto della frammentazione (sostanziale) dell'intervento in materia di lavoro anche a fronte della crisi economico-finanziaria e dell'impatto prodotto sulla manodopera straniera. Dal confronto tra il *Libro verde* della Commissione sulla migrazione economica del 2005 e la Relazione sull'immigrazione del 2012 possono ricavarsi alcune suggestioni utili a elaborare una risposta, dato che la crisi diventa parte integrante del ragionamento sull'apporto economico degli stranieri nell'Ue, che rimane centrale. La Commissione ribadisce che «la migrazione economica rimane [...] un elemento importante per rimediare alle carenze di forza lavoro, soprattutto nel contesto dell'invecchiamento della popolazione dell'Ue e in un mercato internazionale in cui si fa più forte la competizione per i talenti con paesi non europei, anch'essi colpiti da carenze di competenze». Aggiunge che, «oltre ad alimentare la crescita economica, i migranti offrono alle nostre società un contributo sociale e culturale. Per tutte queste ragioni...» la Commissione propone di ripartire in materia di migrazione economica avviando «entro la fine del 2012 una consultazione che promuova un ampio dibattito con gli Stati membri, le parti sociali e i vari portatori di interessi, sul ruolo che dovrebbero avere le politiche europee per sfruttare le potenzialità della migrazione economica in epoca di crisi» (Relazione Commissione europea, p. 5). L'armonizzazione Ue, nella materia specifica, si è limitata all'approvazione di alcune direttive (la Direttiva n. 2008/115, la Direttiva n. 2009/52): una serie di atti chiama-

ti a regolare il 32,5% dei quasi 2,5 milioni di primi permessi di soggiorno ai cittadini di paesi terzi per l'esercizio di attività remunerate (33).

La presa d'atto del fallimento non è nemmeno velata; la risposta alla domanda appena posta non appare rassicurante: dieci anni dopo si ricomincia da capo, o quasi, a dimostrazione che gli interventi regolativi in materia di *labour immigration policy* sono sempre al di sotto delle aspettative.

L'auspicio è che la Commissione abbia la forza di tradurre le conclusioni di una nuova consultazione in linee concrete ed efficaci e non si lasci travolgere dalla logica securitaria che ha portato all'azzeramento dei risultati già raggiunti nel 2005 e delle suggestioni già in quella sede formulate. Al riguardo, un gruppo di ricercatori (34) ripropone serie linee guida per affrontare il tema della migrazione, non solo economica. La raccomandazione n. 1 («*The understanding of immigration*») contiene l'affermazione ricorrente, ripetuta e inascoltata fino a oggi: «*The correlation between employment policy and migration should therefore be taken very seriously and developed further*».

3. — *La Direttiva permessi e parità di trattamento dei lavoratori regolari. La prima fase d'influenza del diritto Ue sul diritto (anche del lavoro) nazionale* — Le direttive approvate in base alle disposizioni del Titolo V TfUe (ex Titolo IV TCe) sono un esempio concreto, tangibile delle politiche generali ricostruite nel paragrafo precedente; atti normativi vincolanti chiamati a tradurre linee politiche e istituzionali generali in concrete direttrici per la migrazione economica; occasione per riflettere non sul modello sociale del cittadino Ue, ma sul suo doppio: il lato riflesso dei lavoratori *extra* Ue. L'oggetto di attenzione è appunto il lavoro, il diritto che se ne occupa, sia in termini di regolazione del mercato della manodopera straniera, sia con riguardo al contratto di lavoro dello straniero. Una tale specifica attenzione disciplinare consente, d'altronde, di rendere rilevanti nel presente contesto solo le questioni che incidono direttamente o indirettamente sulla materia trattata, senza dedicarsi a una minuta ricostruzione dei contenuti delle direttive. Come per le linee politiche, anche per il diritto derivato, la produzione *before e after* Lisbona non risulta segnata da una sostanziale soluzione di continuità tra il passato e il presente; una rottura in real-

---

(33) Nella «Terza relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo» (p. 3), dalla quale si ricavano i dati riportati, si aggiunge altresì che la restante parte degli accessi è ripartita tra motivi familiari (30,2%) e per motivi di studio (20,6%), mentre motivi diversi coprono il restante 17% (protezione, soggiorno senza permesso di lavoro ecc.).

(34) S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu...*, spec. 11.

tà registratasi solo nel 2001 con il deciso cambio di rotta in materia, segnato dal sostegno alla criminalizzazione e a ogni forma di controllo delle migrazioni, sostenuto politicamente dalla lotta al terrorismo dopo gli attentati del mese di settembre. La traccia precisa della rilevanza securitaria si ritrova nell'abbandono del termine circolazione dalla rubrica del Titolo V del TfUe. Escludendo il settore dell'asilo e della gestione delle frontiere, per soffermarsi sull'immigrazione, si segnala, per esigenze di completezza, la Direttiva n. 2003/86 sui ricongiungimenti familiari (35) e la Direttiva n. 2003/109 relativa allo *status* di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo nell'Ue. *After* Lisbona, ovvero il progetto voluto nel semestre francese dell'immigrazione «scelta e concertata», si accompagna all'approvazione – in sostanziale continuità con gli atti programmatici del 2005 e del 2006 – di quattro direttive e dell'elaborazione di altre due in attesa di approvazione.

Allo stato attuale e prescindendo da ogni operazione di futuro consolidamento regolativo mediante un codice dell'immigrazione dell'Unione europea, più o meno innovatore degli assetti regolativi dati (36), l'intervento del legislatore *unioneuropeo* dedicato al lavoro può considerarsi ispirato, in primo luogo, alla frammentazione del modello di intervento mediante distinzione al suo interno tra posizioni dei lavoratori *extra* Ue aventi bassa e alta professionalità (Direttiva n. 2009/50); oppure tra lavoratori stagionali e non stagionali, come indicato nella proposta di Direttiva del 13 luglio 2010 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi per motivi di lavoro stagionale [Com(2010)379 def.]; oppure ancora distinguendo la mobilità *extra* aziendale da quella a seguito di un'impresa, come inserito nella proposta sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nel contesto di un trasferimento endoaziendale [Com(2010)378 def.]. Occorre anche aggiungere al quadro regolativo la Direttiva n. 2011/98, dedicata a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro. Tale direttiva appare un intervento che uniforma diritti e procedure «per sottrazione»; un cauto tentativo di riaffermare le

---

(35) P. Morozzo Della Rocca, *Il diritto all'unità familiare in Europa, tra «allargamento» dei confini e «restringimento» dei diritti*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, 1, p. 63; Idem, *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano, 2012, p. 457.

(36) S. Peers, *An Eu immigration code...*, cit., p. 33.

competenze (pressoché esclusive degli Stati membri) e, nel contempo, uniformare le procedure e affermare un declassato principio di parità di trattamento per i lavoratori regolari. In secondo luogo, lo stesso legislatore è ispirato dalla logica repressivo-sanzionatoria (dei datori di lavoro: Direttiva n. 2009/52) senza riguardo alcuno per la posizione e/o le vulnerabilità dei lavoratori irregolari (37), e alla tecnica dell'allontanamento degli irregolari, in generale (Direttiva n. 2008/115): due direttive che rispondono alla stessa logica, come conclude la totalità della dottrina che le ha analizzate (38).

La scelta di concentrarsi sulla Direttiva permessi e parità di trattamento dei lavoratori regolari è motivata da ragioni diverse. La tutela (solo eventuale) dei diritti del lavoro dello straniero ha indotto il legislatore Ue a intervenire con la prima direttiva completamente approvata in base alla procedura ordinaria regolata dal Trattato (39). Già dal titolo prescelto, si comprende che l'immigrazione è l'area privilegiata mediante la regolazione di un «procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro»; a questo prefisso, si aggiunge un mero suffisso collegato al primo, dedicato al lavoro: «e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro». Accompagnata dall'*opt-out* di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca (Considerando 33 e 34), ed escludendo la competenza nazionale in materia di flussi (che viene fatta salva: art. 1, comma 2), si istituisce una procedura unica per il rilascio di un titolo unico di soggiorno «che comprenda sia il permesso di soggiorno sia i permessi di lavoro in un unico atto amministrativo» (Considerando 3 e art. 1). L'ambito di applicazione, specificato dall'art. 3, comprende i cittadini di paesi terzi che chiedono di soggiornare in uno Stato membro a fini lavorativi, i cittadini *extra* Ue ammessi per fini diversi dall'attività lavorativa ai quali è consentito lavorare e, ovviamente, i cittadini *extra* Ue ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi, a norma del diritto dell'Unione europea o nazionale. Il comma 2 con-

---

(37) I. Daugareilh, *La pénalisation du travail irrégulier...*, p. 268.

(38) L. Dubin, *Propos introductifs. La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne...*, cit.; E. Dewhurst, *The right of irregular immigrants to outstanding remuneration under the Eu sanctions Directive*, in *European journal of migration and law*, 2011, 13, p. 389; D. Gottardi, *La normativa e le politiche europee recenti sull'immigrazione. Due volti o solo uno?*, in *Lav. dir.*, 2009, p. 517; E. Guild, *Eu policy on labour migration. A first look at the Commission's Blue Card initiative*, Centre for european policy studies, Bruxelles, 2007, in [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu).

(39) S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu...*, spec. 4.

tiene un lungo elenco di esclusioni (almeno 12, tra cui i lavoratori stagionali, considerato il loro *status* temporaneo, anche se la relativa direttiva non risulta ancora approvata: Considerando 9) che avevano motivato l'opposizione del Parlamento europeo all'approvazione della proposta di direttiva nell'ambito della procedura di codecisione (40).

Il permesso unico e la procedura unica sono governati da linee guida ricavabili dalla lettura dei Considerando della direttiva e consistono nei riferimenti a tempestività, efficacia, flessibilità, trasparenza, equità, adeguatezza alla certezza del diritto, particolarmente significativi per ordinamenti giuridici come quello italiano caratterizzati da estrema farraginosità delle procedure. Gli artt. da 4 a 10 sono comprensivi dei diritti da pagare da parte dei richiedenti il permesso: un importo «proporzionato» e «basato sui servizi effettivamente prestati per il trattamento delle domande e il rilascio dei permessi». Di estremo interesse appare, in questo contesto di chiara matrice procedurale, la parte aggiunta sul rispetto dei diritti legati all'esistenza del permesso unico di lavoro, non senza aver ricordato, nei Considerando introduttivi, che la Direttiva n. 2011/98 «rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conformemente all'art. 6, paragrafo 1, TUE» (Considerando 31), dopo aver richiamato lo stesso diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea (Considerando 29). Dopo aver ricordato che, durante il suo periodo di validità, «il permesso unico rilasciato ai sensi del diritto nazionale autorizza il titolare quanto meno a» entrare, soggiornare e accedere a tutto il territorio dello Stato membro per svolgere «specifica attività lavorativa autorizzata dal permesso unico conformemente al diritto nazionale», oltre che a «essere informato dei diritti conferitigli dal permesso in virtù della presente direttiva e/o del diritto nazionale» (art. 11), l'art. 12 successivo è dedicato al «Diritto alla parità di trattamento per i lavoratori regolari», ampiamente derogato e del quale occorre verificare la conformità alla Convenzione OIL n. 143/75, con il quale condivide lo stesso oggetto di regolazione, ma un diverso campo di applicazione. Lo stesso Considerando 28 riconosce che la direttiva «dovrebbe applicarsi senza pregiudizio delle disposizioni più favorevoli contenute nel diritto dell'Unione e negli strumenti internazionali applicabili».

Alla data del 25 dicembre 2013, l'Italia dovrà adeguare la propria normativa in materia di permessi d'ingresso alla Direttiva n. 2011/98, significativamente intitolata a una procedura di domanda per il rilascio di un ti-

---

(40) S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu...*, spec. 4.

tolo combinato che comprenda sia il permesso di soggiorno, sia il permesso di lavoro, ovvero un unico atto amministrativo con la finalità di contribuire «alla semplificazione e all'armonizzazione delle norme che vigono attualmente negli Stati membri» (Considerando 3). Oltre a semplificazione e uniformizzazione delle procedure, dai Considerando introduttivi della direttiva emergono linee interpretative importanti per gli Stati membri chiamati a trasporre l'atto entro i termini previsti: legame tra permesso e primo ingresso, tempestività delle procedure (che deve diventare unica), efficacia e gestibilità della stessa, trasparenza ed equità «in modo da garantire agli interessati un livello adeguato di certezza del diritto» (Considerando 4 e 5). Gli articoli dedicati strettamente alla procedura sono contenuti nel Capo II della Direttiva n. 2011/98 (artt. 4-11). Di estremo interesse pare, con riguardo all'Italia, la parte relativa alla trasformazione del titolo di permesso e quella relativa alle garanzie procedurali per il richiedente il permesso, così come la fissazione degli eventuali diritti da pagare, il cui importo deve essere «proporzionato e può essere basato sui servizi effettivamente prestati per il trattamento delle domande e il rilascio dei permessi» (art. 10).

Dal permesso unico derivano diritti tassativamente indicati dall'art. 11, ovvero quello di entrare e soggiornare, accedere liberamente a tutto il territorio dello Stato membro e di svolgere la specifica attività lavorativa autorizzata «conformemente al diritto nazionale» (lett. *a, b, c*). La successiva lett. *d* aggiunge anche il diritto a «essere informato dei diritti conferitigli dal permesso in virtù della presente direttiva e/o del diritto nazionale». Confermato che il *quantum* degli accessi non è oggetto di armonizzazione (la determinazione dei flussi è fissata a livello nazionale), ed escluso altresì che l'Ue intervenga sul se della fissazione di una quota annuale di accessi, la Direttiva n. 2011/98 non uniforma le condizioni di accesso, ma solo le relative procedure. Il Considerando 19 ammette la «mancanza di una normativa orizzontale a livello di Unione» e, di conseguenza, «i cittadini dei paesi terzi hanno diritti diversi a seconda dello Stato membro in cui lavorano e della loro cittadinanza». La fissazione di uno standard di trattamento idoneo a ridurre le disparità di diritti tra i lavoratori cittadini Ue e quelli *extra* Ue, che non beneficiano dello *status* di soggiornanti di lungo periodo, «mira a creare condizioni di concorrenza uniformi minime nell'Unione». Lo stesso Considerando 19, che rappresenta l'anello di congiunzione sostanziale tra la proposta di Direttiva n. 386/2001 e l'attuale in vigore nell'ordinamento Ue, aggiunge poi che ai «fini della presente direttiva un lavoratore di un paese terzo dovrebbe essere definito, fatta salva l'interpretazione del concetto di rapporto di lavoro in altre disposizioni del diritto dell'Unione, come un cittadino di un paese terzo che è stato ammesso nel territorio di uno Stato mem-

bro, che vi soggiorna regolarmente e a cui è ivi consentito lavorare conformemente al diritto o alla prassi nazionale nel contesto di un rapporto di lavoro retribuito» (testo ripreso integralmente dall'art. 2, lett. *b*).

Il lavoro (e il relativo contratto) rappresenta la finalità della migrazione, ovvero dello spostamento di persone in ingresso nell'Ue con acquisizione del titolo per soggiornarvi regolarmente; una situazione che viene equiparata a quella di chi ha avuto accesso a un titolo diverso dal lavoro, un titolo che risulta in seguito trasformato; lo stesso tema comprende, altresì, coloro che già sono ammessi nel territorio nazionale a fini di lavoro (almeno per la parte della direttiva relativa ai diritti nascenti dal rapporto di lavoro in base al Capo III). La direttiva non pare incidere sul modello nazionale di accesso per lavoro in Italia; quel modello descritto significativamente in «lavoro + ingresso» (41): non troviamo indicazioni relative al momento della stipula del contratto (o al ricevimento di una proposta di lavoro o se tale proposta deve essere perfezionata) prima dell'ingresso nel nostro paese, facendo anzi salvezza delle diverse regole nazionali esistenti e delle relative prassi (argomentando dall'art. 11 «Diritti derivanti dal permesso unico», che nella lett. *c* consente lo svolgimento della «specifica attività lavorativa autorizzata dal permesso unico conformemente al diritto nazionale» richiamato anche nelle precedenti lett. *a* e *b*, con riguardo all'ingresso, soggiorno e accesso libero a tutto il territorio nazionale). Nessuna indicazione può ricavarsi nemmeno in ordine al supporto di un sistema quale quello della *sponsorship* regolato in Italia prima del 2002. Del resto, la direttiva ha un campo di applicazione ridotto e interviene solo sulla procedura unica e sul titolo combinato d'ingresso, soggiorno e lavoro e, in via secondaria e consequenziale, sancisce il diritto alla parità di trattamento del lavoratore regolarmente soggiornante.

Nonostante il confronto tra i contenuti della proposta del 2001 e l'intervento del 2011 sia nettamente a sfavore del secondo, l'art. 3, letteralmente, si esprime in termini di cittadini Ue che chiedono di soggiornare a fini lavorativi, che sono stati ammessi a fini lavorativi e che sono stati ammessi per fini diversi dal lavoro, ma il cui titolo risulta modificato. Lunghissimo l'elenco dei cittadini *extra* Ue cui non si applica la direttiva (lett. da *a* a *l*): la ragione per cui il Parlamento europeo inizialmente non aveva approvato il progetto (42). Il comma 3 dell'art. 3 consente agli Stati

---

(41) A. Guariso, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *D&L*, 2006, 1, p. 35.

(42) S. Carrera, A. Faure Atger, E. Guild, D. Kostakopoulou, *Labour immigration policy in the Eu...*, cit.

membri di non applicare l'intero Capo II «procedura unica di domanda e permesso unico», «ai cittadini di paesi terzi che sono stati autorizzati a lavorare nel territorio di uno Stato membro per un periodo non superiore a sei mesi o che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini di studio». In termini di capacità di completezza e incisiva armonizzazione dei sistemi regolativi nazionali, questo intervento recente deve essere oggetto di un'interpretazione tesa a valorizzare il possibile effetto di semplificazione e, fors'anche, di razionalizzazione delle regole relative alla migrazione economica in Italia. Come è già stato rilevato per le altre direttive approvate in base al Titolo V TfUe, anche una direttiva tanto criticata come la cd. direttiva della vergogna (Direttiva n. 2008/115) può concorrere a produrre un sensibile effetto di miglioramento dell'ordinamento nazionale, seppur non generalizzato (43). In effetti, i casi *El Dridi* e *Achughabian* hanno consentito di valorizzare la dimensione di tutela dei diritti dei cittadini *extra* Ue concorrendo, nel contempo, a una migliore distinzione tra procedimento penale e amministrativo nell'ambito dei rimpatri, imponendo agli Stati membri di verificare l'eventuale commistione dei diversi piani di intervento e delle relative conseguenze giuridiche (nello specifico in tema di espulsione amministrativa e penale).

Già da una sommaria lettura della Direttiva n. 2011/98, considerando le finalità che è chiamata a perseguire e il relativo contenuto, pare che un margine di miglioramento del procedimento nazionale per l'ammissione di lavoratori stranieri sia non solo possibile, ma addirittura probabile. Le farraginose tappe della procedura nazionale e la pluralità di titoli oggi esistenti (nulla osta al lavoro e visto d'ingresso) potrebbero essere trasformati, diventando la procedura più semplice e garantista e il titolo unico e più semplice da ottenere. Certo, la fase della trasposizione dovrebbe essere non meccanica, ma attenta all'effettività della tutela dei diritti riconosciuti nella direttiva (come il diritto a essere informati sugli stessi diritti derivanti dall'unico permesso: art. 11, Direttiva n. 2011/98). Molto interessante sarà, prima di tutto, la verifica in ordine alla legittimità del doppio limite all'ingresso per lavoro in Italia, ovvero la sovrapposizione del rispetto dei flussi (art. 21 del d.lgs. n. 286/1998) e delle condizioni previste dalla concessione del nulla osta al fine dell'ottenimento del visto d'ingresso (art. 22 T.U.), con allungamento a dismisura dei tempi di attesa del titolo di acces-

---

(43) S. Slama, *La transposition de la Directive «retour»: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?*, in L. Dubin (a cura di), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, p. 289, anche per un'importante rassegna delle reazioni della dottrina nazionale posta di fronte a tanto inaspettate conseguenze.

so. Il controllo della discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla gestione dei tempi delle procedure si prospetta un elemento di possibile tensione tra diritto nazionale e direttiva Ue che impone agli Stati membri tempestività nel rilascio dei permessi unici (Considerando 4 della Direttiva). Altrettanto interessante potrebbe diventare anche la verifica in ordine alla fissazione del momento a partire dal quale si applica il diritto di parità di trattamento e alle (meramente) eventuali verifiche in ordine al recupero di razionalità dell'intero sistema costruito attorno all'art. 5-bis del T.U. La più attenta dottrina nazionale (44) era intervenuta affermando che il diritto alla parità dovrebbe considerarsi già operativo nel momento in cui il (futuro) lavoratore entra nel nostro paese dopo aver ricevuto il visto dall'autorità consolare italiana nel proprio paese d'origine, senza aver ancora firmato il contratto di soggiorno. Al riguardo, lo stesso Autore aveva efficacemente scritto che «se si volesse accedere a un'interpretazione restrittiva della nozione di regolarmente soggiornante», riferendola strettamente al solo momento del possesso del permesso di soggiorno, si concorrerebbe a creare una sorta di corto circuito irrazionale, secondo il quale il lavoratore godrebbe della parità di trattamento solo se regolarmente soggiornante, ma diventerebbe regolarmente soggiornante solo in forza di un contratto stipulato prima che il principio di parità sia a lui applicabile, e che dunque potrebbe essere stipulato eventualmente anche a condizioni di disparità (45). La proposta era, in sostanza, legata al bisogno di accedere a un'interpretazione estensiva del concetto di regolarmente soggiornante in modo da affrontare, da una parte, il mancato perfezionamento del contratto di lavoro (che rimane sottoforma di mera proposta) e, dall'altra, la mancanza di un permesso di soggiorno in quanto privi ancora di un contratto. Il (futuro e di ritorno dal paese d'origine) lavoratore si trova in un limbo. La tutela della posizione del migrante affermata dalla Convenzione Oit n. 143/75 non può escluderlo dall'ambito di operatività della stessa, considerato anche lo specifico linguaggio dei diritti in essa utilizzato, ma tale interpretazione è spendibile solo in uno Stato, come l'Italia, che ha ratificato tale Convenzione.

Pare importante chiedersi quale risposta, in ordine al funzionamento del diritto alla parità di trattamento, potrebbe arrivare dal diritto dell'Unione europea posto di fronte alla stessa fusione nel contratto di soggiorno per lavoro subordinato di un titolo di soggiorno e di quello per lo svolgimento di

---

(44) A. Guariso, *Durata del permesso di soggiorno e durata del rapporto di lavoro, il prevedibile tramonto di un mito della Bossi-Fini*, in *D&L*, 2009, 1, p. 166.

(45) A. Guariso, *Durata del permesso di soggiorno...*, p. 167.

lavoro regolare. Il momento a partire dal quale può considerarsi prescritto il diritto alla parità di trattamento in base alla Direttiva n. 2011/98 diventa, quindi, centrale nella ricerca dell'equilibrio sistematico tra i due titoli (di ingresso e di lavoro); una ricerca estensibile anche all'apprezzamento giuridico della scelta di riversarli in un unico contratto, del quale la giuslavoristica discute la natura proprio perché permane ambigua.

Rileggendo la parte finale del Considerando 19 (così come riversata anche nell'art. 2, lett. *b*, dedicata alla definizione di lavoratore), ai fini della Direttiva n. 2011/98, un lavoratore di un paese terzo dovrebbe essere definito «come un cittadino di un paese terzo che è stato ammesso nel territorio di uno Stato membro, che vi soggiorna regolarmente e a cui è ivi consentito lavorare conformemente al diritto o alla prassi nazionale nel contesto di un rapporto di lavoro retribuito». Il diritto alla parità di trattamento *ex art.* 12 della Direttiva n. 2011/98, inoltre, è considerato applicabile ai lavoratori indicati dall'art. 3, lett. *b* e *c*, con esclusione di coloro che risultano indicati nella lett. *a*, ovvero i non lavoratori, cioè quei cittadini che chiedono di soggiornare in uno Stato membro a fini lavorativi, ma che ancora non lo sono.

Dall'assetto delle regole appena ricordate può svilupparsi un percorso argomentativo da verificare proprio nella futura fase traspositiva della Direttiva n. 2011/98. Dal combinato disposto dell'art. 12, comma 1, e art. 3, lett. *b* e *c*, può dedursi che occorre il soggiorno regolare e il contratto di lavoro perfezionato per vedersi riconosciuto il diritto alla parità di trattamento. Come a dire che il diritto dell'Ue non si preoccupa del corto circuito interpretativo, poco sopra evidenziato, che potrebbe originarsi dall'ingresso regolare senza previa firma del contratto con effetto di potenziale violazione del diritto alla parità di trattamento (46). Considerate le finalità della direttiva, questa conclusione non può certo significare che i contratti di lavoro sono legittimati a ledere il diritto alla parità di trattamento perché il cittadino *extra* Ue non ha il titolo di soggiorno idoneo a renderlo regolarmente soggiornante in quanto non perfezionato. Può significare solo che il diritto dell'Ue e il diritto di parità di trattamento affermato nella Direttiva n. 2011/98 potrebbero aiutare a considerare illegittima ogni poco chiara distinzione tra procedura amministrativa e contratto di soggiorno per lavoro dello straniero. Le ambiguità del contratto regolato dall'art. 5-*bis* del T.U. potrebbero essere risolte mediante corretta valorizzazione, seppur ritardata, del permesso di soggiorno per lavoratore subordinato cui si ispira (oggi come ieri) l'intervento di

---

(46) A. Guariso, *Durata del permesso di soggiorno...*, p. 167.

armonizzazione dell'Ue, mediante verifica (da effettuarsi nella fase traspositiva o, alternativamente, nelle aule giudiziarie) del funzionamento del complesso dell'insieme delle disposizioni dedicate all'ingresso dello straniero in Italia per ragioni di lavoro: artt. 5, 5-*bis*, 21 e 22 del T.U. e artt. 8-*bis*, 35, 36-*bis* e 37 del d.P.R. n. 394/1999, il relativo decreto di attuazione. Senza dimenticare, d'altronde, un ulteriore percorso argomentativo da sviluppare, a partire dal funzionamento del diritto alla parità di trattamento sancito dalla Direttiva n. 2011/98. A partire dalle considerazioni elaborate dalla dottrina costituzionalistica, che ritiene leso il diritto di parità di trattamento da parte dello stesso art. 5-*bis* imponendo al datore di lavoro obblighi ulteriori per la sola assunzione del cittadino *extra* Ue, si potrebbe rafforzare l'effetto di disvalore complessivo di tali obblighi ulteriori segnalando proprio la finalità della direttiva espressa nel Considerando 19 a supporto di un giudizio di non conformità al diritto dell'Ue: la direttiva contiene disposizioni che «mirano a creare condizioni di concorrenza uniformi minime nell'Unione», riconoscendo che i cittadini di paesi terzi «contribuiscono all'economia dell'Unione con il loro lavoro e il loro versamento di imposte a fungere da garanzia per ridurre la concorrenza sleale tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi derivante dall'eventuale sfruttamento di questi ultimi».

La prima fase dell'influenza del diritto dell'Ue sul diritto nazionale (anche del lavoro) è destinata a produrre segnali tangibili nell'ordinamento nazionale proprio dall'insieme delle direttive approvate in base al Titolo V TfUe. Le sollecitazioni comprendono la semplificazione dell'accesso dei lavoratori stagionali, un approfondimento del funzionamento del principio di parità di trattamento complessivo del lavoratore straniero regolare e irregolare; un confronto che deve essere effettuato anche con riguardo al più limitato diritto al pagamento delle retribuzioni e dei relativi arretrati, con corredo di contributi previdenziali in base all'art. 2126 cod. civ. Di estremo interesse appare anche la verifica sulle scelte discrezionali del datore di lavoro relativamente al *se* ricorrere all'eventuale procedura di emersione avviata a livello nazionale in termini di legittimità; un'eventualità tutt'altro che peregrina in paesi come l'Italia, nei quali il mercato del lavoro realmente esistente degli stranieri è lontano dalla rappresentazione giuridica offerta di un diritto solo formalmente vigente, ma sostanzialmente inefficace. Il confronto non potrà non includere la stessa conformità alla Carta dei diritti fondamentali della scelta compiuta dal legislatore Ue di escludere il riconoscimento di un diritto all'emersione a chi denuncia il lavoro irregolare che potrebbe assumere an-

che la configurazione di «grave sfruttamento lavorativo»; un'ipotesi oggi legificata di cui occorre interpretare correttamente gli elementi costitutivi al fine dell'utilizzo del permesso *ex art. 18 T.U. immigrazione* (modificato in base al d.lgs. n. 109/2012 di attuazione della Direttiva n. 2009/52). Senza dimenticare che particolarmente impegnativa sarà la stessa verifica anticipata dell'impatto della trasposizione della Direttiva n. 2011/98: una verifica di conformità che verterà sulla diluizione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato (ovvero del contratto di primo ingresso) in varie fasi collegate all'espletazione della procedura di emissione del permesso di soggiorno (47).

Questa nuova serie di riflessioni di matrice lavoristica o, più in generale, sociale pare trarre origine dall'*immigration policy* dell'Ue – il doppio del modello sociale delle origini nel quale non ha smesso di riflettersi – ponendo anche una questione di metodo non eludibile: superare la settorializzazione o l'isolamento delle questioni di lavoro degli stranieri aprendo le riflessioni giuridiche dell'Europa sociale anche a un bilanciamento ulteriore rispetto a quello classicamente rilevato tra la dimensione economica e/o della concorrenza e la dimensione sociale delle regole (tendenzialmente contenute nei Titoli IX e X del TfUe). Seppure si discuta della stessa esistenza del modello sociale europeo, il bilanciamento suppletivo necessario per una sua compiuta costruzione è quello tra sicurezza e prospettiva solidaristica o sociale per gli stranieri, non solo approfittando dell'opportunità offerta dal legame con quell'esile competenza sancita dall'art. 153, lett. g, TfUe, ma in termini più generali, nel rispetto delle competenze assorbenti del Titolo V in materia di *labour immigration policy*. La ricerca di un perimetro sociale entro il quale formulare considerazioni in materia di diritto del lavoro dell'Unione europea, ci pare debba comprendere, e non escludere, le questioni dei cittadini *extra Ue*. Una sua estensione pare destinata a favorire una rilettura genealogica della dimensione sociale comunitaria (48), tra un passato consolidato, un presente non certo semplice, ma un futuro (forse) meno incerto di valorizzazione dei diritti (multilivello) della persona in mobilità.

---

(47) Si consenta un rinvio a L. Calafà, *Migrazione economica...*, cit.

(48) E. Ales *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi «genealogica»*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 131.

## ABSTRACT

*In un volume monografico dedicato al modello sociale dell'Ue non può mancare un contributo dedicato al suo «doppio», ovvero agli altri, agli esclusi, i cittadini extra Ue che cercano lavoro nell'ambito dei processi di migrazione economica o che un lavoro ce l'hanno, non sempre regolare. La riflessione prende avvio dai primi programmi sociali del 1974 (la Risoluzione del Consiglio relativa a un programma d'azione sociale e il Programma d'azione in favore dei lavoratori migranti e delle loro famiglie) a supporto dell'idea che ispira la riflessione proposta: le radici del modello sociale sono binarie e includono nel discorso giuridico i lavoratori Ue e quelli extra Ue, alle origini accomunati nei processi di libera circolazione. Dopo una preliminare ricostruzione delle politiche Ue in materia da Tampere agli obiettivi di Europa 2020, l'Autrice si concentra sui risultati regolativi più recenti, dedicando particolare attenzione alla Direttiva n. 2011/98 dedicata ai permessi e alla parità di trattamento dei lavoratori regolari. L'attenzione nelle conclusioni viene posta sulla situazione italiana nella quale la prima, vera fase di influenza del diritto Ue sul diritto nazionale (anche del lavoro) pare in grado di incidere significativamente sugli standard regolativi in tema di lavoro degli stranieri.*

## THE SOCIAL BORDERS OF THE EUROPEAN UNION'S IMMIGRATION POLICY

*A monographic volume dedicated to the Eu social model cannot lack an essay focussing on its «double», that is to say the others, the left out, the extra-Eu citizens who look for a job in the context of processes of economic migration, or who already have a job, although it is not always declared. This analysis stems from the first social programmes of 1974 (the Council Resolution concerning a social action programme and the Action programme in favour of migrant workers and their families) in order to support the idea inspiring the following reflection: the roots of the social model are binary and include within the legal discourse both the Eu workers and the extra-Eu ones, initially associated in the processes of free movement. After a preliminary reconstruction of the Eu policies on the topic (from Tampere to Europe 2020), the Author focuses on the most recent regulatory results, paying particular attention to Directive n. 2011/98 concerning permits and the equal treatment of workers legally residing in a member State. The focus of the conclusions is set on the Italian situation where the first, real phase of impact of the Eu law on the national law (labour law included) seems to be able to significantly affect the regulatory standards in the field of foreigners' work.*

*Enrico Maria Mastinu* (\*)

## LA REGOLAMENTAZIONE CONTRATTUALE DEL CONFLITTO SINDACALE. VECCHI PROBLEMI E NUOVE TENDENZE

SOMMARIO: 1. Il contesto socioeconomico. — 2. Il quadro giuridico. La regolazione sindacale del conflitto. — 2.1. La disciplina a livello interconfederale. — 2.1.1. La qualificazione giuridica delle clausole di tregua sindacale: il piano degli effetti intersindacali di tipo reale. La sfera di applicazione degli accordi interconfederali separati. — 2.1.1.1. L'efficacia *orizzontale* delle clausole di tregua sindacale contenute negli accordi interconfederali. — 2.1.2. *Segue*: Il piano degli effetti interindividuali. Il diritto a percepire la cd. copertura economica fino alla data della stipula dell'accordo di rinnovo. — 2.2. La disciplina a livello nazionale di categoria. — 2.2.1. La qualificazione formale, l'efficacia e la giustizia abilità delle clausole di tregua sindacale contenute nella contrattazione nazionale di categoria. — 2.3. La regolamentazione in alcune esperienze di contrattazione aziendale. Gli accordi aziendali Fiat. — 3. Considerazioni conclusive: le tendenze in atto.

1. — *Il contesto socioeconomico* — Se si ha riguardo alle tre grandi tipologie di conflitto sindacale – quello sul rinnovo e sulla modificazione dei contratti prima della scadenza, quello sul riconoscimento degli interlocutori sindacali, quello sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi –, la fase attuale di sviluppo del sistema italiano di relazioni industriali è segnata da un livello basso di conflittualità sindacale.

Gli indicatori fondamentali – il numero di episodi di sciopero, il numero di lavoratori partecipanti, il numero di giornate di lavoro perdute – attestano univocamente questa realtà di fatto. Il 2008 è stato uno degli anni a conflittualità più moderata dal dopoguerra, mentre nel 2009, cioè nell'anno che ha registrato il calo più sensibile del Pil italiano in concomitanza con il primo dispiegarsi della crisi economica mondiale (1), vi è

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso il dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Cagliari.

(1) La crisi economica mondiale ha la sua origine remota nell'estate del 2007, con l'esplosione della bolla dei mutui *sub-prime*, ma è divenuta un fatto conclamato nell'ottobre del 2008 con il fallimento della banca d'affari americana Lehman Brothers. Nel quadriennio 2007-2010, l'andamento del Pil italiano è stato il seguente: +1,7% nel 2007; -1,3% nel 2008; -5,2% nel 2009; +0,8% nel 2010. Per il 2011 la stima di

stata una riduzione delle ore non lavorate pari al 48,6% rispetto all'anno precedente (2).

Al contempo, i principali indicatori di *tensione contrattuale* (il numero di lavoratori con contratto collettivo scaduto e il numero di mesi di vacanza contrattuale) mostrano che, nel 2010, i lavoratori con contratto scaduto in attesa di rinnovo e il periodo di durata della vacanza contrattuale per la generalità dei settori coperti da contratti collettivi si sono ridotti in modo significativo rispetto agli anni precedenti (3).

Sono dati che non devono stupire.

In Italia, se si eccettua il settore dei servizi pubblici essenziali (4), l'andamento della conflittualità è declinante da oltre un trentennio, secondo un moto orientato da fattori strutturali (5): un buon livello di coesione fra le parti sociali, consolidato negli anni novanta del secolo scorso dalla pratica della concertazione sociale a livello nazionale e locale (6); un sistema di relazioni sindacali ben strutturato e con sviluppate procedure di parteci-

---

crescita, in principio del 1,4%, è stata presto corretta al ribasso, sotto l'influenza negativa dell'accendersi di forti tensioni sul debito sovrano di alcuni paesi europei, fra i quali anche l'Italia. Nel 2012, infine, si è registrata una decrescita del 2,2%, dopo una previsione iniziale del 1,5%.

(2) Nello stesso 2009, l'incidenza delle ore non lavorate a seguito di vertenze per il rinnovo del contratto collettivo si è ridotta della metà rispetto all'anno precedente. Dati atinti dal Rapporto Cesos, *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa (2008-2009)*, pp. 107 e 117. Negli anni successivi fino a oggi, la conflittualità è rimasta bassa; gli scioperi di maggior rilievo e consistenza sono stati quelli indetti dalla Fiom-Cgil contro gli sviluppi contrattuali relativi agli stabilimenti Fiat, in specie quelli di Pomigliano e Mirafiori.

(3) Sul complesso dei settori economici e dei comparti del pubblico impiego, la percentuale di lavoratori con contratto scaduto (primo indicatore di tensione contrattuale) passa dal 39,4% nel 2002 al 16,1 nel 2009. Nello stesso arco temporale, il numero medio di mesi di vacanza contrattuale per il totale dei dipendenti (secondo indicatore di tensione contrattuale) passa da 3,0 a 2,6, con un valore medio negativamente influenzato dalla cattiva performance del settore pubblico, che registra la cifra di 6,4 mesi di vacanza contrattuale. Fonte: Rapporto Cesos, *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa*, p. 123. Negli anni successivi, il 2011 e 2012, i dati complessivi peggiorano, ma per effetto di un fenomeno congiunturale quale è stato il blocco triennale della contrattazione nel settore pubblico, imposto dalla legge quale misura per superare la crisi finanziaria erariale (legge n. 122/2010).

(4) Cfr. *infra*, note 64 e 65.

(5) La tendenza è comune ai maggiori paesi industrializzati del mondo. Sul punto, riferimenti comparati in L. Corazza, *Tregua sindacale governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, pp. 619 ss. Per quel che riguarda i dati riferiti all'Italia, vedi *infra*, nota 7.

(6) L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, Bari, 1999, pp. 93 ss.; T. Treu, *Il patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo*, in *Dir.*

pazione sindacale; un contesto di bassa inflazione, che agevola le trattative per il rinnovo dei contratti collettivi (7); il progressivo spostamento dell'asse della produzione dal settore della grande industria manifatturiera e quello del terziario e dei servizi. A ciò si aggiunge, infine, che le fasi di grande crisi economica, quale è quella attuale, storicamente scoraggiano l'attività conflittuale e il nostro paese non si sottrae a questo *trend*.

In controtendenza con queste premesse, i dati sulla conflittualità, se disaggregati, sono meno tranquillizzanti di quanto appaia esteriormente. La riduzione della quantità di conflitti di lavoro si è accompagnata a una modificazione della composizione interna: nel 2008, i licenziamenti e le sospensioni dal lavoro furono responsabili di una percentuale bassa di ore non lavorate (il 4,2%), ma già nel 2009 quella percentuale è salita al 24,4%. Dal che un segnale dell'inasprirsi delle tensioni sul fronte occupazionale, tanto più preoccupante quanto più vanno esaurendosi le risorse a disposizione per gli ammortizzatori sociali in deroga (8). Vi è poi da considerare la ripresa in-

---

*rel. ind.*, 2000, pp. 123 ss., M. Biagi, *Il patto Milano lavoro: un'intesa pilota*, *ivi*, pp. 127 ss., F. Scarpelli, *Il patto Milano lavoro: le ragioni del dissenso*, *ivi*, pp. 135 ss.

(7) Se si correlano l'intensità degli scioperi e l'andamento dell'inflazione, i dati mostrano qualche oscillazione, ma nel complesso la tendenza è univoca. Nel 1975, il numero di conflitti in Italia è stato pari a 3.568 unità, con oltre dieci milioni di lavoratori partecipanti e oltre ventidue milioni di giorni di lavoro persi. Dieci anni dopo, nel 1985, il numero di conflitti ammonta 1.336 unità; il numero di lavoratori coinvolti è di poco superiore a un milione e duecentomila; il numero di giornate perse è pari a 22.673.000 unità. Nel 1995 i numeri sono, rispettivamente 545; 445.000; 796.000. Nel 2005, le statistiche riferiscono di 654 conflitti, con 961.000 lavoratori coinvolti e 794.000 giornate di lavoro perdute. Secondo altre aggregazioni e scansioni temporali, il numero di giornate di lavoro perse a causa di scioperi passa dalla cifra di 5.350.000 nel 1981 a quella di 1.447.000 nel 1991 e poi a quella di 880.000 nel 2001 e, infine, a quella di 632.000 nel 2008 (fonte: Rapporto Cesos, *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa*, p. 107). Al contempo, nel 1981, il tasso di inflazione è pari al 18,7%; nel 1991 scende al 6,4%; nel 1996 scende ancora al 3,9%; nel 1999 la percentuale è dello 1,6; nel decennio 2000-2009 oscilla fra lo 1,8 e 3,3. Nel 2012, il tasso di inflazione è stato del 3%, ma nel 2009 ha raggiunto il valore minimo dello 0,8%.

Nell'anno in cui la crisi economica ha raggiunto uno dei suoi culmini (2009), la bassa inflazione ha prodotto l'effetto di incrementare i salari reali. Rammento che, nel 2009, l'inflazione fu dello 0,8%, mentre le retribuzioni per dipendente registrarono un incremento annuo medio del 3,0%, il maggior aumento dal 1991 (dal 2,8% dei servizi privati al 3,4% dell'industria – fonte: Istat, *Annuario statistico, 2010*, nonché Cnel, *Rapporto sul mercato del lavoro, 2009/2010*, p. 132). Purtroppo anche questo congiunturale effetto economico positivo non si è ripetuto negli anni successivi: nel biennio 2011-2012 i salari reali hanno perduto quasi tutto il terreno guadagnato.

(8) C'è da dire che l'aumento della disoccupazione ha pesato in misura significativa sui lavoratori precari, i cui comportamenti conflittuali sono meno governabili.

flazionistica registrata nel 2011 e 2012, con il tasso di aumento dei prezzi al consumo salito del 2,4 e del 3% su base annua, contro lo 0,8% del 2009 (9). Ed è un altro aspetto di cui tenere conto, posto che la bassa inflazione protegge i salari reali, raffredda le tensioni nella fase di rinnovo dei contratti collettivi e contribuisce a ridurre le manifestazioni di lotta in appoggio di richieste di modifica del contratto collettivo prima della scadenza. Infine, la stretta nei conti pubblici, giustificata dai minori introiti fiscali, dovuti alla crescita negativa dell'ultimo quinquennio e alla necessità di rientrare dal *deficit*, ha prima ridotto e poi azzerato le risorse disponibili per i rinnovi contrattuali del pubblico impiego, suscitando non pochi malumori, in un settore dove sono occupati oltre tre milioni di lavoratori.

Sul terreno delle relazioni industriali, il quadro è oggi reso particolarmente instabile dalla clamorosa rottura consumatasi sul declinare del 2008 all'interno del fronte sindacale, ancora non ricomposta nonostante il riavvicinamento dell'inizio dell'estate del 2011 con la sigla dell'Accordo interconfederale sul sistema contrattuale del 28 giugno 2011, integrato il 21 settembre successivo. La Cgil, il maggior sindacato italiano, non ha sottoscritto l'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 e poi gli accordi interconfederali attuativi, siglati nel medesimo anno (10); è rimasta estranea agli accordi interconfederali sul salario di produttività del settore privato e del pubblico impiego (11); si è rifiutata di sottoscrivere gli accordi di rinnovo di alcuni importanti contratti collettivi nazionali di categoria (12); infine, per il tramite della sua più importante as-

---

Rispetto alla metà del 2008, alla fine del 2009, il numero di lavoratori temporanei era diminuito di 269.000 unità, pari all'11%. Per i lavoratori con contratti di collaborazione a progetto il calo è stato anche più sensibile (17,2%). Fonte: Cnel, *Rapporto sul mercato del lavoro 2009/2010*, p. 85.

(9) Dopo il primo trimestre del 2013 l'inflazione su base annua è di nuovo calata, attestandosi alla percentuale del 1,7%.

(10) All'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 hanno fatto seguito, nell'ordine: l'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 (per il settore industriale); l'Accordo interconfederale del 30 aprile 2009 (valevole per il pubblico impiego); l'Accordo interconfederale del 22 settembre 2009 (per il settore dell'agricoltura); l'Accordo interconfederale del 18 novembre 2009 (siglato da Confservizi); l'Accordo interconfederale del 23 luglio 2009 (per il settore artigiano). Da ultimo, il 24 ottobre 2011, è stato siglato l'Accordo quadro sugli assetti contrattuali per il settore creditizio, e questo è stato sottoscritto anche dall'associazione di categoria della Ccnl (la Fisac).

(11) L'Accordo per il pubblico impiego è stato siglato il 4 febbraio 2011; quello per il settore privato il 21 novembre 2012. In entrambi i casi fra i sottoscrittori non vi è stata la Ccnl.

(12) Fra i contratti rinnovati nel 2009/2011, la Cgil non ha sottoscritto quello per l'industria metalmeccanica del 15 ottobre 2009 (e neppure il rinnovo del 5 dicembre

sociazione di categoria, si è fieramente opposta alla stipulazione dei contratti aziendali del gruppo Fiat (*infra*, par. 2.3).

Simmetricamente, sulla sponda imprenditoriale, le società del gruppo Fiat hanno deciso l'uscita da Confindustria a decorrere dal 2012, con l'intento manifesto di sganciarsi dai vincoli della contrattazione nazionale di categoria, giudicati non compatibili con le esigenze imposte dalla competizione internazionale e con l'introduzione e l'impiego di modelli di organizzazione aziendale che comportano un più intenso utilizzo degli impianti e del fattore lavoro.

Nel contesto di queste spinte controtendenti, la disciplina negoziale del conflitto sindacale, dopo anni di relativo disinteresse, ha riguadagnato posizioni nell'agenda politico-sindacale e nella riflessione dei giuristi del lavoro. Tutti gli snodi fondamentali della materia sono (ri)chiamati in causa e (ri)messi in discussione: la qualificazione formale delle clausole di tregua sindacale; la loro efficacia e giustiziabilità; la titolarità del diritto di sciopero; i limiti al potere di disporre da parte del sindacato; più a monte, il metodo di trattazione dei conflitti nell'alternativa fra prevenzione e repressione (13).

---

2012) e quello per il settore del Commercio e terziario del 26 febbraio 2011. I problemi giuridici della contrattazione collettiva separata sono trattati negli scritti raccolti in q. *Riv.*, 2010, ove i contributi di F. Scarpelli, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, pp. 3 ss.; I. Regalia, M. Galetto, C. Tajani, *Osservazioni sulle relazioni industriali nei casi di contrattazione separata*, pp. 19 ss.; A. Lassandari, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, pp. 45 ss.; L. Giasanti, *Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro: gli effetti del conflitto intersindacale*, pp. 77 ss.; V. Bavaro, *Accordi separati ed enti bilaterali*, pp. 109 ss.; L. Zoppoli, *Lavoro pubblico: per un contratto di generale applicazione basta una rappresentatività piccola piccola?*, pp. 125 ss. Sullo stesso tema si veda anche A. Maresca, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2010, pp. 29 ss.; M. Miscione, *Il contratto collettivo dopo l'Accordo di Pomigliano d'Arco del giugno 2010*, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 859 ss.; A. Lassandari, *Problemi e ricadute della contrattazione separata*, cit., pp. 324 ss.; C. Romeo, *I nuovi scenari della contrattazione tra accordi separati e provvedimenti giurisdizionali*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, pp. 482 ss.; S. Liebman, *Sistema sindacale «di fatto», crisi dell'unità sindacale e rinnovi contrattuali separati: prime verifiche giudiziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 484 ss.

(13) Presso la nostra dottrina, il tema della tregua sindacale ha riscosso un vasto interesse, specialmente negli anni sessanta e settanta del secolo scorso. I termini del dibattito sono compiutamente riassunti in alcuni contributi, fra i quali segnalo: P. Tosi, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Aa.Vv.*, *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, *Atti del IX congresso nazionale di diritto del lavoro. Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988*, Giuffrè, 1989; T. Treu, *Il conflitto e le regole*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2000, pp. 285 ss.; M. Magnani, voce *Tregua*

Analizzare i nuovi prodotti dell'autonomia collettiva; collocarli all'interno del sistema contrattuale nel suo attuale stadio di evoluzione; raffrontarli criticamente con i modelli antecedenti; misurare l'adeguatezza di antiche soluzioni rispetto ai problemi e alle sfide del momento presente; infine, cogliere le indicazioni concernenti l'evoluzione e la tenuta del nostro sistema di relazioni sindacali: a queste incombenze sono rivolte le riflessioni che seguono.

2. — *Il quadro giuridico. La regolazione sindacale del conflitto* — Nel nostro sistema di relazioni industriali, la regolazione sindacale del conflitto collettivo è distribuita fra i tre livelli di contrattazione: interconfederale, nazionale di categoria e decentrato.

2.1. — *La disciplina a livello interconfederale* — A livello interconfederale, la disciplina dei conflitti collettivi di lavoro entra a far parte in modo stabile e strutturale dell'agenda sindacale con il Protocollo sulla politica dei redditi del 23 luglio 1993 (14). Nella parte dedicata agli assetti contrattuali, questo accordo combinò un'embrionale disciplina procedurale del rinno-

---

*sindacale*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, 1999, pp. 145 ss.; se vuoi, E.M. Mastinu, *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 26 ss., 137 ss., 170 ss., 196. Fra i contributi più recenti, oltre a quelli richiamati specificamente nelle pagine che seguono, si vedano G. Pino (diretto da), *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2005 (non vidi); L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Angeli, Milano, 2013 (non vidi).

(14) Precedentemente, impegni di tregua sindacale fecero occasionale comparsa all'interno di alcuni importanti accordi interconfederali (di seguito, A.I.) del primo dopoguerra, che disciplinarono singole materie e specifici istituti. Cfr. l'art. 1 dell'A.I. del 24 febbraio 1945; l'art. 37 dell'A.I. del 23 maggio 1946; l'art. 22 dell'A.I. del 27 ottobre 1946, nonché gli Accordi interconfederali sui licenziamenti individuali (18 aprile 1950) e sulle Commissioni interne (8 maggio 1953). Il Protocollo fra Governo e sindacati del 22 gennaio 1983 (cd. protocollo Scotti) non contiene la previsione di un esplicito obbligo di tregua sindacale; solo si limita a invitare le parti sindacali a predisporre «procedure aziendali di definizione di vertenze sull'applicazione dei contratti ed eventualmente di arbitrati collegati a pause di raffreddamento» (punto 13). È solo dopo il protocollo Ciampi del 1993 che la disciplina del conflitto ritorna a occupare la scena interconfederale con gli Accordi sulle procedure di conciliazione e di raffreddamento per il settore delle imprese e amministrazioni che erogano servizi pubblici essenziali (cfr. l'Accordo tripartito con il Governo del 23 dicembre 1998 per il settore dei trasporti; l'Accordo intercompartimentale del 31 maggio 2001 per le pubbliche amministrazioni; il Protocollo di intesa del 11 gennaio 2006, intitolato alla tregua sociale in occasione dei giochi olimpici e paralimpici invernali di Torino 2006).

vo del contratto collettivo di categoria (15) con un obbligo di tregua sindacale a efficacia temporalmente limitata alla fase delle trattative negoziali (tre mesi prima e un mese dopo la scadenza), presidiato da un peculiare meccanismo sanzionatorio o meglio compulsorio dell'adempimento, consistente nella posticipazione del diritto a percepire la speciale indennità, denominata *di vacanza contrattuale*, o nell'obbligo di erogarla in anticipo, a carico o danno della parte che avesse dato causa alla violazione del divieto di ricorso all'azione diretta nel periodo di raffreddamento del conflitto (16). Il terreno fu dunque quello dello sciopero che accompagna le fasi di stipula del contratto collettivo, cosicché l'obbligazione di tregua ebbe una durata temporalmente circoscritta (17).

---

(15) Paragrafo 2 del Protocollo 23 luglio 1993. La disciplina si articolò attorno alla previsione di un termine a ritroso di tre mesi prima della scadenza naturale del contratto collettivo di categoria per la presentazione delle piattaforme di rinnovo e di una copertura economica parziale per il periodo successivo alla scadenza del contratto non seguito da rinnovo: l'*indennità di vacanza contrattuale*. Per il resto, si rinviò alla stessa contrattazione di categoria, la quale avrebbe dovuto definire «le procedure per la presentazione delle piattaforme contrattuali nazionali, aziendali e territoriali, nonché i tempi di apertura dei negoziati al fine di minimizzare i costi connessi ai rinnovi contrattuali ed evitare periodi di vacanze contrattuali».

Nell'ampia letteratura sul Protocollo del 23 luglio 1993 si vedano: T. Treu, *L'Accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in q. *Riv.*, 1993, pp. 226 ss.; M. D'Antona, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l'autunno freddo dell'occupazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, pp. 422 ss.; M. Roccella, *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'Accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in q. *Riv.*, 1993, I, pp. 272 ss.; E. Ales, *Previsione di un periodo di raffreddamento nel Protocollo di intesa del 3 luglio 1993: spunti problematici*, in *Dir. lav.*, 1993, I, pp. 606 ss.; L. De Angelis, *Sull'indennità di vacanza contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pp. 507 ss.; M. Del Conte, *L'indennità di vacanza contrattuale nell'Accordo interconfederale del luglio 1993*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 215 ss.; R. Lambertucci, *Le procedure di raffreddamento del conflitto collettivo con particolare riferimento alla disciplina contenuta nel Protocollo del 23 luglio 1993*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, IV, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 278 ss.; S. Ciucciovino, *L'indennità di vacanza contrattuale*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, II, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 295 ss.; L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione*, cit., pp. 170 ss.; E. Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, pp. 136 ss.; M. Ricci, *Il Protocollo del 23 luglio del 1993 sul costo del lavoro: verso l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali*, in q. *Riv.*, 1993, I, pp. 292 ss.

(16) Punto 4, par. 2, del Protocollo del 23 luglio 1993. L'indennità di vacanza contrattuale era costituita da un importo commisurato al 30% del tasso di inflazione programmato (percentuale applicata alla retribuzione minima), dovuto a decorrere dal quarto mese successivo alla scadenza del contratto collettivo non seguito da rinnovo, elevato al 50% dopo i primi tre mesi di erogazione.

(17) Nel 2008 i rinnovi del contratto collettivo sono stati occasione di una porzione di ore non lavorate pari al 59,6% del totale. Cfr. il Rapporto Cesos, *Le relazioni*

Questa disciplina è stata modificata dall'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 e poi dagli accordi interconfederali attuativi, stipulati anche essi nel corso del 2009 (18).

Nel rinnovato assetto della struttura contrattuale, gli strumenti di trattazione del conflitto collettivo sono stati conservati, ma con un peso e una proporzione invertiti rispetto al passato. Sebbene sia stato mantenuto l'obbligo di tregua sindacale durante la fase delle trattative per il rinnovo del

---

*sindacali in Italia e in Europa*, p. 117. Annoto che la limitata estensione temporale dell'obbligazione di tregua sindacale nel periodo di raffreddamento consente e spiega la convivenza con gli altri impegni di tregua contenuti nei contratti collettivi di categoria, i quali hanno efficacia estesa a tutta la durata dei medesimi.

(18) L'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 sostituisce in via sperimentale e temporanea (quattro anni) il par. 2 del Protocollo del 23 luglio 1993. Ma a differenza di quest'ultimo ha un contenuto più programmatico che precettivo, tale da avere richiesto una successiva attuazione a livello interconfederale con i richiamati Accordi del 15 aprile 2009 (per il settore industriale), del 30 aprile 2009 (valevole per il pubblico impiego), del 22 settembre 2009 (per il settore dell'agricoltura), del 18 novembre 2009 (siglato da Confservizi). Il 23 luglio 2009 è stato anche sottoscritto un Accordo per il settore artigiano, ma questo, più che essere attuativo dell'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, fa corpo con un altro Accordo interconfederale di settore, quello del 21 novembre 2008, e l'uno e l'altro strutturano un sistema di contrattazione autonomo. Invece, l'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore creditizio del 24 ottobre 2011 sembra avere carattere definitivo e non temporaneo-sperimentale.

Nella già cospicua letteratura formata, segnalo i commenti di M. Napoli, *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese fra le parti sociali*, in *Jus*, 2009, pp. 443 ss.; M. Magnani, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, pp. 1278 ss.; F. Carinci, *Una dichiarazione di intenti: l'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 177 ss.; L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione dal protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *q. Riv.*, 2009, pp. 446 ss.; Idem, *L'attuazione dell'accordo quadro: pluralità dei sistemi contrattuali ed eterogenesi dei fini. Alcune note di sintesi*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 387 ss.; L. Corazza, *Note sull'apparato rimediabile del nuovo sistema di contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 341 ss.; A. Pandolfo, *L'Accordo quadro sugli assetti della contrattazione collettiva: una regolamentazione in fieri*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, pp. 208 ss.; V. Ferrante, *L'Accordo interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema della contrattazione collettiva: brevi note*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, pp. 1021 ss.; M. Ricci, *L'Accordo quadro e l'Accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 353 ss.; M. Corti, A. Sartori, *L'Accordo quadro per la riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, pp. 207 ss.; G.P. Cella, *Struttura contrattuale: una riforma incerta e non condivisa*, in *Quad. rass. sind.*, 2009, pp. 139 ss.; R. Voza, *Effettività e competenze nella contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 361 ss.; A. Lassandari, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, cit., p. 52; Idem, *Problemi e ricadute della contrattazione separata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 324 ss.

contratto collettivo, e anzi ne sia stata ampliata la dimensione temporale a sette mesi complessivi (di regola, sei mesi prima e un mese dopo la scadenza del contratto nazionale) (19), la disciplina sanzionatoria dello sciopero è stata allentata. Laddove nel Protocollo del luglio 1993 la violazione della tregua sindacale comportava una penalizzazione a carico dei lavoratori o dell'impresa, adesso la garanzia del divieto di ricorso all'azione diretta è stata sostituita con una quanto mai blanda facoltà di «chiedere la revoca o la sospensione dell'azione messa in atto»: formula utilizzata in quasi tutti gli accordi interconfederali attuativi di settore (20). Al contempo, la disciplina procedurale del rinnovo del contratto collettivo è stata rafforzata. Il termine per presentare le piattaforme è stato anticipato da tre a sei mesi prima della scadenza del contratto nazionale e si è aggiunto un preciso obbligo, per l'altra parte, di darvi riscontro nei venti giorni successivi (21). Dopo di che, all'osservanza di questi termini, è stato condizionato il diritto alla «copertura economica, nella misura che sarà stabilita dai contratti collettivi nazionali di categoria, a favore dei lavoratori in servizio alla data di raggiungimento dell'accordo di rinnovo»; erogazione monetaria che sostituisce la vecchia indennità di vacanza contrattuale (22). Se, inoltre, dopo sei

---

(19) In aggiunta, negli accordi del 2009, con la vistosa eccezione di quello valevole per il settore del pubblico impiego, l'obbligo di osservare il periodo di raffreddamento è stato esteso anche alla contrattazione di secondo livello (qui con una durata minore: tre mesi complessivi, due mesi prima e un mese dopo la scadenza: cfr. i parr. 2.4. e 3.5. dell'A.I. 15 aprile 2009, i parr. 2.4. e 3.5. dell'A.I. 18 novembre 2009; l'art. 5 dell'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore creditizio del 24 ottobre 2011); cosa, questa, che non accadeva nel protocollo Ciampi, anche se poi i contratti nazionali di categoria del settore privato e quelli di comparto per il settore pubblico lo prevedero autonomamente. Cfr., ad es., l'art. 38 del Ccnl 8 giugno 1999 per il settore metalmeccanico.

(20) Cfr. ancora il par. 2.4. dell'A.I. 15 aprile 2009, il par. 3, lett. *e*, dell'A.I. 30 aprile 2009, il par. 2.4. dell'A.I. 18 novembre 2009. Fa eccezione l'Accordo quadro (unitario) sugli assetti contrattuali per il settore creditizio del 24 ottobre 2011, il cui punto 4 prevede la sanzione della sospensione dei contributi sindacali, nei limiti previsti dall'art. 4, comma 2, legge n. 146/1990, a carico dell'organizzazione sindacale che abbia violato l'impegno di tregua durante il periodo di raffreddamento.

(21) Cfr. il par. 2.4. dell'A.I. 15 aprile 2009, il par. 2.4. dell'A.I. 18 novembre 2009 e il par. 3, lett. *b*, dell'A.I. 30 aprile 2009, qui con la precisazione che in quest'ultimo accordo, valevole per il pubblico impiego, non si è previsto anche l'obbligo di dare riscontro, entro venti giorni, alla proposta di rinnovo eventualmente formulata.

(22) Punto 6 dell'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, par. 2.4. dell'A.I. del 15 aprile 2009, par. 2.4. dell'A.I. 18 novembre 2009 e par. 3, lett. *c*, A.I. 30 aprile 2009. A proposito di quest'ultimo accordo, è da sottolineare che, nel pubblico impiego, la disciplina sindacale deve coordinarsi con il disposto dell'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, che prevede la possibilità di erogazioni monetarie in via unilaterale, a tito-

mesi non sia stato ancora raggiunto l'accordo, si è stabilito che le parti interesseranno un comitato paritetico, appositamente costituito a livello confederale per la gestione del nuovo sistema di contrattazione (23).

In relazione alla contrattazione di secondo livello, anche se solo in quella del settore privato, la spinta verso la procedimentalizzazione è stata anche più marcata (24). Si è dapprima prevista una procedura di rinnovo del contratto analoga a quella del contratto nazionale, solo con termine per la presentazione delle piattaforme contrattuali ridotto a due mesi prima della scadenza, anche qui con obbligo di riscontro entro i venti giorni successivi (25). Per rinsaldare i collegamenti fra i due livelli negoziali, nazionale e decentrato, si è poi disposto che le proposte di rinnovo siano sottoscritte congiuntamente dalle Rsu e dai sindacati territoriali aderenti alle federazioni che hanno stipulato il contratto nazionale e siano presentate, oltre che all'azienda, all'associazione territoriale alla quale questa è iscritta. Inoltre, si è prefigurato un intervento, in funzione di mediazione, delle organizzazio-

---

lo di anticipazione, nelle more del rinnovo dei contratti collettivi di comparto. È da precisare, inoltre, che la «copertura economica» prevista in caso di ritardo nel rinnovo del contratto collettivo è previsto spetti dal primo giorno successivo alla scadenza del contratto collettivo, mentre l'indennità di vacanza contrattuale, prevista nel protocollo Ciampi, spettava a decorrere dal quarto mese.

In materia di copertura economica durante la vacanza contrattuale si deve segnalare la singolarità dell'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore creditizio del 24 ottobre 2011, ove si è prevista l'erogazione di un apposito elemento della retribuzione pari al 30%, con decorrenza dal quarto mese (art. 4).

Si è fatto puntualmente notare che la sanzione opera solo a danno dei lavoratori, mentre nel caso in cui siano i datori di lavoro a non rispettare i termini per la conduzione delle trattative non è previsto alcun maggior onere (L. Corazza, *Note sull'apparato...*, cit., p. 344). Dal che un Autore ha messo in dubbio la liceità della clausola, in rapporto all'art. 1384, cod. civ. (V. Ferrante, *L'Accordo interconfederale...*, cit., p. 1035).

(23) Par. 2.4. dell'A.I. del 15 aprile 2009, par. 2.4. dell'A.I. 18 novembre 2009, par. 3, lett. f; A.I. 30 aprile 2009.

(24) Nel settore pubblico, i raccordi fra contratti collettivi di diverso livello sono rigidamente disciplinati dalla legge (art. 40, comma 3-*quinquies*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Donde una minore conflittualità delle relazioni negoziali a livello decentrato rispetto al settore privato e una minore attenzione al tema della prevenzione del conflitto in quest'area.

(25) Cfr. il par. 3.5. dell'A.I. 15 aprile 2009, il par. 3.5. dell'A.I. 18 novembre 2009 e l'art. 5 dell'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore creditizio del 24 ottobre 2011. Invece, nell'A.I. 30 aprile 2009, valevole per il pubblico impiego, nulla si dice circa la tempistica delle trattative a livello decentrato. Rammento che, a differenza del Protocollo del 23 luglio 1993, gli accordi interconfederali del 2009 contemplano l'obbligo di osservare la pausa di raffreddamento anche in relazione al rinnovo del contratto collettivo di livello decentrato. Cfr. *retro*, nota 19.

ni sindacali maggiori, se entro cinque mesi non sia stato raggiunto l'accordo (26). Infine, si è concordato di sottoporre ogni controversia concernente il funzionamento dei raccordi fra contrattazione nazionale e decentrata all'opera di conciliazione delle associazioni territoriali e nazionali stipulanti il contratto collettivo di categoria e poi alla cognizione di un collegio arbitrale, secondo modalità, termini e procedure da concordare a livello nazionale di categoria (27).

Con l'Accordo del 28 giugno 2011, il quadro si è arricchito di altri due elementi. Il primo, di contesto, è consistito nella adozione di regole condivise sulla rappresentanza sindacale. Il secondo, direttamente attinente alla disciplina dello sciopero, si è concretato nel riconoscimento esplicito, anche se superfluo, di uno spazio di agibilità per le clausole di tregua sindacale nella contrattazione aziendale, con limitazione espressa della portata dei loro effetti alla sfera intersindacale (28).

Nel confronto fra la vecchia e la nuova disciplina confederale, ciò che si osserva è dunque lo spostamento dell'asse della gestione del conflitto dal versante della repressione a quello della prevenzione, del che è testimonianza il maggior sviluppo della disciplina procedurale rispetto a quella sanzionatoria e repressiva, sostanzialmente smantellata.

Detto questo, pur in un contesto di bassa conflittualità (29), la minore attenzione prestata al profilo sanzionatorio/repressivo dello sciopero potrebbe rivelarsi una scelta non felice, oltre a essere in contraddizione con l'indicazione di «definire modalità per garantire l'effettività del periodo di tregua sindacale utile per consentire il regolare svolgimento del negoziato», contenuta nell'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 (punto 6). La via giudiziaria all'applicazione delle clausole di tregua sindacale non è mai stata efficacemente praticabile (30). E bene hanno fatto gli agenti sindacali interconfederali a puntare sulla procedimentalizzazione del conflitto intersindacale, ciò che corrisponde alla maturata consapevolezza circa la superiorità dei sistemi procedurali nella trattazione delle vertenze sindacali (31). Ma con tutto ciò, non vi era bisogno di smantellare l'apparato sanzionatorio

---

(26) Cfr. il par. 3.5. dell'A.I. 15 aprile 2009 e il par. 3.5. dell'A.I. 18 novembre 2009.

(27) Cfr. il par. 3.6. dell'A.I. 15 aprile 2009 e il par. 3.6. dell'A.I. 18 novembre 2009, sul cui contenuto precettivo richiamo specialmente le annotazioni svolte da V. Ferrante, *L'Accordo interconfederale...*, cit., p. 1032.

(28) Punto 6 dell'A.I.

(29) *Retro*, par. 1.

(30) *Infra*, par. 2.2.1.

(31) *Infra*, par. 2.2.

esistente, per quanto poco efficace lo si giudicasse. Tanto meno questa scelta si spiega se si considera che, nel nuovo assetto della contrattazione, è stata eliminata la periodicità biennale dei rinnovi della parte economica del contratto collettivo, che adesso ha durata triennale sia per la materia retributiva che per la restante parte normativa (32). E si sa che, in materia di salari, più è lungo l'intervallo fra un rinnovo e l'altro, più il percorso per raggiungere l'accordo può rivelarsi difficile e accidentato (33). Sul piano generale, inoltre, non è detto che le condizioni che hanno contribuito a ridurre il tasso di conflittualità nel precedente assetto, cioè un contesto di bassa inflazione e un buon livello di coesione fra le parti sociali, siano destinate a ripetersi anche in futuro, così da mantenere poco significativa la disciplina sanzionatoria dello sciopero. Occorre non scordare che alcuni importanti contratti di categoria non sono stati sottoscritti dalla Cgil e che una componente importante di questo sindacato continua a mantenersi su di una posizione polemica anche con le altre organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori, ciò che costituisce un fattore di permanente destabilizzazione del sistema, a fronte del quale potrebbe non rivelarsi un bene l'aver smantellato il vecchio apparato sanzionatorio (34).

---

(32) Cfr. i parr. 2.1. e 3.2. dell'A.I. 15 aprile 2009, i parr. 2.1. e 3.2. dell'A.I. 18 novembre 2009, i parr. 2, lett. a, e 4.2., lett. a, dell'A.I. 30 aprile 2009, e l'art. 1 dell'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore creditizio del 24 ottobre 2011. Invece, nel settore dell'agricoltura, è stata conservata la durata quadriennale con un rinnovo intermedio biennale della parte economica (A.I. 22 settembre 2009).

(33) Come testimonia l'esperienza di altri paesi europei, la previsione di cadenze fisse e ravvicinate per il rinnovo dei contratti collettivi può costituire un efficace mezzo di riduzione del tasso di conflittualità, perché tiene bassi i differenziali da recuperare. In Francia, dove pure è comunemente constatato un basso tasso di effettività delle procedure di composizione delle controversie collettive, qualche risultato positivo è stato ottenuto con l'introduzione della *negoziazione annua obbligatoria* su tre temi potenzialmente molto conflittuali (salari reali, durata effettiva del lavoro e organizzazione del tempo di lavoro). Sul punto, cfr. J.E. Ray, *La composizione dei conflitti collettivi di lavoro in Francia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2000, pp. 459-460. Si obietterà che l'Accordo quadro prevede un meccanismo di adeguamento permanente delle retribuzioni alle variazioni delle ragioni di scambio nel paese. Ma intanto detto meccanismo vale solo per il settore privato, e non anche per quello pubblico; in secondo luogo, i differenziali che consente di recuperare in corso di vigenza del contratto collettivo sono solo quelli dovuti a scostamenti *significativi* fra inflazione prevista e inflazione osservata; infine, la materia del contendere in fase di rinnovo del contratto collettivo può concernere anche temi diversi dal recupero dell'inflazione. Sul punto, se vuoi, cfr. M. Ricci, *L'Accordo quadro...*, cit., p. 361.

(34) Sul punto, oltre alle indicazioni contenute *retro*, par. 1, note 10 ss., cfr. L. Giasanti, *Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro: gli effetti del conflitto intersindacale*, in *q. Riv.*, 2010, pp. 77 ss.

2.1.1. — *La qualificazione giuridica delle clausole di tregua sindacale: il piano degli effetti intersindacali di tipo reale. La sfera di applicazione degli accordi interconfederali separati* — Negli accordi interconfederali del 2009, la disciplina procedurale della fase di rinnovo del contratto collettivo di lavoro e il correlato obbligo di tregua sindacale sono letteralmente imputati agli agenti negoziali sindacali. Donde la piana ascrizione al novero dei contenuti obbligatori intersindacali o alla parte obbligatoria del contratto collettivo di lavoro. Ma sul piano degli effetti intersindacali, le pattuizioni in argomento si caratterizzano per il fatto che esse disciplinano relazioni giuridico-obbligatorie, che non mettono capo agli agenti sindacali stipulanti a livello interconfederale, bensì alle associazioni minori loro affiliate in quanto parti di un contratto collettivo di livello minore (35). La previsione del divieto di azione diretta durante il periodo di raffreddamento, così come la disciplina della durata dei contratti collettivi nazionali e decentrati e poi di una serie di adempimenti e scansioni temporali nella fase delle trattative, con il correlato della speciale sanzione compulsoria indiretta dell'adempimento della quale si è detto, attengono a un rapporto giuridico obbligatorio intersindacale (e in questo senso individuale), che ha come parti sostanziali le associazioni minori affiliate, ossia le federazioni nazionali di categoria (a livello nazionale) o le associazioni territoriali (a livello decentrato) (36). Vincolate alla tregua e obbligate a comportarsi in un certo modo durante le trattative sono loro, non le confederazioni firmatarie dell'accordo (37), sulle quali grava semmai un distinto obbligo di influenza (38). Per

---

(35) E si intende bene il perché: la disciplina riguarda la contrattazione di categoria e quella aziendale; non direttamente il livello interconfederale, dove un obbligo di tregua non avrebbe alcun senso.

(36) L'attinenza delle pattuizioni in argomento alla disciplina di relazioni obbligatorie che hanno autonoma e distinta fonte a livello di categoria o decentrato è testimoniata, oltre che dalla normale ripetizione nei contratti collettivi di categoria e in quelli decentrati, dalla considerazione che si riferiscono solo a chi è già parte di un contratto collettivo, mentre non riguardano l'ipotesi di trattative per la stipula *ex novo* fra soggetti non precedentemente vincolati.

(37) Fa eccezione a questa regola l'Unione generale del lavoro (Ugl), la quale, unico esempio nel panorama sindacale italiano, è un'unitaria associazione nazionale, le cui articolazioni territoriali (le federazioni nazionali di categoria e le unioni territoriali del lavoro) costituiscono semplici propaggini organizzative, prive di autonoma identità associativa (arg. *ex artt.* 1 e 22, Statuto Ugl). Cosicché tutti gli obblighi assunti con il contratto collettivo gravano sull'associazione nazionale.

(38) Cfr. il par. 7.2. dell'A.I. 15 aprile 2009 e il par. 6.3. dell'A.I. 18 novembre 2009. A questa direzione, o meglio proiezione, del volere degli agenti sindacali interconfederali e quindi degli effetti degli accordi del 2009 allude implicitamente la dottrina quando afferma che «sono frutto diretto del consenso delle parti sottoscrittrici

ciò, pur avendo contenuto *obbligatorio intersindacale*, il regime di efficacia delle pattuizioni in argomento tende ad accostarsi a quello tipico delle regole negoziali a efficacia cd. *normativa*, potenzialmente idonee a inserirsi nei successivi contratti nazionali di categoria e aziendali stipulati dalle associazioni minori rappresentate, in funzione della disciplina di una relazione obbligatoria fra gli agenti sindacali (39). Tanto è vero che sono normalmente ripetute all'interno dei contratti collettivi nazionali di categoria o decentrati. Naturalmente si tratterà della normatività propria delle regole contrattuali, di tipo automatico o reale e non anche inderogabile, quindi operante all'interno della garanzia costituita da rapporti giuridici di natura obbligatoria, capace di esplicare i propri effetti solo se nel contratto di livello inferiore non sia prevista una regola contraria, non essendo qui richiamabile il meccanismo di sostituzione che fa leva sugli artt. 2077 e 2113 cod. civ. (40). Ne consegue che, ove il contratto collettivo di categoria o

---

e, al tempo stesso, proiettano il consenso su futuri atti contrattuali...» (così A. Pandolfo, *L'Accordo quadro...*, cit., p. 209). Anche se la forza vincolante non è di tipo *inderogabile*. Sulla distinzione fra efficacia inderogabile ed efficacia reale, cfr. *infra*, nota 40.

(39) La medesima struttura e il medesimo regime di efficacia della clausola di tregua sindacale in argomento è comune alle altre pattuizioni che hanno come parti associazioni sindacali complesse e come oggetto la disciplina di una relazione intersindacale concernente le associazioni minori loro affiliate, destinata a operare per il tramite della stipulazione di un contratto collettivo di livello inferiore: clausole di questo tipo, che pure instaurano una relazione giuridico-obbligatoria fra i soggetti sindacali, funzionano con modalità *normative* sui contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali minori, inserendosi al loro interno e divenendo regola del rapporto intersindacale a livello minore, in assenza di pattuizioni contrarie. Se, ad es., il contratto collettivo nazionale prevede la periodicità del rinnovo del contratto aziendale (o condiziona altrimenti la sua efficacia), la clausola sulla durata, contenuta nel primo, opera con efficacia *normativa* sul secondo (naturalmente se questo è stipulato da soggetti collegati a quelli che hanno sottoscritto il contratto nazionale), inserendosi nel suo contenuto in assenza di diversa pattuizione. Si consideri in proposito il caso previsto dall'art. 5, comma 4, del Ccnl per il comparto Regioni-Autonomie locali, siglato in data 1° aprile 1999, che contiene una regola di ultra attività del contratto collettivo decentrato integrativo scaduto, la cui efficacia si dispone debba protrarsi fino alla stipula del successivo contratto di pari livello. Qui, se il contratto integrativo decentrato non prevedesse espressamente una regola diversa – ossia se nulla disponesse sul suo regime di efficacia dopo la scadenza – varrà la regola della ultra attività, la quale penetrerebbe nel regolamento negoziale con efficacia reale. Un altro esempio rilevante è rappresentato dal caso in cui il contratto nazionale preveda, nella forma di una condizione risolutiva, una causa di risoluzione del contratto aziendale.

(40) Cfr., sul punto, A. Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 25 e 123 ss., ove la chiara messa a fuoco della distinzione fra l'efficacia *reale o automatica*, che è l'idoneità del contratto a disciplinare

aziendale, stipulato dalle associazioni (federazioni a livello nazionale e associazioni territoriali a livello decentrato) affiliate alle confederazioni firmatarie degli accordi interconfederali del 2009, nulla disponesse sui termini di durata o sul periodo di raffreddamento e/o sulla procedimentalizzazione della fase di rinnovo, le relative discipline diverrebbero comunque regola vincolante nel rapporto fra gli agenti sindacali negoziali a livello di categoria e decentrato (41). In forza del descritto meccanismo di penetrazione

---

direttamente una serie aperta di futuri rapporti negoziali fra le stesse parti o fra i soggetti da loro rappresentati senza che sia necessario un'apposita riproduzione o richiamo nel contratto fra questi stipulato, e l'efficacia *inderogabile o cogente*, che è l'idoneità della clausola collettiva a prevalere sulla difforme pattuizione individuale, propria della legge.

(41) In dottrina, questo profilo è stato trattato con riferimento alle clausole del Protocollo del 23 luglio 1993, che prevedevano una diversa periodicità per il rinnovo della cd. parte economica (biennale) e di quella cd. normativa (quadriennale). Ma l'affermazione secondo la quale queste avrebbero efficacia solo «fra le associazioni stipulanti» senza raggiungere «il livello di effetti considerati *reali*» (T. Treu, *L'Accordo del 23 luglio 1993...*, cit., p. 226) deve essere correttamente intesa. La pattuizione sulla periodicità del rinnovo dei contratti collettivi è rivolta a disciplinare una relazione giuridica che non mette direttamente capo alle confederazioni stipulanti il Protocollo, bensì alle federazioni di categoria affiliate. Sono, pertanto, queste ultime, non le prime a essere obbligate, in forza di una pattuizione che, pur non perdendo la sua connotazione di intersindacalità, si esprime con modalità di tipo *normativo*, ossia predisponendo compiutamente la regola di un rapporto obbligatorio destinata a divenire operativa tramite il canale della stipulazione di un successivo contratto (in questo caso un contratto collettivo di livello inferiore), che non contenga una pattuizione contraria.

Nell'ottica della possibile efficacia *reale* delle clausole pattuite a livello interconfederale mi sembra da condividere (ma limitatamente al paragrafo intitolato agli assetti contrattuali) l'affermazione secondo cui il Protocollo del 23 luglio 1993 ha un contenuto *prevalentemente normativo* (cfr. E. Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 136). Mentre non sottoscriverei l'opinione che ravvisa nella clausola di tregua in argomento i contenuti di un'intesa preliminare (M. Ricci, *Il Protocollo del 23 luglio del 1993 sul costo del lavoro: verso l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali*, in *q. Riv.*, 1993, I, p. 292). Idea da respingere in quanto qui manca l'assunzione di un obbligo alla stipula di un futuro contratto. Così come deve essere correttamente intesa la proposizione secondo la quale la clausola di tregua contenuta nel Protocollo del luglio 1993 sarebbe *immediatamente efficace* (E. Ales, *Previsione di un periodo di raffreddamento...*, cit., 1993, I, p. 606), perché quell'efficacia è *mediata* dalla stipulazione del contratto di categoria o anche decentrato che non contenga una volontà significativa di un diverso assetto di interessi.

Segnalo che a conclusioni opposte, ma sulla base della discutibilissima premessa che *tutte* le disposizioni del protocollo Ciampi conterrebbero delle semplici indicazioni di principio, o programmatiche, come tali prive di efficacia cogente immediata, è giunta una pronuncia della giurisprudenza di merito (Trib. Pistoia 8 febbraio 2000, a quanto mi consta, inedita). Invece, non contraddice la premessa dell'efficacia *reale*

ai livelli inferiori di negoziazione, acquista una precisa valenza giuridica la previsione contenuta nel punto 6 dell'A.I. 28 giugno 2011, in materia di tregua sindacale a livello aziendale. La precisazione secondo la quale le «clausole di tregua sindacale [...] hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori e associazioni sindacali» non sarebbe sufficiente a introdurre obblighi di tregua dove gli agenti sindacali di livello minore non li avessero previsti, ma ove invece l'avessero autonomamente fatto diventa materiale da interpretare in seno ai contratti aziendali siglati dai soggetti interni al circuito di rappresentanza associativa. Al lume dell'art. 1363 cod. civ., questo significa poter contare su di un argomento in più nel risolvere i dubbi interpretativi, ingenerati da formulazioni dubbie eventualmente utilizzate dalle parti a livello aziendale circa i destinatari degli impegni di tregua sindacale (42).

La capacità di proiettare i propri effetti oltre il piano interconfederale, in alcuni casi fino a conformare il contenuto di successivi contratti collettivi di categoria e aziendali (sempre, beninteso, in mancanza di pattuizione contraria), solleva un problema di efficacia intertemporale della nuova disciplina interconfederale, poiché gli accordi interconfederali del 2009 non sono stati firmati dalla Cgil, la quale dunque potrebbe avanzare pretesa di attestarsi sulla disciplina del protocollo Ciampi e quindi legittimamente pretendere l'applicazione delle vecchie regole in luogo delle nuove (43). È vero che il Protocollo del 23 luglio 1993 aveva un contenuto, per così dire, autoesecutivo, mentre gli accordi del 2009 hanno un grado di dettaglio minore, specialmente per quel che riguarda i profili sanzionatorio/compulsivi, che sono generici e indeterminati con riferimento alla tregua sindacale e richiedono programmaticamente un'integrazione a livello di categoria per quel che riguarda la proceduralizzazione delle fasi di rinnovo. E tuttavia, anzi proprio per questo, il problema rimane.

La soluzione più acconcia mi sembra quella di prendere atto che la sigla degli accordi del 2009 abbia comportato la disdetta implicita del pro-

---

delle clausole in argomento Cass. 4 febbraio 2009, n. 2700, che ha negato la penetrazione in un certo contratto collettivo (quello per i dipendenti dell'ente poste prima della privatizzazione) della disciplina sulla vacanza contrattuale contenuta nel protocollo Ciampi, ma lo ha fatto sulla scorta della duplice, corretta premessa, che il datore di lavoro, in quella specifica vicenda, non era vincolato alle statuizioni del protocollo e che il contratto di categoria prevedeva una disciplina compiuta e autonoma della vacanza contrattuale.

(42) Cfr. *infra*, par. 2.3.

(43) Cfr. L. Bellardi, *Concertazione...*, cit., p. 480.

to Collo Ciampi, da parte delle associazioni datoriali (44). Con l'effetto che la Cgil resta libera di stipulare i contratti collettivi con il contenuto che vuole, senza che le nuove regole esplichino su di questa associazione e su quelle minori affiliate alcun vincolo, ma anche senza poter invocare il contenuto o pretendere il rispetto delle vecchie regole concordate nel protocollo Ciampi, una volta venuti a scadenza i contratti collettivi di categoria siglati sotto quel regime (45).

2.1.1.1. — *L'efficacia orizzontale delle clausole di tregua sindacale contenute negli accordi interconfederali* — L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 solleva una questione inedita in materia di efficacia delle clausole di tregua sindacale: se sia possibile estenderne gli effetti nei confronti delle associazioni sindacali dissenzienti o comunque non firmatarie del contratto collettivo aziendale che le contenga. Il punto 6 dell'Accordo dispone che le clausole di tregua sindacale inserite nei contratti aziendali approvati dalle rappresentanze aziendali, costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che abbiano ricevuto la maggioranza delle deleghe dei lavoratori in azienda, vincolino «tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori e associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda». La formulazione non brilla per chiarezza, ma se si escludono dal novero dei destinatari dell'estensione di efficacia le rappresentanze sindacali aziendali, che non sono centro di imputazione di effetti giuridici, in quanto ritenute dai più prive di identità associativa e soggettività giuridica (46), si dovrebbe pensare alle associazioni sindacali terri-

---

(44) Così, a mio avviso correttamente, A. Pandolfo, *L'Accordo quadro...*, cit., p. 209, e con lui V. Ferrante, *L'Accordo interconfederale...*, cit., p. 1027, ma *contra*, M. Magnani, *I nodi attuali...*, cit., pp. 1279-1280. Peraltro, la disdetta sarebbe temporanea, poiché gli accordi interconfederali del 2009 sono dichiaratamente sostitutivi del paragrafo sugli assetti contrattuali, contenuto nel Protocollo del 23 luglio 1993, ma in via sperimentale, per un periodo di quattro anni (cfr. le premesse all'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 e agli Accordi interconfederali Confindustria del 15 aprile 2009 e Confservizi del 18 novembre 2009).

(45) Sul punto, cfr. A. Lassandari, *Le nuove regole...*, cit., p. 52; Idem, *Problemi e ricadute...*, cit., pp. 324 ss.

(46) Nell'esperienza italiana, la natura associativa delle istanze rappresentative dei lavoratori a livello aziendale è stata estranea sia al modello normativo contemplato dall'art. 19 della legge n. 300/1970, il quale è neutro sotto questo profilo, sia alla prassi sindacale (cfr. G. Giugni, *Commento all'art. 39*, cit., p. 265; G.F. Mancini, voce *Commissione interna*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 889 ss.). Anche se occorre dire che l'assunto dottrinale è meno saldo di quanto appaia, se è vero che alle Rsa è positivamente riconosciuta un'autonoma capacità giuridica (cfr. gli artt. 11, 25 e 27 dello Statuto dei lavoratori e l'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 165/01) e di agire (cfr.

toriali affiliate a Cgil, Cisl e Uil (le firmatarie dell'accordo interconfederale), che abbiano dissentito dal contenuto del contratto aziendale, contenente la clausola di tregua, e, per questo, non lo abbiano sottoscritto.

È alla portata dell'accordo interconfederale simile estensione di efficacia? E, nel caso lo fosse, l'eventuale violazione della tregua sindacale da parte di un'associazione territoriale che non avesse sottoscritto il contratto aziendale darebbe luogo a responsabilità nei confronti dell'imprenditore?

Entrambi i quesiti meritano risposta affermativa.

Occorre annotare che l'impegno a rispettare la clausola di tregua di cui al menzionato punto 6 dell'A.I. è assunto dalle confederazioni sindacali nella loro funzione rappresentativa delle associazioni minori loro affiliate e dei singoli imprenditori iscritti. E tanto dovrebbe valere a fondare un autonomo titolo di responsabilità dell'associazione minore, vincolata all'accordo interconfederale, che abbia dato causa alla violazione dell'obbligo di tregua, a prescindere dalla sottoscrizione del contratto aziendale che lo contenesse (47).

Detto questo, si deve osservare che il contenuto di questa responsabilità è piuttosto evanescente, posta la scarsa efficacia in questa materia degli ordinari rimedi contro l'inadempimento – si intende: di quelli che postulano la mediazione del giudice (48) – e la impraticabilità dell'autotutela

---

l'art. 42, comma 7, d.lgs. n. 165/01); quest'ultima sovente esplicitantesi nel riconoscimento della legittimazione a stipulare contratti collettivi (cfr. gli artt. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori e l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 61/00). In quest'ottica, possono leggersi anche le disposizioni di legge che attribuiscono alla Rsa diritti di informazione (cfr. art. 47, commi 1 e 2, legge n. 428/90; art. 4, comma 5, della legge n. 223/91; art. 11, d.lgs. n. 532/99; art. 2, comma 1, d.lgs. n. 61/00) e di consultazione (cfr. art. 5, legge n. 164/75, artt. 1, comma 2, e 4, comma 5, legge n. 223/91, art. 4, commi 7 e 9, della legge n. 125/91, art. 8, d.lgs. n. 532/99).

In giurisprudenza è ricorrente l'affermazione che l'ordinamento statale riconoscerebbe implicitamente alle Rsa una propria speciale soggettività, e con questa l'idoneità a fungere da centro di imputazione unitario di situazioni giuridiche soggettive di fonte legale e contrattuale. Cfr. Cass. 14 febbraio 2004, n. 2857, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 338; Cass. 29 dicembre 1999, n. 14686, in *Orient. giur. lav.*, 2000, pp. 1 ss., con nota di G. De Fazio, *Sulla natura giuridica delle rappresentanze sindacali aziendali*, ma già prima Cass. 27 maggio 1982, n. 3263, in *Foro it.*, 1983, I, p. 141, nonché in *Orient. giur. lav.*, 1983, p. 515, nonché in q. *Riv.*, 1983, II, p. 394, con nota di M. Galvagno (in un caso relativo al riconoscimento della legittimazione ad agire, in via ordinaria, della Rsa per ottenere l'attuazione del diritto all'informazione, in materia di lavoro straordinario, previsto in suo favore dal contratto collettivo nazionale), e Cass. 3 ottobre 1988, n. 5320, in *Arg. dir. lav.*, 1997, pp. 349 ss. (in un caso relativo al riconoscimento della legittimazione processuale attiva della Rsa).

(47) Concorde L. Corazza, *Tregua sindacale...*, cit., p. 642.

(48) Cfr. *infra*, par. 2.2.1.

contrattuale, nella forma comune dell'esclusione automatica da alcuni benefici contrattuali, qui impedita in premessa, posto che l'associazione minore che avrebbe dato causa alla violazione non sarebbe parte del contratto collettivo che quei benefici attribuirebbe.

2.1.2. — Segue: *Il piano degli effetti interindividuali. Il diritto a percepire la cd. copertura economica fino alla data della stipula dell'accordo di rinnovo* — L'iscrizione alla categoria dei contenuti obbligatori intersindacali esclude in premessa che l'impegno di tregua sindacale e la disciplina procedurale delle trattative di cui si è detto sopra siano capaci di esprimere vincolo a livello interindividuale. Il tentativo di rafforzare l'impegno a non ricorrere all'azione diretta, estendendone la forza vincolante anche ai singoli lavoratori, portato avanti da alcuni settori della dottrina negli anni settanta del secolo scorso, si è rivelato privo di basi (49). Dopo di allora, il problema si pose di nuovo con il Protocollo del 23 luglio 1993, per la via dell'ingegnoso meccanismo compulsorio dell'adempimento ivi previsto, che finiva per far ricadere anche sulle parti del rapporto individuale di lavoro le conseguenze della violazione degli obblighi di tregua sindacale durante il periodo di raffreddamento (50). Ma anche in quel contesto non si poneva in realtà un vero problema di vincolatività individuale degli impegni di tregua sindacale e la questione si rivelò mal posta. Il vero era che lì l'obbligazione di tregua e la correlativa sanzione formavano oggetto di due distinte pattuizioni: l'una operante sul piano del rapporto intersindacale, ed era l'impegno a non proclamare o promuovere l'azione diretta nel *cooling of period*, indubitabilmente gravante sugli agenti sindacali; l'altra, la quale disponeva sul diritto a godere dell'indennità di vacanza contrattuale con certe decorrenze, operante sul piano del rapporto individuale di lavoro, quindi con efficacia normativa interindividuale, anche se con contenuto ed effetti condizionati a un accadimento interno alla sfera intersindacale (51). Dopo di ciò, si sarebbe anche potuto discutere della validità della previsione di una penalizzazione economica a danno dei lavoratori quale sanzione compulsiva indiretta dell'adempimento dell'obbligo di tregua posto in capo al sindacato (52), ma a meno di confondere il comando (l'obbligo di

(49) Cfr., *infra*, par. 2.2.1, spec. note 76 e 78.

(50) Cfr. *retro*, par. 2.1.

(51) In termini sostanzialmente coincidenti anche M. Magnani, voce *Tregua sindacale...*, cit., p. 145.

(52) Cfr., sul punto, Trib. Siena 27 ottobre 2008, che si può leggere in q. *Riv.*, 2009, pp. 877, che, a mio avviso correttamente, esclude possibili profili di illiceità di clausole siffatte.

tregua) con la sanzione (lo slittamento del diritto a percepire l'indennità di vacanza contrattuale) non sarebbe stato luogo di discorrere di efficacia interindividuale dell'obbligazione di tregua sindacale (53). Non erano i singoli lavoratori a essere obbligati a rispettare la tregua, né avrebbero potuto esserlo, pena oltretutto l'invalidità della clausola (54): nel Protocollo e nella successiva contrattazione di categoria, quell'obbligo era riferito letteralmente agli agenti negoziali sindacali operanti a livello nazionale di categoria (55).

Nell'Accordo del gennaio 2009 e in quelli attuativi dello stesso anno, l'eliminazione della penalizzazione economica a danno dei singoli ha eliminato ogni dubbio circa l'iscrizione della tregua sindacale ivi prevista alla parte obbligatoria del contratto collettivo, confermando che i singoli lavoratori non potrebbero essere attinti dal divieto di azione diretta, solo potendosi porre un remoto problema di responsabilità disciplinare endoassociativa per gli iscritti ai sindacati firmatari che avessero promosso o partecipato a uno sciopero contro le indicazioni delle associazioni sindacali di appartenenza (56).

---

(53) Anche in relazione alle pattuizioni in argomento si sono manifestate delle perplessità in ordine alla loro classificazione sistematica entro una delle due categorie in cui si suole distinguere i contenuti del contratto collettivo (cfr. E. Ales, *Previsione di un periodo di raffreddamento...*, cit., pp. 608-609; nonché M. Roccella, *Azione sindacale e politica dei redditi...*, cit., p. 272). Ma anche in questo caso si è rimasti vittima di quella che definirei la suggestione del *tertium genus*, per la quale tutto quanto non è piana-mente riconducibile ai contenuti obbligatori o a quelli normativi finisce per essere considerato, con una determinazione concettuale negativa, né l'uno, né l'altro.

(54) Cfr. *infra*, par. 2.3. testo e note 94, 95 e 96.

(55) Concorde anche M. Magnani, voce *Tregua sindacale*, cit., p. 145. Sul punto, se vuoi, cfr. anche il mio studio precedente E.M. Mastinu, *I contenuti...*, cit., pp. 191 ss.

(56) Invece, l'efficacia a livello interindividuale della tregua sindacale non può argomentarsi dal vincolo associativo, che legherebbe i lavoratori al sindacato e che li impegnerebbe a esercitare lo sciopero solo nei limiti della disciplina collettivamente pattuita. La tesi è stata avanzata da una non recente dottrina (cfr. G. Pera, *Sulle clausole di pace sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1964, I., pp. 299 ss.), ma non può essere accolta. Intanto non si intende come la previsione contrattuale di vincoli letteralmente riferiti al sindacato nei confronti della controparte possa avere proiezioni sul rapporto che lega il lavoratore al sindacato di appartenenza (e anche in tal caso ci sarebbero seri dubbi sulla validità sia della pattuizione interna, sia dell'atto con cui il lavoratore accettasse la limitazione al diritto di sciopero in essa contenuto). Ma soprattutto vi è da considerare che l'eventuale clausola statutaria di tal contenuto sarebbe idonea esclusivamente a fondare un titolo di responsabilità del lavoratore nei confronti del gruppo di appartenenza e non anche a produrre conseguenze sul piano del rapporto individuale di lavoro. Sul punto può tornare utile leggere una recente pronuncia della giurisprudenza di merito: Trib. Siena 27 ottobre 2008, che si può leggere in q. *Riv.*,

Detto questo, il problema dell'efficacia nei confronti dei lavoratori, se problema lo si può chiamare, si ripropone oggi in relazione alla disciplina procedurale della fase di rinnovo dei contratti collettivi. Il punto 6 dell'Accordo quadro (di seguito, A.Q.) del 22 gennaio 2009 (poi ripetuto dal paragrafo 2.4. dell'A.I. del 15 aprile 2009, nonché dal paragrafo 2.4. dell'A.I. del 18 novembre 2009 e infine dal paragrafo 3, lett. c, dell'A.I. 30 aprile 2009) ha disposto che la mancata presentazione delle piattaforme di rinnovo almeno sei mesi prima della scadenza del contratto e il mancato riscontro entro i venti giorni successivi comporterà la mancata erogazione della «copertura economica, nella misura che sarà stabilita dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria, a favore dei lavoratori in servizio alla data di raggiungimento dell'accordo di rinnovo». Anche qui, come nel Protocollo del luglio 1993, vi è la combinazione di un'obbligazione intersindacale con una di contenuto interindividuale nella quale è dedotta una prestazione economica in favore del lavoratore. Ma anche qui, come lì, la violazione dell'impegno al rispetto di determinate scadenze, assunto a livello intersindacale, non dà luogo ad alcuna forma di responsabilità contrattuale a carico dei singoli; ciò che richiederebbe la formulazione di un giudizio di rimproverabilità o di imputabilità dell'inadempimento, del tutto estraneo alla struttura e al tenore letterale delle pattuizioni in argomento (57). Non si tratta di efficacia diretta interindividuale di una pattuizione assimilabile a una clausola penale, bensì di un meccanismo condizionale con il quale si subordina la nascita del diritto a percepire la copertura economica in caso di vacanza contrattuale al rispetto dei termini e degli adempimenti della procedura pattuita (58). Il meccanismo sanzionatorio della clausola penale, proprio perché interno alla responsabilità contrattuale, postula una coincidenza fra il titolare dell'obbligazione inadempita e il soggetto su cui ricadono gli effetti della sanzione, che è esclusa in premessa nel nostro caso, dove il soggetto obbliga-

---

2009, pp. 877 ss., con nota di I. Scanni, *Clausola di pace sindacale atipica e titolarità del diritto di sciopero*.

(57) Dal lato della responsabilità contrattuale, l'assunto mi sembra confermato dalla clausola 3.6 dell'A.I. 15 aprile 2009, ove è stabilito che, in caso di attivazione della procedura arbitrale, il collegio arbitrale «farà riferimento alle norme di legge vigenti in materia di responsabilità riguardanti *esclusivamente* i comportamenti posti in essere da organizzazioni sindacali».

(58) In quest'ordine di considerazioni, non condivido l'idea che la pattuizione in argomento possa configurare una clausola penale, accolta da V. Ferrante, *L'Accordo interconfederale...*, cit., p. 1035, ma già avanzata, in relazione al meccanismo sanzionatorio che presidiava la tregua sindacale nel Protocollo del 23 luglio 1993, da A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 210.

to è il sindacato, mentre quello penalizzato è il singolo prestatore. Sicché, a ragionare secondo lo schema della clausola penale, si avrebbe l'aporia che la penalizzazione economica non potrebbe attingere il sindacato, perché questo non è il titolare del diritto alla copertura economica in caso di vacanza contrattuale, e non potrebbe attingere neppure le parti del rapporto di lavoro, perché non sono loro i soggetti dell'obbligazione (quella avente a oggetto il rispetto di determinate cadenze temporali nelle trattative contrattuali) al cui inadempimento sarebbe collegata la penale. Se in questo campo il risarcimento del danno non fosse un rimedio puramente teorico, una significativa ricaduta di questa costruzione, che rifiuta lo schema della clausola penale, sarebbe quella di escludere la limitazione del risarcimento dovuto dalla parte sindacale inadempiente, così come stabilito dall'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 1382 cod. civ. (59). E altresì di escludere profili di illiceità per contrarietà all'art. 1384 cod. civ. della limitazione della sanzione alle sole violazioni degli obblighi procedurali perpetrate dalle associazioni dei lavoratori (60).

Resterebbe da dire della individuazione dei lavoratori attinti dalla conseguenza negativa correlata alla violazione dell'obbligo intersindacale, se tutti, oppure i soli iscritti al sindacato che avesse dato causa all'inadempimento (61). Ma dacché la specificazione del meccanismo compulsorio è ri-

---

(59) Cfr. anche S. Liebman, *L'accountability dell'organizzazione sindacale: profili giuslavoristici*, in A. Grandoni (a cura di), *Responsabilità e trasparenza nelle organizzazioni sindacali*, Egea, Milano, 2001, p. 87.

(60) Cfr. *retro*, note 22 e 58.

(61) Il problema si era posto anche sotto il vigore del Protocollo del 23 luglio 1993 in relazione alla violazione del periodo di raffreddamento ivi previsto, allora discutendosi se la penalizzazione economica avesse potuto colpire tutti i lavoratori che avessero reclamato l'applicazione del contratto collettivo, a prescindere dalla loro affiliazione sindacale, oppure solo i lavoratori iscritti al sindacato e, fra questi, concernere tutti oppure solo quelli che avessero aderito allo sciopero. L'opinione secondo la quale gli effetti della violazione dell'obbligo di tregua sarebbero dovuti ricadere solo sui lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti fu sostenuta da L. De Angelis, *Sull'indennità di vacanza contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pp. 507 ss. L'idea dell'estensibilità anche ai non iscritti fu invece avanzata da M. Del Conte, *L'indennità di vacanza contrattuale nell'Accordo interconfederale del luglio 1993*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 215. In termini problematici sulla possibilità di estensione generalizzata oltre la cerchia degli iscritti si pronunciarono: M. Roccella, *Azione sindacale...*, cit., p. 272; M. D'Antona, *Il Protocollo...*, cit., p. 422; R. Lambertucci, *Le procedure di raffreddamento del conflitto collettivo con particolare riferimento alla disciplina contenuta nel Protocollo del 23 luglio 1993*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, IV, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 278 ss. In termini riassuntivi del dibattito dottrinale cfr., se vuoi, S. Ciucciovino, *L'indennità...*, cit., pp. 295 ss., spec., 300-304, nonché L. Bellardi, *Concertazione...*, cit., pp. 170 ss.

messa alla contrattazione collettiva di categoria, occorrerà attendere le applicazioni pratiche che ne faranno gli agenti sindacali nazionali, a oggi ancora reticenti sul punto. Anche se si può annotare, sin da ora, che la formulazione letterale del paragrafo 4 dell'A.I. del 15 settembre 2009 estende l'ambito di applicazione della sanzione a tutti i lavoratori cui si applica il contratto collettivo, quindi a prescindere dall'affiliazione sindacale. La qual conclusione mi sembra anche quella preferibile perché esclude possibili interferenze con il divieto di cui all'art. 16, legge n. 300/1970.

2.2. — *La disciplina a livello nazionale di categoria* — A livello nazionale di categoria la disciplina sindacale del conflitto si addensa attorno a tre nuclei fondamentali.

Il primo, quello storico, consta della previsione di clausole di tregua, che impegnano gli agenti sindacali a non promuovere azioni di lotta durante la vigenza del contratto collettivo o a non appoggiare con lo sciopero richieste di modificarlo prima della scadenza. È il modello affermatosi nella prima esperienza di contrattazione articolata dei primi anni sessanta del secolo scorso, poi riprodotto nella contrattazione successiva sostanzialmente immutato fino ai giorni nostri con la formula del divieto di intraprendere azioni di lotta in appoggio a richieste di «modificare, integrare, innovare» quanto ha già formato oggetto di regolamentazione nelle varie sedi di contrattazione (62).

A questo primo nucleo se ne è successivamente affiancato un secondo, addensato attorno all'impegno di devolvere agli agenti sindacali nazionali la risoluzione delle controversie giuridiche in materia di applicazione e interpretazione dei contratti collettivi, con la prescrizione di non ricorrere all'azione diretta durante tutto il periodo dedicato allo svolgimento del tentativo di conciliazione (63). L'introduzione di questa disciplina ha marca-

---

(62) Il riferimento è alle previsioni contenute nelle *premesse* dei contratti collettivi di categoria dei più importanti settori produttivi, stipulati successivamente al Protocollo Intersind-Asap del 5 luglio 1962. Si veda in particolare la premessa al contratto dei metalmeccanici del 17 febbraio 1963, poi ripetuta in tutti i rinnovi successivi fino a quello del 20 gennaio 2008, non modificato sul punto dall'ultimo rinnovo del 15 ottobre 2009.

(63) È il modello propagandato dal Protocollo fra Governo e Sindacati del 22 gennaio 1983 (cd. protocollo Scotti), che non conteneva la previsione di un esplicito obbligo di tregua sindacale ma invitava le parti sindacali a predisporre «procedure aziendali di definizione di vertenze sull'applicazione dei contratti ed eventualmente di arbitrati collegati a pause di raffreddamento» (punto 13). Nella contrattazione nazionale cfr. l'art. 62 del Ccnl per i quadri e gli impiegati agricoli del 4 giugno 2008; gli artt. 11 e 16 del Ccnl per il settore commercio e servizi del 18 luglio 2008; l'art. 103

to un'evoluzione della prassi sindacale verso forme procedurali più avanzate e più efficaci di trattazione delle controversie collettive, più orientate alla prevenzione che alla repressione, ma ha ricevuto uno sviluppo asimmetrico: maggiore nel settore dei servizi alla collettività (64), a causa delle dimensioni ivi assunte dal conflitto a partire dagli anni ottanta del secolo scorso e per l'impulso ivi esercitato dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (65); minore fuori da quest'area, dove le procedure, quando previste, hanno ripetuto schemi e testi talora stereotipati, «provvisi di debole vincolatività, nella stessa intenzione degli agenti collettivi», (66) e, talaltra, ambigui in ordine al loro carattere dispositivo, nei confronti dei singoli (67).

---

del Ccnl per il settore dell'industria edile del 20 maggio 2004; il punto B della premessa del Ccnl per il settore della piccola e media industria chimica del 5 ottobre 2006; l'art. 6, lett. b, del Ccnl per il settore tessile del 9 luglio 2010; l'art. 38, Ccnl per il settore edile industriale del 19 aprile 2010.

(64) Nel settore dei servizi pubblici essenziali esiste una compiuta disciplina sulla trattazione dei conflitti e delle controversie sindacali, allocata a livello interconfederale nell'Accordo tripartito con il Governo del 23 dicembre 1998 per il settore dei trasporti e nell'Accordo intercompartimentale del 31 maggio 2001, per le pubbliche amministrazioni. La maggiore attenzione in materia per il settore dei servizi pubblici è testimoniata anche dal contenuto dell'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, il quale preconizza una disciplina negoziale della legittimazione a proclamare lo sciopero, ma con limitazione alla contrattazione di secondo livello delle aziende di servizi pubblici locali (punto 18 dell'A.Q. 22 gennaio 2009).

(65) A partire dalla seconda metà degli anni ottanta, il conflitto nel settore terziario assume dimensioni preoccupanti ed è causa di più della metà delle giornate di sciopero effettuate, con punte del 60% nel 1986 e del 68% nel 1989 (dati tratti da L. Bordogna, G. Provasi, *La conflittualità*, in G.P. Cella, T. Treu, *Le nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 344 ss.; utili indicazioni e spunti anche in T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 233 ss.; A. Accornero e F. Della Ratta Rinaldi, *La conflittualità nei servizi pubblici: tipi di comportamento e tipi di sindacati*, in *Lav. dir.*, 2005, pp. 405 ss.).

(66) T. Treu, *Politiche del lavoro...*, cit., p. 233. I contratti collettivi per le imprese private e le amministrazioni pubbliche che non erogano servizi pubblici essenziali contengono una disciplina molto povera, tutto limitandosi alla fissazione di un generico obbligo di non ricorrere allo sciopero durante le procedure di conciliazione nelle controversie interpretative oppure durante le trattative per il rinnovo del contratto e un altrettanto vago impegno ad agire secondo buona fede per prevenire i conflitti.

(67) Sul punto, rinvio a V. Leccese, *Autonomia collettiva e composizione dei conflitti*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, pp. 160 ss. Sul tema generale dell'efficacia dispositiva, nei confronti dei singoli lavoratori, degli accordi che chiudono le vertenze sindacali sull'interpretazione e applicazione del contratto collettivo, cfr. P. Lambertucci, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova, 1990; A. Bollani, *Contratto collettivo e interpretazione*, Cedam, Padova, 2004.

L'ultimo nucleo di regole si è formato più di recente, sotto la spinta del Protocollo del 23 luglio 1993. Esso ha a oggetto i conflitti a contenuto tipicamente economico, che si sviluppano nella fase di rinnovo del contratto, e quelli correlati al funzionamento dei collegamenti fra i vari livelli di contrattazione collettiva. È la disciplina riformata dai grandi accordi interconfederali del 2009 (68), che già è stata riprodotta nei contratti di categoria da ultimo rinnovati (69). A proposito della quale si devono sottolineare due dati. In primo luogo, i contratti collettivi rinnovati nel corso del 2009, sia quelli siglati unitariamente anche dalla Cgil, sia quelli sottoscritti solo dal Cisl e Uil, si sono limitati a sostituire le regole del protocollo Ciampi con quelle degli accordi interconfederali del 2009, ma senza farsi carico di introdurre i necessari complementi, specialmente per quel che riguarda gli aspetti sanzionatori, tutto essendo stato rimandato a future intese (70). In secondo luogo, nel contratto collettivo dei metalmeccanici è stata introdotta una clausola – l'art. 4-*bis*, frutto dell'Accordo separato di modifica del 29 settembre 2010 –, la quale ha autorizzato la contrattazione aziendale in deroga su determinate materie e, al contempo, ha indicato fra i contenuti degli accordi «le pattuizioni a garanzia dell'esigibilità dell'accordo con provvedimenti a carico degli inadempienti di entrambe le parti». La modifica, che è stata richiesta dalla necessità di mantenere dentro il sistema nazionale gli accordi aziendali Fiat del 2010 (71), è espressiva di

---

(68) *Retro*, par. 2.1.

(69) Cfr. l'art. 69 del Ccnl (unitario) per gli addetti all'industria chimica del 18 dicembre 2009; l'art. 3 Ccnl (unitario) per il settore telecomunicazioni del 23 ottobre 2009; l'art. 11 del Ccnl per il settore tessile del 9 luglio 2010.

(70) Cfr. l'art. 69 del Ccnl (unitario) per gli addetti all'industria chimica del 18 dicembre 2009; l'art. 3 Ccnl (unitario) per il settore telecomunicazioni del 23 ottobre 2009; l'art. 11 del Ccnl (unitario) per il settore tessile del 9 luglio 2010; l'art. 86 del Ccnl per il settore degli alimentaristi, modificato dal Ccnl (unitario) del 22 settembre 2009; la premessa al Ccnl (separato senza la Cgil) metalmeccanici del 5 dicembre 2012. Sprovvisto di disciplina sanzionatoria dello sciopero è rimasto anche il Ccnl per gli operai agricoli e florovivaisti del 25 maggio 2010. Nel Ccnl per il settore commercio (siglato in data 26 febbraio 2011, senza la Cgil) si è stabilito che la copertura economica dovuta per il periodo di vacanza contrattuale, quale sanzione del mancato rispetto dei termini di presentazione delle piattaforme negoziali, sia determinata dalle parti a ogni rinnovo contrattuale. Nel medesimo contratto, in guisa di sanzione aggiuntiva della violazione della disciplina procedurale, si è stabilito che il periodo di raffreddamento di sette mesi sia prolungato in misura pari al ritardo nella presentazione delle ridette piattaforme. Stesso schema è stato riproposto nel contratto per il settore del legno del 12 maggio 2010, dove la sanzione dell'allungamento del periodo di raffreddamento scatta nel caso di violazione della tregua sindacale.

(71) *Infra*, par. successivo.

uno sfasamento fra il livello nazionale di contrattazione, scoperto quanto a misure sanzionatorie (72), e quello aziendale, che diventa il luogo verso il quale tende a spostarsi la regolazione del conflitto; ciò che, come si dirà, rappresenta una delle tendenze fondamentali lungo le quali si muove la disciplina della materia in questa fase.

2.2.1. — *La qualificazione formale, l'efficacia e la giustiziabilità delle clausole di tregua sindacale contenute nella contrattazione nazionale di categoria* — In relazione alle clausole diffuse nella nostra contrattazione nazionale di categoria, vale l'annotazione già fatta a proposito della disciplina del periodo di raffreddamento contenuta negli accordi interconfederali sugli assetti contrattuali (73): la loro formulazione linguistica ne riferisce il contenuto precettivo agli agenti sindacali e mai alle parti del rapporto individuale (74). Dal che, sul piano della qualificazione formale, la loro ascrizione alla cd. parte obbligatoria del contratto collettivo con conseguente esclusione dei singoli lavoratori dal novero dei soggetti obbligati; sul piano applicativo, il problema della loro effettività, posta la sostanziale impraticabilità degli ordinari rimedi contro l'inadempimento contrattuale, incompatibili con le dinamiche ordinarie dei conflitti intersindacali, che sfociano di regola nella conclusione di nuovi contratti a condizioni diverse piuttosto che risolversi con l'applicazione di improbabili sanzioni eteronome a carico degli agenti sindacali (75).

Si intende così la ragione per la quale la trattazione del tema dell'efficacia delle clausole di tregua sindacale abbia oscillato fra posizioni che, con scarso successo, hanno cercato di estenderne la vincolatività anche alle parti del rapporto individuale di lavoro (76) e posizioni che, forse più

---

(72) Cfr. *retro*, par. 2.1.

(73) *Retro*, par. 2.1.2.

(74) Cfr., se vuoi, anche per riferimenti, E.M. Mastinu, *I contenuti obbligatori...*, pp. 184 ss.

(75) Del che è anche testimonianza l'approdo nelle aule di giustizia di vertenze sindacali aventi a oggetto la violazione dell'obbligo di tregua: sporadico e senza mai sortire risultati pratici apprezzabili, Cfr. Cass. 10 febbraio 1971, n. 357, in *Mass. giur. lav.*, 1971, pp. 24 ss.; Trib. Padova 4 luglio 1973, in *Mass. giur. lav.*, 1973, pp. 303 ss.; Corte d'App. Venezia 29 aprile 1976, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1701. Più di recente, cfr. Trib. Siena 27 ottobre 2008, che si può leggere in *q. Riv.*, 2009, pp. 877 ss., con nota di I. Scanni, *Clausola di pace sindacale atipica e titolarità del diritto di sciopero*. Sul punto, cfr. G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1997, p. 265.

(76) L'elaborazione teorica operò su due piani: in via diretta, attraverso l'affermazione del carattere *normativo* e quindi immediatamente vincolante anche per i singo-

realisticamente ma poco plausibilmente sul piano giuridico, hanno dubitato della loro efficacia sul piano formale, spingendosi talora ad affermare che la loro ripetizione nei contratti collettivi non fosse il frutto di una reale volontà delle parti contraenti, ma corrispondesse a una semplice clausola di stile (77).

Oggi, l'una e l'altra posizione sono superate dalla prassi sindacale, che tende ad affidare la garanzia degli impegni di tregua sindacale all'autotutela contrattuale, mercé la predisposizione di meccanismi condizionali a efficacia automatica, che coinvolgono i singoli nelle conseguenze dell'inadempiamento sindacale. Dal punto di vista teorico si tratta di ripetizioni, in scala ridotta, dell'idea che stette alla base della nota ricostruzione del contratto collettivo di lavoro come contratto di scambio o sinallagmatico, in seno al quale l'impegno di parte imprenditoriale di applicare i trattamenti normativi pattuiti si scambierebbe, in funzione corrispettiva, con l'impegno, da parte del sindacato, di non appoggiare con manifestazioni di lotta richieste di modifica del contratto collettivo prima della sua scadenza, di guisa tale che la violazione dell'obbligo di tregua sindacale avrebbe potuto comportare la risoluzione del contratto collettivo medesimo, con effetti che si sarebbero ripercossi sui singoli lavoratori (78). Un'applicazione di questa tecnica è stata la previsione di una penalizzazione a carico dei singo-

---

li degli obblighi di pace sindacale (sul punto, cfr. V. Simi, *Il contratto collettivo di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, p. 108; L. Riva Sanseverino, *Per la validità delle clausole di tregua sindacale*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 374; F. Santoro Passarelli, *Sulla disciplina negoziale dello sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1972, I, pp. 315 ss.; ma già prima, G. Pera, *Sulle clausole...*, cit., pp. 299 ss.; G. Zangari, *Violazione dell'obbligo di pace sindacale e responsabilità contrattuale dei lavoratori scioperanti*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, p. 384; G. Ardaù, *Sanzionabilità disciplinare dello sciopero illegittimo per violazione di patto espresso di pace sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, pp. 22 ss.); in via indiretta, argomentando sulla base del vincolo associativo, che legherebbe i lavoratori al sindacato e che li impegnerebbe a esercitare lo sciopero solo nei limiti della disciplina collettivamente pattuita (cfr. G. Pera, *Sulle clausole...*, cit., p. 299, sul quale cfr. anche *retro*, nota 56).

(77) G. Giugni, *Intervento*, in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Angeli, Milano, 1976, p. 151; Idem, *Commento alla premessa*, in F. Carinci (a cura di), *Il contratto dei metalmeccanici*, Zanichelli, Bologna, 1978, pp. 1-5; Idem, *Intervento*, in *La disciplina negoziale del diritto di sciopero*, in Atti dell'incontro di studio svoltosi in Roma, il 21 giugno 1972, ed. Fondazione Giulio Pastore, Roma, 1972.

(78) Cfr. L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, nonché in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Angeli, Milano, 1976, ora pubblicato in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 276 ss.; C. Enrico Lucifredi, *Il contenuto dei contratti collettivi aziendali*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1-7. Per ulteriori riferimenti, cfr., se vuoi, E.M. Mastinu, *I contenuti obbligatori...*, pp. 184 ss.

li nella percezione o nell'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale in caso di violazione della tregua sindacale durante il periodo di raffreddamento, secondo quanto disposto nel Protocollo del 23 luglio 1993 e poi negli accordi interconfederali del 2009 (79). Un analogo meccanismo, ma più spinto, è stato proposto nella contrattazione aziendale del gruppo Fiat, del quale si dovrà adesso discorrere.

2.3. — *La regolamentazione in alcune esperienze di contrattazione aziendale. Gli accordi aziendali Fiat* — Un barometro particolarmente sensibile rispetto alle tensioni conflittuali che percorrono oggi il sistema italiano di relazioni industriali è rappresentato dalla contrattazione collettiva di livello minore.

Su questo terreno, l'analisi può utilmente volgersi agli accordi di contrattazione aziendale relativi agli stabilimenti Fiat di Pomigliano e Mirafiori, siglati nel 2010 dopo una sofferta trattativa, cui ha fatto seguito, nel 2011, quello per lo stabilimento di Grugliasco (80). La vicenda Fiat

---

(79) *Retro*, par. 2.1.2.

(80) L'Accordo aziendale per lo stabilimento di Pomigliano è stato siglato l'8 giugno 2010, con una piccola integrazione il successivo giorno 15; quello per Mirafiori il 23 dicembre 2010. Dopo di ciò, in data 29 dicembre 2010, è stato siglato un ulteriore contratto collettivo, destinato a sostituire, per le aziende del gruppo Fiat, il contratto collettivo dei metalmeccanici e per questo definito di primo livello, evidentemente nella prospettiva di divenire il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore automobilistico. Quest'ultimo accordo è stato esteso allo stabilimento di Grugliasco in data 4 maggio 2011 e, in data 13 dicembre 2011, a tutti gli stabilimenti del gruppo.

La vicenda della stipulazione dell'Accordo aziendale Fiat di Pomigliano è stata oggetto del VI Seminario di Bertinoro, tenutosi a Bologna il 15 e 16 ottobre 2010. Le relazioni e gli interventi sono pubblicate in *Arg. dir. lav.*, 2010, ove gli scritti di F. Carinci, *Presentazione: il posto delle fragole*, pp. 1059 ss.; R. De Luca Tamajo, *L'Accordo di Pomigliano: una storia italiana*, pp. 1080 ss.; P. Tosi, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, pp. 1089 ss.; M. Brolo, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, pp. 1095 ss.; R. Pessi, *La contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano*, pp. 117 ss. Fra i molti altri contributi sul tema, si vedano anche M. Tiraboschi, *L'Accordo Fiat di Pomigliano nel quadro delle nuove relazioni industriali*, in *Guida lav.*, 2010, pp. 14 ss.; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 797 ss.; P.E. Rossi, *Il conflitto sindacale e l'idea di competitività nell'innovativa contrattazione collettiva aziendale del settore auto*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2011, pp. 97 ss.; V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'archetipo Fiat di Pomigliano*, in *Quad. rass. sind.*, 2010, n. 3, pp. 337 ss.; Idem, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 313 ss.; F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, *ivi*, pp. 331 ss.; G.P. Cella, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e «fallimenti» nelle culture sindacali*, in *Dir. lav.*

non è certamente esaustiva del panorama nazionale di contrattazione di secondo livello; tutt'altro, vista la composizione del nostro tessuto produttivo. Tuttavia è, per molte ragioni, specialmente esplicativa di alcune tendenze in atto. La Fiat è la più importante azienda privata italiana; contribuisce in misura non trascurabile alla formazione del Pil nazionale; è particolarmente esposta alla concorrenza internazionale ed è stata colpita severamente dalla crisi in atto (81); opera in un settore, quello metalmeccanico, tradizionalmente fra i più conflittuali (82); ha introdotto un sistema organizzativo che si propone di utilizzare più intensamente gli impianti e quindi il fattore lavoro; propone un modello di relazioni industriali, che, nelle dichiarazioni dei suoi promotori, ambisce a estendersi a tutta la grande industria nazionale (83), e già si intravedono i primi (per vero contenuti) effetti emulativi (84). La rilevanza della vicenda è stata tale che, per consentire l'immediata operatività degli accordi, quantomeno nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti, si è giunti fino a modificare il Ccnl per l'industria metalmeccanica, dopo il suo rinnovo nel 2009 (85).

---

*rel. ind.*, 2011, pp. 103 ss.; C. Trigilia, *La difficile difesa del lavoro nella globalizzazione*, *ivi*, pp. 113 ss.; M. Martone, *La riforma delle relazioni industriali alla prova della competizione sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, pp. 307 ss. Si vedano anche gli scritti raccolti nel secondo fascicolo del 2011 di *Lavoro e diritto*, ove i contributi di L. Mariucci, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*; G. De Simone, *Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti. Lezioni dal caso Fiat*; S. Scarponi, *Un'arancia meccanica: l'Accordo separato alla Fiat-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?*; A. Perulli, *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso Fiat*; L. Calafa, *Cartoline da Detroit*; D. Gottardi, *La Fiat, una multinazionale all'assalto del proprio paese*; A.R. Tinti, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova del caso Fiat*; A. Lassandari, *La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema*; M.P. Aimo e D. Izzì, *Azione sindacale e vicende Fiat: la voce di Massimo Roccella*; M. Roccella, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*

(81) Nel triennio 2010-2012, in un contesto di calo generalizzato di immatricolazioni di auto nell'Europa a ventisette più i paesi Efta, la quota di mercato di Fiat è scesa dal 8,1% al 6,8%.

(82) Nel 2009, nel settore dell'industria metallurgica e meccanica, si sono concentrate quasi la metà delle ore perse a causa di conflitti di lavoro (42%).

(83) La previsione trova conferma nell'opinione di diversi osservatori e commentatori. Cfr. R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità...*, cit., p. 798; M. Brollo, *Lo shock di Pomigliano...*, cit., p. 1117.

(84) È il caso della società Indesit del quale riferisce M. Brollo, *Lo shock di Pomigliano...*, cit., p. 1117. Sul punto, cfr. la nota 102, nonché le annotazioni di A. Lassandari, *La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema...*, cit., p. 331.

(85) Il 29 settembre 2010, cioè a quasi un anno dall'entrata in vigore, Federmeccanica, Fim, Uilm e poi Ugl e Fismic hanno aggiunto al Ccnl metalmecca-

Dal punto di vista del conflitto, la peculiarità di questi accordi si esprime sul versante sanzionatorio-repressivo, e già l'esistenza di una disciplina compiuta di questa materia a livello aziendale è, al contempo, una novità nel panorama della contrattazione aziendale e un dato controtendente rispetto ai livelli di negoziazione superiore, in seno ai quali si è visto registrarsi un complessivo arretramento nella disciplina sanzionatoria dello sciopero. Si è pattuito che i comportamenti conflittuali, che impediscano l'attuazione dell'accordo e quindi il regolare svolgimento della produzione, quando anche imputabili ai singoli lavoratori o a gruppi di essi non appartenenti ai sindacati firmatari (86), comportino la liberazione dell'azienda dagli obblighi assunti con l'accordo medesimo nonché dagli altri in materia di contributi e permessi sindacali eccedenti la misura minima di legge (punto 14, Accordo Pomigliano; punto 1, Accordo Mirafiori; art. 11, contratto Fabbrica Italia del 29 dicembre 2010) (87). Dopo di ciò si è soggiunto che l'inadempimento, da parte del singolo lavoratore, agli impegni risultanti dal contratto aziendale costituisce un'infrazione disciplinare, sanzionabile sul piano individuale (punto 15, Accordo Pomigliano; punto 2, Accordo Mirafiori; art. 8, contratto Fabbrica Italia del 29 dicembre 2010). Infine, si è devoluta la trattazione delle vertenze intersindacali a una commissione paritetica di conciliazione, con l'impegno reciproco a non procedere, *medio tempore*, all'azione diretta o a iniziative unilaterali (punto 16, Accordo Pomigliano; punto 3, Accordo Mirafiori; premessa al Titolo I, contratto Fabbrica Italia del 29 dicembre 2010) (88).

Le tre clausole, ma particolarmente le prime due, sono espressive di una speciale attenzione al tema del conflitto e di un approccio per certi versi inedito alla disciplina negoziale dello sciopero.

---

nico l'art. 4-*bis*, che ha consentito, nel quadro del A.Q. del 22 gennaio 2009 e del A.I. del 15 aprile 2009, proprio le deroghe al contratto nazionale introdotte dagli accordi Fiat. La vicenda è narrata da R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità...*, cit., pp. 803 ss.; Idem, *L'Accordo di Pomigliano: una storia italiana*, cit., pp. 1080 ss.

(86) Ma qualora autori della violazione siano i singoli lavoratori, è necessario che l'inadempimento abbia una *misura significativa e faccia venir meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale*. Sul punto, cfr. le annotazioni di P. Chieco, *Accordi Fiat, clausole di tregua sindacale e diritto di sciopero*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. I, Milano, 2011, pp. 363 ss.

(87) È da osservare che la portata della clausola risolutiva era abbastanza incerta in questi due accordi, non essendo chiaro se dovesse estendersi all'intero accordo oppure solo alle clausole in materia di contributi e permessi sindacali. Alla fine il dubbio è stato risolto nel secondo senso dal contratto Fiat di primo livello del 29 dicembre 2010 (art. 11).

(88) Il punto 16 del contratto di Pomigliano è stato aggiunto con separato Accordo del 15 giugno 2010.

La prima sposta la sanzione dell'azione diretta dal terreno dell'eterotutela di matrice giudiziale a quello dell'autotutela di matrice intersindacale. E fin qui niente di nuovo, poiché si tratta della ripetizione del medesimo meccanismo condizionale utilizzato nel Protocollo del 23 luglio 1993, in seno al quale al rispetto degli impegni di tregua sindacale nel periodo di raffreddamento era subordinato il diritto dei singoli a percepire l'indennità di vacanza contrattuale con determinate decorrenze (89). Ma rispetto al protocollo Ciampi i termini sono qui invertiti, poiché non è l'inadempimento sindacale ad avere ripercussioni negative sui singoli lavoratori, ma al contrario quello dei singoli a comportare la perdita di benefici contrattuali per il sindacato: se nel protocollo Ciampi erano i sindacati a essere responsabilizzati nei confronti dei dipendenti, qui sono i dipendenti a essere responsabilizzati di fronte al sindacato e quindi alla comunità dei lavoratori da questi rappresentata (90).

La seconda clausola tenta un salto di qualità rispetto alla nostra tradizione di regolazione contrattuale del conflitto collettivo, poiché sembra esprimere la volontà di far scorrere l'impegno alla tregua sindacale dal piano dei rapporti fra sindacato e imprenditore a quello del rapporto individuale di lavoro, quindi dal piano della responsabilità contrattuale intersindacale a quello della responsabilità disciplinare (91).

Se l'intento di parte datoriale sia stato quello di estendere la vincolatività degli impegni di tregua sindacale anche a livello individuale non si può dire, anche se qualche dubbio sarebbe lecito nutrirlo (92). Se così fosse stato, occorrerebbe annotare che il contenuto oggettivo dell'accordo sarebbe incapace di garantire un risultato conforme a quell'intento. La for-

---

(89) *Supra*, par. 2.1.

(90) Cfr., sul punto, R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità...*, cit., p. 808, ove la condivisibile riconduzione del meccanismo sanzionatorio allo schema di una clausola condizionale. *Contra*, M.V. Ballestrero, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 276.

(91) Sul punto, cfr. anche *retro*, note 56 e 76.

(92) In effetti, la previsione che le clausole dell'accordo integrano i contratti individuali, sicché la loro violazione rileverebbe sul piano disciplinare, sarebbe un'ovvietà che non avrebbe certo avuto bisogno di essere ribadita espressamente in una clausola contrattuale *ad hoc*, se non appunto nell'ottica di estendere l'integrazione dei contratti individuali al di là dell'ovvio, cioè agli impegni di tregua sindacale. Né indicazioni che smentiscano l'illazione rinvencono dall'elenco dei doveri del dipendente la cui violazione integra infrazione disciplinare, cui fanno riferimento le clausole in argomento, posto che in quell'elenco figura anche un generico «osservare le disposizioni del presente contratto collettivo» (art. 24, Accordo Fiat del 29 dicembre 2010). Sul punto, cfr., se vuoi, anche le annotazioni di M.V. Ballestrero, *Astuzie...*, cit., p. 282.

mula secondo la quale «le clausole del presente accordo integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerarsi correlate e inscindibili, sicché la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare di cui agli elenchi...» (punto 15, Accordo Pomigliano; punto 2, Accordo Mirafiori; art. 8, contratto Fabbrica Italia del 29 dicembre 2010) non si riferisce anche alla disciplina dello sciopero, che non integra i contratti individuali, né potrebbe farlo, non attenendo alla regolazione del rapporto di lavoro, bensì alla relazione fra impresa e sindacati che hanno sottoscritto l'accordo (93). E se mai il tenore letterale lasciasse qualche dubbio, a scongiurare l'esito indesiderato di leggersi un qualche vincolo in capo ai singoli, dovrebbe soccorrere l'interpretazione, guidata dal canone di cui all'art. 1367 cod. civ., posto che la nostra prassi sindacale è sempre stata nel senso di obbligare esclusivamente gli agenti sindacali a non proclamare lo sciopero o a non appoggiare con manifestazioni di lotta sindacale determinate rivendicazioni. E poi dal canone di cui all'art. 1368 cod. civ., posto che il diritto di sciopero, ancora considerato un diritto a titolarità individuale, è indisponibile (94). Donde la invalidità di qualsiasi atto che ne comporti

---

(93) Peraltro, si fa puntualmente notare che l'estensione ai singoli dell'obbligo di tregua non potrebbe che riguardare i lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti e non anche quelli non sindacalizzati o iscritti a sindacati dissenzienti. Per questi ultimi si porrebbe casomai un problema di applicabilità dell'intero accordo, stante la regola dell'inscindibilità dei trattamenti, che impedirebbe di invocarne l'applicazione selettiva, esclusa cioè la parte relativa alla limitazione individuale dello sciopero. Sul punto, G.P. Cella, *L'Accord de Fiat Pomigliano et les relations professionnelles italiennes*, in *Chronique internationale de l'Ires*, n. 128, gennaio 2011, pp. 31 ss.; F. Liso, *Appunti su alcuni aspetti giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Nota Isril on line*, 18/2011, p. 9.

Ciò detto, si deve anche annotare che, negli accordi Fiat, l'area dell'esenzione da responsabilità a livello individuale in caso di sciopero ha un'ampiezza che non dipende solo dall'interpretazione delle clausole contrattuali; risulta essere anche coestensiva rispetto alla nozione di sciopero che si intenda accogliere. Cosicché, se fosse confermato il recente orientamento della Cassazione, la quale esclude che l'inadempimento parziale possa essere considerato sciopero, allora il rifiuto individuale, ad es., di prestare lavoro straordinario o di svolgere solo alcune mansioni, ancorché ispirato da ragioni di protesta, finirebbe per rientrare comunque nello spettro di applicazione della clausola in argomento. Cfr. Cass. 12 gennaio 2011, n. 547, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, pp. 815 ss., con nota di T. Erboli, *Brevi note sullo sciopero delle mansioni, ovvero della (non così) sottile soglia che separa sciopero e inadempimento*.

(94) Sul tema della titolarità del diritto di sciopero la letteratura è ampia e non se ne può dar conto analiticamente in questa sede. Per avere cognizione delle diverse posizioni in campo si possono utilmente consultare i contributi di L. Gaeta, *Le*

la dismissione anche temporanea o parziale (95), sebbene sia questa una proposizione ognora più discussa (96). Sotto altro e concorrente profilo, una conferma indiretta dell'assunto rinvia nella seconda parte del punto 14 del medesimo Accordo Pomigliano (nonché del punto 1 dell'Accordo Mirafiori e dell'art. 11 del contratto Fabbrica Italia del 29 dicembre 2010), ove è stabilito che «comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente accordo ovvero a rendere inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso all'azienda» fanno venire meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale, con effetto liberatorio per l'azienda relativamente agli obblighi contratti in materia di contributi e permessi sindacali. Con il che, si vede bene che la conseguenza delle eventuali violazioni della tregua imputabili ai singoli non è affatto il licenziamento o altra misura disciplinare, ma la sospensione di alcuni diritti di pertinenza del sindacato, attuata mediante il ripetuto meccanismo condizionale (97). Quale interpretazione degli accordi aziendali Fiat si affermerà non è dato sapere. Ma, fuori dalla contrattazione di quell'impresa, a scongiurare il pericolo di letture e applicazioni restrittive dell'esercizio individuale del diritto di sciopero hanno provvedu-

---

*teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 139 ss.; P. Bellocchi, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, in *Lav. dir.*, 1994, pp. 163 ss.; P. Pozzaglia, *La titolarità del diritto di sciopero nei pubblici servizi essenziali*, in L. Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e «Il lavoro nella Costituzione»: una rilettura*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 157 ss.; F. Carinci, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, pp. 423 ss.; A. Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, Bari, 2008, e ivi specialmente il contributo di P. Pascucci, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero nell'ottica della legge n. 146/1990 e delle clausole di tregua*, pp. 34 ss.; A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006.

(95) Cfr., da ultimo e per tutti, B. Caruso, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica... e cronaca*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, pp. 291 ss.; M.V. Ballestrero, *Astuzie...*, cit., pp. 281 ss.

(96) Per la validità delle clausole che dispongono dello sciopero a livello individuale si pronunciano, con diversi accenti, P. Ichino, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, in *www.lavoce.info*, 2011; M. Tiraboschi, *L'Accordo Fiat di Pomigliano nel quadro delle nuove relazioni industriali*, in *Giur. lav.*, n. 28/2010; F. Liso, *Appunti...*, cit., p. 9. M. Magnani, *Da Pomigliano a Mirafiori: gli effetti dell'Accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in *Iustitia*, n. 1, 2011; L. Corazza, *Tregua sindacale...*, cit., pp. 632 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 10 febbraio 1971, n. 357, in *Mass. giur. lav.*, 1971, pp. 24 ss.

(97) Cfr. ancora R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità...*, cit., p. 808; P. Chieco, *Accordi Fiat...*, cit., p. 367; L. Corazza, *Tregua sindacale...*, cit., p. 626.

to gli stessi agenti sindacali a livello interconfederale: con disposizione destinata a integrare il contenuto dei futuri contratti collettivi nazionali e aziendali, e quindi vincolante a quei livelli, l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (punto 6), siglato anche dalla Cgil, ha specificato che i contratti aziendali che definiscono clausole di tregua sindacale hanno effetto vincolante esclusivamente per le rappresentanze sindacali dei lavoratori e associazioni sindacali firmatarie e non per i singoli lavoratori. Con il che, l'integrità del diritto di sciopero a livello individuale può contare anche su letture delle tavole contrattuali guidate dai canoni enunciati negli artt. 1362, comma 2, e 1363 cod. civ.

Ciò detto, pur nell'ambiguità di testi contrattuali di dubbia efficacia, il dato che traspare dagli accordi Fiat è una certa sfiducia nei confronti della capacità sindacale di controllo del conflitto e il tentativo di eludere la mediazione del sindacato nel rapporto con la comunità aziendale dei lavoratori. A prescindere dai giudizi di valore, se fosse questo anche il solo effetto del nuovo modello contrattuale che si vorrebbe proporre, la rottura rispetto alla nostra tradizione sarebbe di non poco rilievo.

3. — *Considerazioni conclusive: le tendenze in atto* — A consuntivo dell'indagine è possibile isolare due tendenze fondamentali, che guidano l'evoluzione della disciplina negoziale del conflitto nella fase attuale: la prima è rappresentata dalla riduzione del peso della disciplina repressiva dello sciopero ai livelli centrali e di vertice della contrattazione collettiva (98); la seconda consiste nello spostamento dei luoghi della regolazione dell'azione diretta dal centro verso la periferia, espressiva di una perdita di fiducia nelle capacità di mediazione del sindacato rispetto alla base dei lavoratori nel controllo dei comportamenti conflittuali, come testimonia in modo eclatante la vicenda Fiat (99).

Le due tendenze sono spie di altrettante tensioni disgregatrici che percorrono il nostro sistema di relazioni sindacali, il cui potenziale di ricaduta rischia di essere amplificato dalla combinazione con altri elementi del contesto economico e con lo stato delle relazioni industriali nel momento presente.

Sul piano economico, occorre considerare che gli effetti della crisi in atto sono stati violenti e il rientro dalle misure straordinarie messe in campo per fronteggiarla minaccia, o meglio assicura, ripercussioni che superano il passaggio congiunturale negativo che non si riesce a lasciarsi

---

(98) *Retro*, par. 2.1. e 2.2.

(99) *Retro*, par. 2.3.

alle spalle (100). L'Italia e la generalità degli Stati europei dovranno adottare per molti anni politiche di bilancio restrittive per far fronte agli squilibri nei propri conti pubblici. E questo comporterà minori risorse a disposizione del sistema produttivo, con effetti proporzionalmente più gravi per l'Italia, la cui economia dipende in misura significativa dall'intervento pubblico, che è anche uno strumento di governo degli squilibri territoriali fra le varie aree del paese.

Sul piano delle relazioni industriali, si deve annotare che la crisi economica, se non è stata in grado di determinarli, è un fattore capace di accelerare certi processi di destrutturazione latenti, questi sì pericolosi per la stabilità del sistema e per il governo del conflitto sindacale. La rottura del fronte sindacale, con la sottoscrizione separata dei contratti collettivi nazionali di importanti settori produttivi (101), e la tendenza al decentramento incontrollato del sistema contrattuale – del quale la vicenda Fiat è stata simbolo e primo banco di prova – sono segnali da non sottovalutare, anche se non sono sufficienti a far concludere per il tramonto del contratto nazionale e del doppio livello di negoziazione, che per la maggior parte delle imprese continua a costituire una risorsa piuttosto che un ostacolo (102), come da ultimo hanno voluto ribadire le parti sindacali con l'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012.

È uno scenario ricco di incognite quello che si dispiega davanti alle relazioni sindacali italiane e alla società tutta in questa fase di faticosa e incerta uscita dalla crisi economica. Il timore è che il peggio debba ancora venire e materializzarsi nella forma di un'onda lunga di conseguenze sociali negative e di conflitti, che il nuovo modello di relazioni sindacali che si va affermando non sarà adeguato a governare.

---

(100) Secondo dati diffusi dalla Banca d'Italia, la produzione industriale italiana, nel 2011 e nel 2012, era ancora sotto di oltre venti punti rispetto ai livelli precisi.

(101) *Retro*, par. 1, testo e note 10 ss.

(102) G.P. Cella, *L'Accord de Fiat Pomigliano...*, cit., p. 33.

## ABSTRACT

*Il saggio studia la disciplina negoziale del conflitto sindacale alla luce del nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva risultante dagli accordi interconfederali del 2009 e del 2011. L'analisi è condotta sia a livello centrale che periferico e tocca tutti gli snodi fondamentali della materia: la qualificazione formale delle clausole di tregua sindacale; la loro efficacia; la titolarità del diritto di sciopero; i limiti al potere di disporre da parte del sindacato; il metodo di trattazione dei conflitti nell'alternativa fra prevenzione e repressione. I nuovi prodotti dell'autonomia collettiva sono raffrontati criticamente con i modelli antecedenti con lo scopo di misurare l'adeguatezza di antiche soluzioni rispetto ai problemi e alle sfide del momento presente e con il fine di cogliere le indicazioni concernenti l'evoluzione del sistema italiano di relazioni sindacali.*

CONTRACTUAL REGULATION OF WAGE DISPUTE/UNION DISPUTE.  
OLD PROBLEMS AND NEW TRENDS

*The paper studies the negotiating framework of industrial conflict in new collective bargaining system resulting from agreements between confederations in 2009 and 2011. The analysis is conducted at both peripheral and central, and touches all fundamental material joints: the qualification Trade Union truce provisions; their effectiveness; the ownership of the right to strike; the limits to the power to dispose of it by the Trade Union; the method of treatment of the conflicts in the alternative between prevention and repression. New products of collective autonomy are critically compared with previous models in order to measure the adequacy of old solutions to problems and challenges of the present moment and with the order to capture the data on the evolution of the italian system of labour relations.*

*Bianca Maria Orciani (\*)*

## LA TUTELA DELLA SALUTE E DELLA SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO: UNO SGUARDO DI GENERE ALLE FONTI DELL'UE

SOMMARIO: 1. Donne, salute e sicurezza nel Trattato istitutivo della Cee. — 2. L'età d'oro del diritto comunitario del lavoro. — 3. Gli anni ottanta e la fase dell'immobilismo relativo. — 4. Gli anni novanta: verso il cambiamento. — 5. Le conseguenze della Conferenza di Pechino. — 6. La Strategia europea per la salute 2000-2006. — 7. Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: la Strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2007-2012. — 8. Salute di genere e «vecchi e nuovi fattori» di rischio: conclusioni.

1. — *Donne, salute e sicurezza nel Trattato istitutivo della Cee* — Nel diritto comunitario, oggi diritto europeo a seguito della firma del Trattato di Lisbona (1), la parità fra uomo e donna costituisce una delle materie che vanta assieme alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro un *acquis* comunitario di indubbia rilevanza dal punto di vista quantitativo e qualitativo (2). Entrambe le aree costituiscono, infatti, gli ambiti più rigogliosi dell'attività conformatrice dell'Ue, dove l'azione è stata più penetrante e incisiva rispetto al generale processo di armonizzazione della politica sociale (3). Nondimeno, allorché si affronta il tema della salute e della

---

(\*) Professore a contratto di Diritto del lavoro italiano e comparato presso l'Università Politecnica delle Marche.

(1) Per le implicazioni della firma del Trattato di Lisbona sulla politica sociale, si veda B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 81/2010.

(2) Cfr. S. Sciarra (a cura di), *The evolution of labour Law (1992-2003)*, *General report*, in [http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/report/general\\_report04.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/report/general_report04.pdf), p. 42, laddove si afferma che «*there is no doubt that anti-discrimination law represents the area in which the impact of Eu law has been most remarkable, in terms of quality of the legislation and for the dissemination of the same in all countries*».

(3) B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 2, per il quale «la tutela dell'ambiente di lavoro ha misurato, in qualche modo, il livello di armonizzazione possibile attraverso le tradizionali tecniche normative; ma ha pure costituito una sorta di bandiera della integrazione e della stessa plausibilità di una dimensione sociale dell'Europa

sicurezza in un'ottica di genere, l'impressione è quella di trovarsi di fronte a un monolite in cui la totalità dell'essere femminile è stata lungamente ignorata per lasciare il posto alla maternità come unico *topos* della salute delle donne.

Ragioni di semplificazione tendono a celebrare la nascita di approccio *gender oriented* all'alba del nuovo secolo, in coincidenza con la Strategia comunitaria sulla salute e la sicurezza 2002-2006 (4). Diversamente, la lettura diacronica delle fonti disvela un quadro più complesso, in cui la lunga subalternità della dimensione sociale agli interessi economici e la tardiva permeabilità al concetto di differenza di genere hanno giocato un ruolo dirimente (5).

Come noto, l'obiettivo di «promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso», sancito dall'art. 117 del Trattato istitutivo della Cee, era affidato al funzionamento del mercato comune, che avrebbe automaticamente favorito l'armonizzazione dei sistemi sociali (6). La «frigidità sociale» (7) della Comunità delle origini non era contraddetta neppure dall'esplicito riferimento alla parità fra uomo e donna, anch'esso contenuto nel Trattato (8),

---

comunitaria». Sui motivi dell'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti interni in materia di salute e sicurezza si veda sempre B. Caruso, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, Introduzione*, in B. Caruso, M. D'Antona, M. Sciarra (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea. Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, Esi, 1995, pp. 163 ss.; D. Trapanese, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, 2009, pp. 77 ss.

(4) *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e sicurezza 2002-2006*, Com(2002)118 def.

(5) C. Hoskyns, *Integrating gender, woman, law and policy in the European union*, Londra, Verso, 1996; M. Rossilli (a cura di), *Le politiche dell'Unione europea per le donne*, in *Europa Europe*, VI, 3, 1997; F. Di Sarcina, *L'Europa delle donne. La politica di pari opportunità nella storia dell'integrazione europea (1957-2007)*, Il Mulino, Bologna, 2010.

(6) L'art. 117 del Trattato istitutivo della Cee recita: «gli Stati membri ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalla procedure previste dal presente Trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative».

(7) Il termine è utilizzato da G.F. Mancini, *Principi fondamentali del diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in Aa.Vv., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1988, p. 26.

(8) In base all'art. 119 del Trattato istitutivo della Cee ogni Stato membro della Comunità era tenuto ad assicurare nel corso della prima tappa della costruzione del mer-

piegato sotto la matrice liberista (9) e la logica dell'integrazione negativa (10).

Sul versante della tutela della salute e della sicurezza il panorama risulta altrettanto desolante. Non è un caso che le prime iniziative sulla materia vadano ricercate nell'ambito del Trattato Ceca a causa dei rischi lavorativi legati ai settori dell'acciaio e del carbone. È sulla scorta della tragedia mineraria di Marcinelle (Belgio) che vede la luce l'Organo permanente per la sicurezza nelle miniere di carbone con il compito di formulare proposte per migliorare la sicurezza nel settore e assistere la Commissione nella elaborazione di misure legislative (11).

Se si guarda al Trattato istitutivo della Cee, l'art. 118 dà conto di una base giuridica debole che non offre una reale capacità di intervento alle istituzioni (12). Ai sensi del citato articolo, alla Commissione è attribuito il compito di «promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri [...] in particolare per le materie riguardanti [...] la protezione

---

cato comune, e a mantenere in seguito, l'applicazione del principio dell'uguaglianza delle remunerazioni fra i lavoratori e le lavoratrici nello stesso lavoro.

(9) S. Manolkidis, *The principle of equality from a comparative constitutional perspective: lessons for the Eu*, in *The principle of equal treatment in Ec law*, ed. A. Dashwood e S. O'Leary, Sweet and Maxwell, Londra, 1977; S. Simitis, A. Lyon-Caen, *Community labour law: a critical introduction to its history*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis (a cura di), *European community labour law: principles and perspective. Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Oxford, Clarendon Press, 1996; M. D'Antona, *Sistema giuridico comunitario*, in *Dizionario*, 1996, p. 12.

(10) Alla base delle preoccupazioni della Comunità v'era la possibilità che i differenziali salariali alimentassero la concorrenza nei confronti degli Stati membri, come la Francia, già titolari di una legislazione in materia di parità salariale fra uomo e donna. In proposito si veda M. Barbera, *L'evoluzione storica e normativa della parità retributiva fra uomo e donna*, in *Lav. dir.*, 1989, pp. 593 ss.

(11) Le competenze dell'Organo permanente sono state estese nel 1974 all'insieme delle industrie estrattive. Con decisione 2003/C-218/01 del Consiglio è stato istituito il Comitato consultivo europeo per la sicurezza e la salute sul luogo di lavoro. Il Comitato riunisce le competenze dell'Organo permanente per la sicurezza e la salubrità nelle miniere di carbon fossile e nelle altre industrie estrattive e del Comitato consultivo per la sicurezza, l'igiene e la tutela della salute sul luogo di lavoro.

(12) Cfr. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 357, in cui si sottolinea come un reale sviluppo della politica sociale in tema di salute e sicurezza si sia avuto solo a seguito dell'inserimento nel Trattato dell'art. 118A, che «può essere considerato come una sorta di spartiacque: sia perché dopo di allora la produzione normativa della Comunità sui temi della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro si è notevolmente intensificata e ha acquisito caratteri di sistematicità; sia soprattutto perché essa risulta adesso ispirata a criteri di particolare rigore rispetto a quelli del periodo precedente».

contro gli infortuni e le malattie professionali e l'igiene del lavoro» e ciò «mediante studi e pareri e organizzando consultazioni». Il risultato pratico sarà l'adozione, nel corso degli anni sessanta, di una serie di atti non vincolanti da parte della Commissione, come dimostrano le Raccomandazioni sulla medicina del lavoro nelle imprese (20 luglio 1962), sulle malattie professionali (23 luglio 1962) (13), sulla tutela dei giovani lavoratori (31 gennaio 1967).

2. — *Letà d'oro del diritto comunitario del lavoro* — Il riconoscimento della vocazione sociale dell'art. 119 del Trattato istitutivo della Cee da parte della Corte di Giustizia (14) rivela i progressi compiuti sul versante della parità fra uomo e donna e, più in generale, il dinamismo che caratterizza gli anni settanta. Dando seguito al Programma d'azione sociale del 1974 (15), le istituzioni comunitarie avviano un intenso processo di armonizzazione, intervenendo in vari campi del diritto del lavoro. Nel giro di un quinquennio, dal 1975 al 1979, vengono emanate tre direttive (16) che, insieme al contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia (17), costituiranno l'asse portante del diritto antidiscriminatorio fino al nuovo secolo.

---

(13) Y. Saint-Jour, *L'influence de l'évolution technologique sur la législation des accidents du travail*, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 2; P. Leroy, *La réparation des maladies professionnelles et des maladies professionnel est-elle satisfaisante*, *ivi*, pp. 17 ss.

(14) Si deve all'intensa opera della Corte di Giustizia il merito di aver valorizzato in termini sempre più ampi la portata sociale del divieto di discriminazione salariale. Cfr. Corte di Giustizia 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne II*, in *Racc.*, 1976, p. 455, che, nel riconoscere il duplice scopo economico e sociale della parità retributiva, ne fa discendere la natura di principio fondamentale della Comunità. Più recentemente, Corte di Giustizia 10 febbraio 2000, nelle cause riunite causa *Deutsche Post Ag. v. Elisabeth Sievers* (causa C-270/97) e *Brunhilde Schrage* (causa C-271/97), in *Racc.*, 2000, p. 929, in cui la Corte ha concluso che «la finalità economica perseguita dall'art. 119 del Trattato [...] riveste un carattere secondario rispetto all'obiettivo sociale di cui alla stessa disposizione, la quale costituisce l'espressione di un diritto fondamentale della persona» (punto 57).

(15) Risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 1974.

(16) Si allude alla Direttiva n. 75/117/Cee, relativa all'applicazione del principio di parità delle retribuzioni fra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, alla Direttiva n. 76/207/Cee, sull'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, la formazione, la promozione professionale e le condizioni di lavoro, e alla Direttiva n. 79/7/Cee del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

(17) Cfr. *Rapporto sulla politica sociale dell'Unione europea*, Cnel, 2001, pp. 291 ss. Per un'analisi del contributo della Corte di Giustizia si veda C. Amato, *La giurisprudenza comunitaria sulle discriminazioni di genere*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, n. 2, p. 403.

Gli effetti del Programma d'azione sociale del 1974 appaiono rilevanti anche sotto il profilo della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Nel documento si preannunciano iniziative specifiche da ricondursi al più generale miglioramento delle condizioni di lavoro. Fra queste spicca la decisione del Consiglio n. 325 del 1974 con cui viene istituito il Comitato consultivo per la sicurezza, l'igiene e la tutela della salute sul posto di lavoro (18). Il Comitato ha il compito di assistere la Commissione nella preparazione e nella esecuzione delle attività nei settori della sicurezza, dell'igiene e della tutela della salute sul luogo di lavoro (19). L'anno successivo vedrà la luce la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, con compiti di studio, ricerca e informazione (20).

La fine degli anni settanta è contrassegnata dall'adozione del primo Programma di azione per la tutela della salute dei lavoratori (1978-1982) (21). Vi si afferma la «volontà politica di prendere, secondo l'urgenza e le possibilità esistenti sul piano nazionale e comunitario», le misure necessarie affinché entro il 1982 siano realizzate specifiche azioni in ambito eziologico, in tema di protezione dalle sostanze pericolose, di prevenzione dei pericoli e degli effetti nocivi delle macchine, di sorveglianza e ispezione. Lo scopo principale è aumentare il livello di protezione contro i rischi professionali, rendendone più efficaci la prevenzione e il controllo. L'accento è posto sulla necessità di armonizzare la terminologia utilizzata nei paesi membri, armonizzare i metodi per l'individuazione, la misurazione e la valutazione dei rischi, favorire la ricerca e lo scambio di conoscenze, promuovere la salute e la sicurezza tramite l'educazione e la formazione (22).

Come si evince dal documento, la filosofia che fa da cornice al futuro *self-restraint* regolativo riflette la complessità di un sistema in cui funzionalismo economico e giuridico (23) si confrontano dialetticamente, dando

---

(18) Con decisione 2003/C-218/01 del Consiglio dell'Unione europea è stato istituito il Comitato consultivo europeo per la sicurezza e la salute sul luogo di lavoro. Il Comitato riunisce le competenze del Comitato consultivo e dell'Organo permanente per la sicurezza e la salubrità nelle miniere di carbon fossile e nelle altre industrie estrattive.

(19) Sull'azione del Comitato si veda Y. Morettini, *Le comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail*, in *Europe sociale*, Luxembourg, n. 2/1990, pp. 14 ss.

(20) Regolamento (Cee) n. 1365/75 del Consiglio, del 26 maggio 1975.

(21) Risoluzione del Consiglio 29 giugno 1978 relativa al primo programma di azione delle Comunità europee in materia di sicurezza e di salute sul luogo di lavoro.

(22) Relativamente alle implicazioni del programma sulla tutela della salute femminile si veda paragrafo 3.

(23) B. Caruso, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, *Introduzione*, cit., p. 163.

vita a un programma legislativo i cui obiettivi, almeno fino alla fine degli anni novanta, saranno quelli di coprire il massimo dei rischi con il minimo di direttive, rispettare la coerenza con l'obiettivo di unificazione, adottare specifiche regolazioni soltanto per attività e settori ad alto rischio e per le categorie dei lavoratori particolarmente vulnerabili (24).

3. — *Gli anni ottanta e la fase dell'immobilismo relativo* — L'intento di dar corpo a una «Europa sociale» prosegue anche nel decennio successivo, sebbene gli anni ottanta registrino una fase di immobilismo relativo (25). L'importanza dei temi della parità, del divieto di discriminazione fondata sul sesso, della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro trovano espresso riconoscimento nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori approvata dal Consiglio il 9 dicembre del 1989. Malgrado sia priva di valore giuridico, la Carta testimonia l'intento di coniugare lo sviluppo del mercato comune con lo sviluppo della politica sociale, riequilibrando un rapporto storicamente subalterno nei confronti del primo (26).

---

(24) Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa a un programma comunitario nel settore della sicurezza, dell'igiene e della salute sul luogo di lavoro 1996-2000*, Com(95)282 def., in *Salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Programma comunitario 1996-2000*, ed. Comunità europee, 1996, p. 15.

(25) S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella crisi europea*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 17/2004, p. 7; A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 47/2006, p. 11; M. Roccella, D. Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010, p. 12, che parlano di brusco cambiamento di scenario dovuto all'offensiva della predicazione neoliberista e all'ostruzionismo dei paesi d'oltremarina. Relativamente al contesto politico-istituzionale che caratterizza gli anni ottanta, si veda anche F. Carinci, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo IX, *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, 2010, pp. 4 ss.

(26) Cfr. *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*, laddove nei Considerando si afferma che «nel quadro della costruzione del mercato unico europeo occorre conferire agli aspetti sociali la stessa importanza che agli aspetti economici, e che è pertanto opportuno svilupparli in modo equilibrato, come pure la solenne affermazione “che nell'attuazione dell'Atto unico deve tenersi pienamente conto della dimensione sociale della Comunità e che in tale contesto è necessario garantire, ai livelli appropriati, lo sviluppo dei diritti sociali dei lavoratori della Comunità europea, in particolare dei lavoratori subordinati e di quelli autonomi”». M. De Luca, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in Aa.Vv., *Dimensione sociale del mercato unico europeo*, Atti del Convegno, Ascoli Piceno 27-28 ottobre 1989, Giuffrè, Milano, p. 61.

I rigurgiti neoliberisti e le accuse di eurosclerosi, propedeutiche all'avvio di un modello di regolazione sociale più *soft* (27), non arrestano l'azione conformatrice del diritto antidiscriminatorio che estende i propri confini al lavoro autonomo e ai regimi professionali di sicurezza sociale (28).

Parimenti fecondo si rivela il contributo delle fonti non scritte, grazie «a quel processo di condizionamento reciproco e di interazione multilivello fra ordinamento efficacemente descritto dall'espressione *cross fertilization*» (29). L'evoluzione giurisprudenziale che fa seguito alla storica pronuncia *Defrenne II* (30) lascia in eredità una definizione di discriminazione indiretta dai confini meno incerti (31), con un rovesciamento della prospetti-

---

(27) B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, cit., p. 7, il quale, con specifico riferimento al tema della salute e della sicurezza, rileva come «a metà degli anni ottanta, si incominciò ad avvertire la insufficienza del metodo di armonizzazione legislativa [...] a favore di un orientamento più propenso all'utilizzo di strategie istituzionali leggere: la *soft law*».

(28) Si allude alla Direttiva n. 86/613/Cee e alla Direttiva n. 86/378/Cee: l'una concernente l'applicazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo; l'altra relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nei regimi professionali di sicurezza sociale. S. Caligiuri, *La parità di trattamento fra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 209.

(29) M. Roccella, D. Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, cit., p. 86; B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 61/2008.

(30) Corte di Giustizia 8 aprile 1976, causa n. 43/75, *Defrenne II*, in *Racc.*, 1976, p. 455, in cui la Corte fornisce una definizione delle discriminazioni dirette come quelle «che traggono direttamente origine da norme di legge o contratti collettivi di lavoro». In proposito si veda A. Rivara, *Discriminazione, giustificazione ed effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 80, in cui l'Autrice sottolinea altresì come la Corte abbia escluso dall'area di operatività del principio dell'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato le discriminazioni indirette sulla base della considerazione «che non possono essere identificate dai giudici in mancanza di più precise norme comunitarie e/o nazionali applicative dell'art. 119 del Trattato».

(31) Si veda, in proposito, Corte di Giustizia 31 maggio 1981, C-96/80 *Jenkins*, in *Racc.*, 1981, p. 911, e Corte di Giustizia 13 maggio 1986, C-170/84, *Bilka*, in *Racc.*, 1986, p. 1607, nonché Corte di Giustizia 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*, in *Racc.*, 1989, p. 3199. Secondo la Corte, la discriminazione indiretta consiste nell'effetto pregiudizievole che ricade su un numero proporzionalmente maggiore di lavoratori a seguito dell'adozione di criteri apparentemente neutri, ma non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, nonché in presenza «di un divario meno consistente, ma perdurante e relativamente costante nel corso del tempo» (Corte di Giustizia 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Regina v. Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith e Perez*, in *Racc.*, 1999, p. 623). Per un'analisi del contributo

va tradizionale, laddove il *disparate impact* di matrice nordamericana «si pone dal punto di vista della vittima e guarda non alla fonte della discriminazione ma al suo destinatario» (32). È ancora, incorporato nell'*acquis* comunitario il principio della parziale inversione dell'onere della prova a seguito della pronuncia *Danfoss* (33), i temi principali destinati ad animare l'attività successiva della Corte appaiono incentrati sulla portata soggettiva e oggettiva del principio di parità di trattamento (34), sul giudizio di com-

della giurisprudenza alla costruzione della nozione di discriminazione diretta e indiretta si veda M. Rubenstein, *Teoria delle discriminazione*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 7/1990, p. 91; M. Roccella, *Lavoro e mercato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 46 ss.; D. Izzi, *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour-Smith*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 305; F. Savino, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Lav. dir.*, 2004, pp. 571 ss.; O. De Shutter, *Three models of equality and european anti-discrimination law*, in *Northern Ireland legal quarterly*, 57, 2006, pp. 1 ss. La nozione di discriminazione diretta e indiretta è stata oggetto di codificazione da parte della Direttiva n. 2002/73/Ce, che ha modificato la Direttiva n. 76/207/Cee, successivamente abrogata dalla Direttiva di rifusione n. 2004/56/Ce. In proposito si veda L. Guaglianone, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 248, laddove afferma che «nella Direttiva del 2002 (scelta poi confermata nella Direttiva del 2006) il legislatore ha utilizzato una tecnica che prevede l'esatta e compiuta indicazione delle nozioni di discriminazioni».

(32) A. Rivara, *Discriminazione, giustificazione ed effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 81.

(33) Corte di Giustizia 17 ottobre 1989, causa C-109/88, *Danfoss*, in *Racc.*, 1989, p. 3199, in merito all'utilizzo di criteri di classificazione quali l'anzianità di servizio, la flessibilità (o adattabilità) o la qualificazione professionale del lavoratore ai fini della legittimità di trattamenti differenziati fra i sessi. A detta della Corte spetta al datore di lavoro provare che gli ultimi due criteri (flessibilità e qualificazione professionale), pur determinando per le lavoratrici retribuzioni medie inferiori a quelle dei loro colleghi, siano effettivamente necessari per la corretta esecuzione dei compiti affidati. Al contrario, il requisito dell'anzianità lavorativa è stato ritenuto conforme alla direttiva comunitaria, in quanto normalmente indicativo di maggiore esperienza professionale. M.V. Ballestrero, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, pp. 781 ss.; M.L. De Cristofaro, *Il riparto dell'onere della prova in caso di discriminazione sessuale di una lavoratrice*, in *q. Riv.*, 1990, pp. 527 ss. In merito alla rilevanza dell'anzianità lavorativa, si veda più recentemente Corte di Giustizia 3 ottobre 2006, causa C-17/05, *Cadman v. Health & Safety Executive*, in *Racc.*, 2006, p. 9583.

(34) Corte di Giustizia 8 novembre 1983, causa C-165/82 *Commissione delle Comunità europee v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Racc.*, 1983, p. 3431, sulla limitazione dell'accesso alla professione di levatrice in ragione della particolare relazione che investe il rapporto tra levatrice e paziente; Corte di Giustizia 21 maggio 1985, causa C-248/83, *Commissione v. Germania*, in *Racc.*, 1985, p. 1459, in cui la Corte, basandosi su un'indagine della Commissione relativa al regime deroga-

parazione (35), fino all'ammissibilità di cause giustificatrici di trattamenti differenziati (36). Al contempo, mentre la domanda di parità retributiva rappresenta il terreno d'elezione dell'attività dei giudici (37), la stessa si presta ad accogliere le sollecitazioni metagiuridiche – provenienti dalla teo-

---

torio previsto dalla Direttiva n. 76/207/Cee, ha indicato alcune attività rientranti nell'ambito di applicazione della deroga, prime fra tutte, le professioni artistiche. Si veda anche Corte di Giustizia 30 giugno 1988, causa C-318/86, *Commissione v. Francia*, in *Racc.*, 1988, p. 3559, in cui il regime derogatorio trova applicazione con riferimento all'attività di sorvegliante e sorvegliante capo svolta nelle carceri. Stante le particolari condizioni del contesto nazionale, è stata ritenuta legittima l'esclusione in Irlanda del Nord delle donne dai corpi di polizia per i quali è richiesto l'uso delle armi da fuoco (Corte di Giustizia 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, in *Racc.*, 1986, p. 1651), mentre è stata considerata illegittima l'esclusione generalizzata delle donne da impieghi militari comportanti l'uso di armi (Corte di Giustizia 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil v. Repubblica federale di Germania*, in *Mass giur. lav.*, 2000, p. 358, nonché in *Racc.*, 2000, p. 69).

(35) Si veda, in proposito, Corte di Giustizia 27 marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthys*, in *Racc.*, 1980, p. 1275; Corte di Giustizia 28 settembre 1994, causa C-200/91, *Coloroll*, in *Racc.*, 1994, p. 4389, in cui la Corte opera un giudizio comparativo meramente virtuale ai fini dell'individuazione della discriminazione indiretta. Per l'irrelevanza di siffatto giudizio nell'ipotesi di discriminazioni dirette fondate sullo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, si veda Corte di Giustizia 8 novembre 1990, causa 177/88, *Decker*, in *Racc.*, 1988, p. 3491; Corte di Giustizia 8 novembre 1990, causa 179/88, *Handels*, in *Racc.*, 1990, p. 3979; Corte di Giustizia 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in *Racc.*, 1994, p. 3567.

(36) In merito alla possibilità di riconoscere anche nell'ambito della discriminazione diretta un concetto di giustificazione analogo a quello costruito dalla Corte di Giustizia per la discriminazione indiretta, si veda A. Rivara, *Discriminazione, giustificazione ed effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Lav. dir.*, 1995, pp. 79 ss. Relativamente al contributo della giurisprudenza più recente in merito ai principi di proporzionalità e necessarietà ai fini della legittimità di trattamenti differenziati, si veda O. La Tegola, *Parità e discriminazioni per ragioni di genere*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro nell'Unione europea, Diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo IX, *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, 2010, pp. 450 ss.

(37) Nell'ambito della copiosa giurisprudenza sulla parità salariale, merita ricordare l'affermazione della natura *self executing* dell'art. 119 del Trattato a opera della Corte di Giustizia 31 marzo 1981, causa C-96/80, *Jenkins*, in *Racc.*, 1981, p. 911, nonché Corte di Giustizia 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith c. Perez*, in *Racc.*, 1999, p. 623, in cui la Corte accoglie una nozione omnicomprensiva di retribuzione riferibile sia al cd. minimo retributivo sia a qualsiasi altra voce che trovi la sua causa tipica e normale nel rapporto di lavoro. Per un'analisi del contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si veda O. La Tegola, *Parità e non discriminazione per lavori di genere*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo IX, *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, 2010, pp. 441 ss.

rizzazione del *gender* in termini di costruito culturale che ogni società costruisce attorno alle differenze biologiche (38) – come possibile canone interpretativo della legittimità di trattamenti differenziati fra i sessi (39). A tale costruito guarda, del resto, con evidente consapevolezza dell'orizzonte culturale e giuridico che si va delineando, la Raccomandazione n. 84/635/Cee, che affida all'azione positiva, invero, legittimata, ma non espressamente prevista dalla Direttiva n. 76/207/Cee (40), il compito di rimuovere o ridurre le disparità di fatto di cui sono vittime le donne col fine di promuovere l'eguaglianza sostanziale nella vita lavorativa (41). Si fa sempre più radicata l'idea che ragionare in termini di parità formale risulta del tutto inutile se tale parità sussiste in diritto ma non in fatto (42). Che si tratti di *égalité des chances* oppure *égalité des résultats* sarà la Corte di Giustizia a dirlo, nel corso del decennio successivo, al termine di un percorso polarizzato fra la «visione liberale» di *Kalanke* (43) e quella interventista di *Marshall* (44), disponibile ad ammettere *preferential treatment* a favore delle donne (45). L'iniziale orientamento restrittivo, volto a escludere

(38) Il concetto di genere è stato introdotto ufficialmente nel discorso scientifico da Gayle Rubin in *The traffic in women* nel 1975. Secondo l'Autrice il *gender system* è l'insieme delle disposizioni (processi, comportamenti, rapporti ecc.) sulla base delle quali ogni società trasforma il fatto biologico della differenza sessuale in prodotto dell'attività umana e organizza la divisione dei compiti spettanti a ogni sesso.

(39) Si allude alla sentenza *Danfoss*, Corte di Giustizia 17 ottobre 1989, causa C-109/88, in *Racc.*, 1989, p. 3199, in cui l'adattabilità del lavoratore a orari e luoghi variabili ai fini della corresponsione di aumenti retributivi è stata considerata dalla Corte potenzialmente dannosa nei confronti delle lavoratrici a causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente la responsabilità.

(40) Cfr. art. 2, par. 4, della Direttiva n. 76/207/Cee, in cui si afferma che «la presente direttiva non pregiudica le misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nei settori di cui all'articolo 1, paragrafo 1».

(41) Come noto, la Raccomandazione n. 84/635/Cee accoglie una nozione teleologica di azioni positive il cui fine è quello di «eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e promuovere l'occupazione mista».

(42) M. Barbera, *Il lavoro notturno delle donne*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 310.

(43) Corte di Giustizia 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, in *Racc.*, 1995, p. 3051.

(44) Corte di Giustizia 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marshall*, in *Racc.*, 1997, p. 6363. E. Ales, *Azioni positive e parità di trattamento uomo-donna nel diritto comunitario: la Corte di Giustizia supera l'indirizzo Kalanke?*, in *Dir. lav.*, 1998, p. 109; L. Calafà, *Le quote condizionate a favore delle donne al vaglio della Corte del Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 214; S. Scarponi, *La sentenza Marshall sui sistemi di quote: continuità e discontinuità rispetto Kalanke*, in *q. Riv.*, 1998, pp. 45 ss.

(45) M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 11 ss.; Idem, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lav. dir.*,

vantaggi aprioristicamente determinati (46), è destinato a cedere di fronte all'assunto che considera le pari opportunità come necessario completamento del principio di eguaglianza (47), di modo che la previsione di misure specifiche a favore delle donne non contrasta con il dogma della parità purché tali misure siano sostenute da criteri di flessibilità, ragionevolezza, temporaneità e proporzionalità (48).

---

1996, pp. 117 ss.; P. Mori, *Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Ue*, 1996, pp. 821 ss.; A. Cerri, B. Veneziani, *Le azioni positive dopo la sentenza Marshall. Le opinioni di*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, pp. 403 ss.; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le azioni positive da Kalanke a Marshall*, in *Lav. dir.*, 1998, pp. 675 ss.; S. Scarponi, *La sentenza Marshall sui sistemi di quote: continuità e discontinuità rispetto a Kalanke*, in *q. Riv.*, 1998, pp. 45 ss.; S. Fredman, *After Kalanke e Marshall. Affirming affirmative action*, in *The Cambridge yearbook of european legal studies*, 1998, pp. 199, ss.; L. Charpentier, *La sentenza Kalanke e il discorso dualista sulla disparità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 162.; M. Barbera, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in *q. Riv.*, 2002, p. 805; L. Calafà, *Azioni positive nel diritto comunitario*, in *Aa.Vv.*, *Lavoro delle donne e azioni positive*, Bari, 2002, pp. 321 ss.; Idem, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'eguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2005, pp. 273 ss.; O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 120, per il quale l'iter logico seguito dalla Corte in *Marshall* è volto a mascherare sotto un'apparente continuità con il passato (la sentenza *Kalanke*) quello che sostanzialmente sembra rappresentare un netto cambiamento di rotta.

(46) Corte di Giustizia 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, in *Racc.*, 1995, p. 3051.

(47) M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 11 ss.

(48) Corte di Giustizia 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*, in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 153; Corte di Giustizia 6 giugno 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson*, in *Racc.*, 2000, p. 5539; Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, causa 79/99, *Schnorbus*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, inserto n. 21, p. 13; Corte di Giustizia 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 833. Per un'analisi del contributo delle citate sentenze alla costruzione giuridica delle azioni positive si rinvia a A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Cedam, Padova, 2002; D. Izzi, *Eguaglianza e differenza nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergente*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 329 ss.; O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso*, cit. L'assunzione della prospettiva che coniuga il profilo prescrittivo con quello promozionale dà atto, costituendone l'impronta, anche del dispiegamento, in questi anni, di politiche paritarie in cui l'accento viene progressivamente posto non solo sull'azione conformatrice del diritto e sulla sua corretta applicazione (effettività), ma anche sull'adozione di misure non legislative volte a intervenire sugli elementi ostativi dell'eguaglianza dal lato della domanda e dell'offerta di lavoro. Mentre il Primo programma d'azione in materia di parità fra uomo e donna (1982-1985) si propone l'obiettivo di garantire la corretta applicazione delle direttive e di dar vita a un'opera di sensibilizzazione nei confronti degli imprenditori, dei sindacati e delle associazioni femminili sui nuovi diritti delle donne, il Programma successivo (1986-

Malgrado l'esistenza di nuovi riferimenti culturali e normativi, il dialogo fra la tutela della salute e il lavoro femminile esclude rappresentazioni diverse dallo stereotipo socio-culturale che fa coincidere il materno con il biologico, *natura clamat*, e dal connubio genere femminile e violenza, destinato ad assumere in tempi più recenti la caratura di femminicidio (49).

Mentre nella giurisprudenza della Corte si va radicando la *primaute* della maternità come unica fonte di rischio alla salute legato alla diversità biologica, dialetticamente chiamata a misurarsi con la costruzione giuridica della parità e del divieto di discriminazione (50), l'attenzione alla dimensione di genere è quasi esclusivamente circoscritta al tema della violenza nei confronti delle donne. Nella Risoluzione dell'11 giugno 1986, gli episodi di violenza vengono attribuiti a un complesso di cause psicologiche, sociologiche e sociali riconducibili alla posizione di debolezza economica della donna e alla sua conseguente dipendenza, che determina uno squilibrio nei rapporti di potere nella società. In tale prospettiva, il Parlamento deplora la mancata adozione da parte del Consiglio dei progetti di direttiva in materia di lavoro a tempo parziale, lavoro temporaneo, congedo parentale, piani previdenziali aziendali ecc. «che contribuirebbero a migliorare le condizioni economiche delle donne ampliandone le possibili scelte professionali e sociali, e ad agevolare un'equa suddivisione delle responsabilità professionali e familiari all'interno della coppia» (51). Il rapporto fra benessere della persona e violenza sul luogo di lavoro emerge nelle indicazioni ri-

---

1990) intende conseguire l'obiettivo di facilitare l'accesso delle donne alle nuove tecnologie e migliorare la redistribuzione delle responsabilità familiari fra i sessi.

(49) B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, F. Angeli, Milano, 2008.

(50) Corte di Giustizia 25 ottobre 1988, causa 312/86, *Commissione v. Francia*, in *Racc.*, 1986, p. 6315, in cui la derogabilità al principio della parità di trattamento è ricondotta alle particolarità della condizione femminile che richiedano misure di protezione della donna, come nei periodi di gravidanza e puerperio. Trattasi, peraltro, di una derogabilità da intendersi in senso restrittivo (Corte di Giustizia 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, in *Racc.*, 1986, p. 1651), posto che «dall'espressa menzione della gravidanza e della maternità emerge che la direttiva mira a garantire la protezione della condizione biologica della donna e delle relazioni particolari tra la donna e il figlio. La suddetta disposizione della direttiva non consente pertanto di escludere le donne da un determinato posto di lavoro per il motivo che l'opinione pubblica esigerebbe che esse siano più protette degli uomini contro rischi che riguardano allo stesso modo gli uomini e le donne e che sono diversi dalle esigenze specifiche di protezione della donna come quelle espressamente menzionate». In senso conforme, Corte di Giustizia 12 luglio 1984, causa 184/83, *Hofmann*, in p. 3047; Corte di Giustizia 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in *Racc.*, 1994, p. 3567.

(51) Risoluzione del Parlamento europeo 11 giugno 1986.

guardanti le molestie sessuali. Nel rivolgersi alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri, il Parlamento sollecita la Commissione a condurre uno studio che: a) dia una valutazione dei costi sostenuti dagli enti socio-previdenziali degli Stati membri per malattie o assenze dal lavoro dovute a ricatti sessuali nell'ambito lavorativo (malattie psicosomatiche, nevrosi ecc.); b) analizzi la relazione intercorrente fra le cadute di produttività nelle aziende pubbliche o private dove tali casi si verificano. Segue l'invito al Consiglio dei ministri a compiere tutti i passi necessari per armonizzare le norme di legge sul ricatto sessuale e sul lavoro nei vari Stati membri della Comunità e, in attesa di tale armonizzazione, le autorità nazionali sono chiamate a cercare di pervenire a una definizione giuridica di molestia sessuale affinché le vittime abbiano una base chiaramente definita su cui sporgere denuncia. Particolare attenzione è posta nei confronti dell'informazione. Il Parlamento invita i Governi degli Stati, le commissioni per l'uguaglianza delle opportunità e i sindacati a svolgere campagne d'informazione concertate volte a creare un'adeguata consapevolezza dei diritti individuali di tutti i lavoratori.

Astratto il valore sociale, la dimensione totalizzante ed esclusiva della violenza di genere appare, per certi versi, riduttiva se confrontata con le prospettive aperte dall'Atto unico europeo sul fronte del processo di armonizzazione coesiva (52). Sebbene il nuovo articolo 118A sia destinato a imprimere una svolta nella politica comunitaria in tema di salute e sicurezza (53), il processo di armonizzazione, sia prima che dopo l'introduzione del-

---

(52) G. Tesauo, *Diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 8, che osserva che con l'Atto unico europeo «la logica dell'integrazione negativa, fondata sull'abolizione di ostacoli diretti e indiretti agli scambi, si arricchisce [...] di nuovi campi di azione e di spinte rilevanti verso l'integrazione positiva».

(53) B. Caruso, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, Introduzione*, cit., pp. 163 ss., in cui l'Autore considera l'art. 118A una *back door* per regolamentare anche materie non specificamente o direttamente rientranti nella salute e sicurezza. Parla di evoluzione verso una logica di «prevenzione assoluta» P. Tullini, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008; M. Peruzzi, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 204, rileva che, «affrancata dalla logica funzionalista dell'art. 100, la Comunità, in presenza ora di un espresso richiamo nel Trattato, acquisisce così una specifica, ulteriore, competenza a intervenire in materia, distinta e qualificata da una *ratio* di progresso e miglioramento delle condizioni di tutela dei lavoratori [...] nonché agevolata dalla previsione del voto a maggioranza, e non più all'unanimità, in seno al Consiglio». Per M. Roccella D. Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, cit., p. 138, l'introduzione dell'art. 118A è alla base di una «produzione normativa che si segnala, sotto il profilo quantitativo, per la sua densità e sistematicità e, sotto il profilo qualitativo, per la scelta di una linea di rigore scon-

la base giuridica, appare relativamente neutro (54), nonostante il ripetuto riferimento ad «ambo i sessi» caratterizzi i tentativi istituzionali di fornire un'interpretazione ergonomica «dell'ambiente di lavoro» (55). Si tratta di un risultato deludente, se si considera che il primo Programma di azione sulla sicurezza (1978-1982) recava, già allora, testimonianza di una specifica attenzione al sesso femminile. Tra le azioni prioritarie, da sviluppare entro il 1982, vi era anche quella di «promuovere nuovi metodi di sorveglianza e di misura per l'accertamento dell'esposizione individuale, in particolare mediante l'applicazione di indicatori biologici sensibili. Particolare attenzione verrà prestata alla sorveglianza dell'esposizione nel caso delle donne, in particolare delle donne incinte, e degli adolescenti». In realtà, il perimetro della tutela della salute e della sicurezza del lavoro femminile

---

sciuta in precedenza». Meno recentemente, K. Banks, *L'article 118A. Element dynamique de la politique sociale communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 537.

(54) Di tale evidenza dà conto, nel periodo che precede l'Atto unico europeo, la Direttiva n. 80/1107/Cee del 27 novembre 1980 sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizioni ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro, approvata nell'ambito del primo Programma di azioni sulla sicurezza 1978-1982, nonché per le quattro direttive figlie relative alla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi rispettivamente: a) all'esposizione al piombo metallico e ai suoi componenti ionici; b) all'esposizione all'amianto; c) all'esposizione al rumore; d) alla proibizione di certi agenti specifici e/o di certe attività. È lo stesso dicasi per la Direttiva n. 80/836/Euratom, poi modificata dalla Direttiva n. 84/467/Euratom, relativa alla protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti. Per un'analisi della Direttiva n. 80/1107/Cee, si veda G. Arrigo, *La tutela della sicurezza e della salute nell'ordinamento comunitario*, in M. Rusciano, G. Natullo (a cura di), *Ambiente, sicurezza e lavoro*, Utet, Torino, 2007, p. 10, per il quale la direttiva «ha fatto da ponte per così dire fra il vecchio e nuovo diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori. Pur con vari limiti [...] ha dato impulso a un costante adeguamento della normativa protettiva all'evoluzione tecnica e produttiva, nonché alla valorizzazione crescente del ruolo che i lavoratori, direttamente e/o tramite loro rappresentanti, possono svolgere nella tutela della salute».

(55) Risoluzione sulla nozione di ambiente di lavoro e sul campo di applicazione dell'art. 118A del Trattato Cee (16 gennaio 1989), in cui il Parlamento afferma che «l'art. 118A non può limitarsi esclusivamente alla salute e alla sicurezza dei lavoratori in senso stretto ma inglobi anche provvedimenti relativi all'ergonomia e all'ambiente di lavoro e tutto ciò che colpisce direttamente o indirettamente in senso fisico o psichico i lavoratori di entrambi i sessi (punto 5.1.)», precisando che «nella nozione di ambiente di lavoro rientrano la durata, l'organizzazione e il contenuto del lavoro in quanto tali elementi incidono sulla sicurezza e la salute dei lavoratori di ambo i sessi come, per esempio, il lavoro notturno o talune forme di attività che risultano particolarmente gravose (lavoro a turni) e pericolose per i lavoratori di ambo i sessi» (punto 7). In proposito si veda *The concept of the working environment and the scope of article 118A of the Eec Treaty*, *Salisch Report*, Pe Doc. A 2/226/88, 21 ottobre 1988.

continuerà lungamente a coincidere con la vocazione riproduttiva delle donne, limitata, peraltro, alla fase gestazionale e del puerperio. In termini analoghi si caratterizzano, del resto, anche le Risoluzioni del 27 febbraio 1984 e del 21 dicembre 1987, con cui il Consiglio accoglie favorevolmente il secondo e il terzo Programma di azione in materia di sicurezza, igiene e salute nei luoghi di lavoro. Il terzo Programma si concentra in particolare sul miglioramento dei dispositivi di sicurezza ed ergonomici, sul miglioramento della protezione della salute, sull'importanza della formazione e dell'informazione, sull'adozione di iniziative specifiche a favore delle piccole e medie imprese nonché sul miglioramento del dialogo sociale (56).

A posteriori v'è da chiedersi se quel programma non contenesse già i prodromi del futuro corso di politica sociale in tema di ambiente e sicurezza, caratterizzato «dal superamento di un approccio basato sul diritto materiale di tipo regolatorio a favore di una razionalità procedurale di tipo riflessivo» (57). Certo è che l'azione comunitaria successiva enfatizza la portata armonizzatrice e conformatrice del diritto, affidando alla Direttiva quadro n. 89/391/Cee il compito di traghettare il sistema al di fuori della logica compromissoria entro cui si muoveva la normativa precedente (58). Le nuove disposizioni mirano a garantire un elevato livello di protezione

---

(56) Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa a un programma comunitario nel settore della sicurezza, dell'igiene e della salute sul luogo di lavoro 1996-2000*, Com(95)282 def., in *Salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Programma comunitario 1996-2000*, ed. Comunità europee, 1996, p. 15, in cui si afferma che «il terzo programma d'azione è stato un complemento essenziale degli aspetti sociali dello sviluppo del mercato interno. I principi adottati per tale programma sono ancora validi e costituiscono una base imprescindibile per le ulteriori azioni in corso di sviluppo».

(57) B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, cit., p. 9, che sottolinea l'affermarsi di un approccio mirato a fornire il sistema di autoregolazione per una maggiore effettività dello stesso.

(58) In proposito si veda R.F. Eberlie, *The new health and safety legislation of the European community*, in *Ind. law jour.*, 1990, n. 2, pp. 81 ss.; J.E. Kineke, *The Eec framework Directive for health and safety at work*, in *Boston College intern. & compar. law rev.*, 1991, vol. XIV, n. 1, pp. 214 ss.; M. Biagi, *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive Cee*, Maggioli, Rimini, 1991; Idem, *Ambiente di lavoro e politica sociale comunitaria*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 240, che sottolinea come si sia trattato «di un fondamentale momento nell'evoluzione della politica comunitaria in materia di sicurezza, visto che tale direttiva non si pone soltanto all'interno di un filone tecnico regolamentare, ma cerca di delineare un sistema di relazioni industriali dell'ambiente di lavoro»; J. Aparicio Tovar, *Sicurezza sul lavoro*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, p. 569, considera la Direttiva n. 89/391/Cee il provvedimento più radicale adottato dalla Comunità in materia di politica sociale; L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, cit.

dei lavoratori grazie all'attuazione, in via generalizzata, di misure preventive di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nonché attraverso l'informazione, la consultazione, la partecipazione equilibrata e la formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti. Il passaggio dalla filosofia risarcitoria a una logica prevenzionistica è testimoniato dall'inasprimento del dovere di sicurezza gravante sul datore di lavoro, il quale è tenuto a una puntuale valutazione preliminare dei rischi professionali non evitabili da contrastare alla fonte (59).

L'idea che il genere/sexo di appartenenza, al di là della gestazione e del puerperio, sia causa di un diverso grado di esposizione al rischio appare, tuttavia, di difficile radicamento. La stessa Direttiva quadro denuncia i limiti di un approccio destinato a soccombere alla «finta neutralità» tipica della cultura e del linguaggio dell'epoca (60). Se l'intento del legislatore comunitario era quello di ricomprendere con il termine neutro «lavoratori» di entrambi i sessi, sì da allargare la tutela della salute della donna lavoratrice oltre la maternità, il risultato finale è stato frustrato, come direbbe Cassirer, dall'ordine simbolico androcentrico, di cui la lingua è il filo primario (61). Solo così si spiega il risultato dimidiale di un *corpus* di norme che pure non ignora la diversa propensione al rischio. Fra i vari obblighi previsti dalla Direttiva n. 89/391/Cee, vi è, infatti, all'art. 15, quello della valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute, «inclusi i rischi riguardanti i gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari». In realtà, delle diciannove direttive figlie (62), l'approccio di genere sarà fatto valere esclusiva-

---

(59) B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 4, in cui l'Autore parla di «sdrammatizzazione del conflitto fra le formule astratte della massima sicurezza ragionevolmente praticabile, che origina dall'empirismo britannico, e della massima sicurezza tecnologicamente possibile, tipica dei sistemi continentali». Sull'evoluzione dell'obbligo di sicurezza si veda O. Bonardi, *La Corte di Giustizia e l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro: il criterio del reasonably practicable è assolto per insufficienza di prove?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, pp. 12 ss.

(60) A. Facchi, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporaneo*, Milano, Cortina, 1999.

(61) Cfr. A. Perrotta Rabissi, *Parlare e scrivere senza cancellare uno dei due sessi*, in E. Chiti (a cura di), *Educare a essere donne e uomini: intreccio fra teoria e pratica*, Rosenberg & Sellier, 1998; secondo questa opinione «la natura androcentrica della lingua, rendendo invisibili i soggetti femminili, denominati sotto la categoria generale di uomini, occulta sia la presenza che l'assenza delle donne reali, dai processi della vita sociale, politica, culturale».

(62) Sulla base della cornice delineata dalla Direttiva quadro n. 89/391/Cee verranno adottate diciannove direttive di dettaglio (cd. direttive figlie) dedicate a speci-

mente ai fini dell'adozione della Direttiva n. 92/85/Cee, destinata a colmare la «clamorosa lacuna del diritto comunitario, relativa all'assenza di prescrizioni minime in materia, appunto, di protezione della maternità» (63).

Per il resto prevale un'idea assimilazionista rispetto alla salute e alla sicurezza simbolicamente affidata alla traduzione italiana della direttiva. Eccezion fatta per l'esplicito riferimento alla tutela della salute delle lavoratrici gestanti e puerpere, l'art. 6, comma 2, lett. *d*, individua, fra i principi generali di prevenzione, quello «di adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione, in particola-

---

fiche situazioni di rischio. In proposito si rinvia a M. Lai, A. Lebra, *Direttiva Cee: lavoro ai videoterminali*, in *Dir. prat. lav.*, 1990, n. 39, pp. 2845 ss.; Idem, *La Direttiva Cee sugli agenti cancerogeni*, *ivi*, 1191, n. 7, pp. 395 ss.; Idem, *La Direttiva Cee sugli agenti biologici*, *ivi*, 1991, n. 20, pp. 1244 ss.; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità europea*, cit., pp. 369 ss.; G. Arrigo, *La tutela della sicurezza e della salute nell'ordinamento comunitario*, in M. Rusciano, G. Natullo (a cura di), *Ambiente, sicurezza e lavoro*, Utet, Torino, 2007.

(63) E. Ales, *La protezione della salute della donna lavoratrice nella normativa internazionale e comunitaria*, in Aa.Vv., *La tutela della salute della donna nel mondo del lavoro*, in <http://www.ondaosservatorio.it/allegati/Progettiattivitvital/Altri%20Progetti/2007/documentazione/tutelasalutedonnaAles.pdf>. Come noto, la Direttiva n. 92/85/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della Direttiva n. 89/391/Cee), prevede una serie di tutele specifiche in tema di esposizione ad agenti nocivi, lavoro notturno, astensione dal lavoro e divieto di licenziamento. Per un'analisi dei contenuti della direttiva, si rinvia a E. Ales, *Tutela della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro e protezione delle lavoratrici madri: la decima Direttiva n. 92/85/Cee*, in *Lav. dir.*, 1993, I, p. 470; M. Lai, *Tutela della maternità nella legislazione europea*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 78; E. Ellis, *Protection of pregnancy and maternity*, in *Ind. law jour.*, 1993, pp. 63 ss.; A. Adinolfi, R. Bortone, *Tutela della salute delle lavoratrici madri dopo la Direttiva n. 92/85*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, pp. 361 ss.; G. Della Rocca, *Sicurezza e salute sul lavoro delle lavoratrici madri*, in *Dir. lav.*, 1997, I, p. 533. Critica nei confronti dei contenuti della direttiva è M.V. Ballestrero, *Dal divieto di lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne*, in *q. Riv.*, 1992, p. 700, che sottolinea l'abbandono «della tradizionale strada del divieto in favore del conferimento alla lavoratrice del diritto (di portata limitata) a non svolgere lavoro notturno». In senso conforme M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 375, che ravvisa la medesima logica ispiratrice anche nelle disposizioni che limitano «ad almeno due settimane» l'obbligatorietà dell'astensione dal lavoro rispetto all'arco temporale di quattordici settimane previste dalla direttiva. Sul punto si veda, peraltro, Corte di Giustizia 27 ottobre 1998, causa C-411/96, *Boyle v. Equal opportunities commission*, in *Racc.*, 1998, p. 6401, laddove si afferma che il congedo di maternità «è un diritto cui le lavoratrici possono rinunciare, eccezione fatta per le due settimane di congedo obbligatorio».

re per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute». È fuor di dubbio che il sostantivo «uomo» sia stato utilizzato dal legislatore comunitario con valore inclusivo di entrambi i sessi, come sinonimo di essere vivente, essere umano o genere umano. Nondimeno, l'ossequio al principio di «neutralità di genere» del linguaggio, vivamente raccomandato dal Parlamento europeo quindici anni dopo (64), ha finito involontariamente per assumere una connotazione di *parzialità* nei confronti della tutela della donna lavoratrice. Situazione, quella anzidetta, che si è riproposta anche nell'ordinamento interno, dove la valenza inclusiva del termine «lavoratori» da parte del d.lgs. n. 626 del 1994 si è scontrata con il paradigma maschile come modello dominante di interpretazione e applicazione della norma nella realtà. Anche in questo caso ha prevalso nella maggior parte delle situazioni la logica tendente a negare la rilevanza della differenza sessuale e di genere nell'adempimento degli obblighi in tema di tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro. Operazione, quest'ultima, indirettamente facilitata dalla previsione da parte del legislatore italiano di un diverso trattamento per le donne solo con riferimento ai servizi igienici, ai lavabi e agli spogliatoi nei luoghi di lavoro nonché dalle disposizioni dedicate alla gravidanza e al puerperio.

4. — *Gli anni novanta: verso il cambiamento* — L'avvio di una profonda stagione di cambiamenti culturali, destinati a produrre conseguenze politiche, giuridiche e sociali a livello comunitario (65) e non solo, è affidata alla quarta Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne svoltasi a

(64) Si veda, in proposito, *La neutralità di genere nel linguaggio usato dal Parlamento europeo*, 2008, in <http://ec.europa.eu/dgs/translation/reil/documenti/rete/neutralitagenera.pdf>, in cui si afferma la necessità di «evitare l'uso di termini che, in quanto implicino la superiorità di un sesso sull'altro, possono avere una connotazione di parzialità, discriminazione o *deminutio capitis*, giacché, nella maggior parte dei contesti, il sesso di appartenenza della persona interessata è o dovrebbe essere irrilevante».

(65) Non pare inverosimile sostenere che la Conferenza di Pechino abbia esercitato una profonda influenza anche sulle fonti dell'Unione. Il Trattato di Amsterdam rafforza il fondamento giuridico dell'azione comunitaria, formalizzando il concetto di *mainstreaming* di genere, ovvero facendo della parità un obiettivo orizzontale in tutte le attività comunitarie. L'articolo 3 stabilisce che l'Unione «mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità fra gli uomini e le donne». L'art. 141 (ex art. 119, Trattato Ce) sancisce il divieto di discriminazione in senso ampio, superando la dimensione strettamente retributiva del Trattato delle origini. L'art. 13 prevede, infine, una nuova base giuridica in forza della quale le istituzioni comunitarie possono adottare gli opportuni provvedimenti per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, razza, origine etnica, religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali.

Pechino nel settembre del 1995. La Dichiarazione e la Piattaforma d'azione (Pda) adottate a conclusione della Conferenza definiscono gli obiettivi strategici e le azioni che devono essere realizzate per migliorare la condizione delle donne, aumentare la partecipazione politica e sociale ecc. Fra le dodici aree critiche, oggetto di intervento da parte dei Governi dei paesi firmatari, vi sono ricomprese le «donne e la salute» e la «violenza contro le donne».

Rispetto alla violenza (66), la piattaforma riflette, almeno in parte, il dibattito e gli sforzi compiuti a livello comunitario sul tema delle molestie sessuali sul luogo di lavoro, come dimostra il terzo Programma d'azione comunitaria a medio termine sulla parità di opportunità tra donne e uomini (1991-1995). La protezione della dignità delle donne e degli uomini nel lavoro è indicata come il primo degli ambiti in cui la Commissione, su impulso del Consiglio (67), si impegna ad adottare misure specifiche, compresa la predisposizione di un codice di buona condotta che dovrebbe fornire orientamenti basati su esempi e sulle prassi più appropriate esistenti negli Stati membri. Il fine ultimo è avviare e/o proseguire una politica positiva intesa a creare nel mondo del lavoro un clima in cui uomini e donne rispettino reciprocamente la loro dignità umana. Il codice di condotta vedrà la luce di lì a poco con la Raccomandazione n. 92/131/Cee della Commissione sulla «Tutela della dignità delle donne e degli uomini nel

---

(66) Nell'espressione «violenza contro le donne», la piattaforma di Pechino ricomprende la «violenza fisica, sessuale e psicologica che si verifica nella società, inclusi lo stupro, l'abuso sessuale, la molestia sessuale, e l'intimidazione sul posto di lavoro, nelle istituzioni scolastiche e altrove, il prossenetismo e la prostituzione forzata».

(67) Risoluzione del Consiglio sulla tutela della dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro del 29 maggio 1990. Il Consiglio afferma che ogni comportamento a connotazione sessuale, compreso quello di superiori e colleghi, costituisce un'intollerabile violazione della dignità di lavoratori/lavoratrici e tirocinanti e invita gli Stati membri e le istituzioni e gli organi delle Comunità europee a perseguire una politica positiva intesa a creare un ambiente di lavoro in cui uomini e donne rispettino reciprocamente l'inviolabilità della loro persona. Il Consiglio sollecita la Commissione a «elaborare per il 10 luglio 1991, in collaborazione con le parti sociali e previa consultazione con gli Stati membri e le autorità nazionali che si occupano di eguaglianza delle opportunità, un codice di condotta sulla tutela della dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro, che fornisca orientamenti basati su esempi e sulle prassi più appropriati esistenti negli Stati membri per avviare e proseguire una politica positiva intesa a creare nel mondo del lavoro un clima in cui uomini e donne rispettino reciprocamente la loro dignità umana». Si veda anche il parere espresso del Comitato consultivo per l'eguaglianza dell'opportunità fra uomini e donne del 20 giugno 1988, in cui il Comitato raccomanda che siano adottati una raccomandazione e un codice di condotta concernenti le molestie sessuali sul lavoro nei confronti di entrambi i sessi.

mondo del lavoro». Il testo della raccomandazione sollecita gli Stati membri ad adottare provvedimenti volti a eliminare gli atti di umiliazione e di intimidazione sessuale che colpiscono gli individui più bisognosi ovvero più «ricattabili», come le donne divorziate o separate, le giovani al primo impiego o con contratti precari nonché le categorie più indifese (handicapati, omosessuali e minoranze etniche). Il codice, in cui è dato rinvenire sia la nozione di molestia sia la distinzione, seppur non limpida (68), fra molestia basata sul sesso e molestia a sfondo sessuale, fornisce a imprenditori, sindacati e lavoratori gli orientamenti per prevenire il fenomeno e garantire l'attuazione rapida di procedure per risolvere il problema ed evitarne la ripetizione (69)

Mentre si riconferma l'opzione regolativa che privilegia l'uso di strumenti d'intervento *soft*, la problematizzazione del tema della violenza/molestie in termini ulteriori rispetto alla sessualità maschile/femminile rappresenta un elemento di novità, di indubbio interesse, laddove la Corte di Giustizia è chiamata ormai a confrontarsi, con risultati, invero, oscillanti (70), con «la dimensione fluida, flessibile e fluttuante, dinamica e noma-

---

(68) G. Simone, *Le molestie sessuali fra tutela della libertà e della salute della donna*, in <http://www.ondaosservatorio.it/allegati/Progettiattivitvita/Altri%20Progetti/2007/documentazione/tutelasalutedonnaDeSimoneFVeronesi.pdf>, p. 4, in cui l'Autore sottolinea come la raccomandazione distingua «i comportamenti a connotazione sessuale da ogni altro comportamento basato sul sesso», considerandoli entrambi inammissibili. «Ciò che distingue la molestia sessuale da una molestia di genere è la “connotazione sessuale” del comportamento subito. Ciò che accomuna le due nozioni è il bene tutelato dalle norme espresse: la dignità di una persona».

(69) Ritenendo che la violenza tocchi profondamente la vita della donne e impedisca loro di conseguire un'autentica parità, il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione e al Consiglio di proclamare il 1999 «Anno europeo di lotta contro la violenza nei confronti delle donne». La proposta è stata presentata con la dichiarazione scritta del 9 marzo 1998, che è stata firmata da 350 deputati al Parlamento europeo e approvata il 2 aprile 1998. Sempre nel 1999, il Parlamento ha approvato alcuni importanti programmi d'azione, fra cui il Programma Daphne sulle misure per combattere la violenza nei confronti dei bambini, dei giovani e delle donne, il Programma di accesso all'occupazione, alla formazione professionale e alla promozione e alle condizioni di lavoro.

(70) Cfr. Corte di Giustizia 30 aprile 1996, causa C-13/94, in *Racc.*, 1996, p. 2143, in merito al divieto di licenziamento di un lavoratore britannico che aveva subito un'operazione di cambiamento di sesso. A detta della Corte, «la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata». Meno tollerante si è mostrata invece la Corte nei confronti di una coppia omosessuale che

de, del pansessualismo/polimorfismo sessuale contro il binarismo sessuale» (71). D'altro canto, di fronte alla prospettiva di «rinegoziare i confini tra il naturale – e la sua relativa inflessibilità – e il sociale – e la sua relativa modificabilità» (72) –, il diritto, segnatamente quello antidiscriminatorio, non può non interrogarsi sulle implicazioni giuridiche dei nuovi significati attribuiti al *gender*.

Nella nuova trama che si va tessendo attorno ai temi dell'eguaglianza, parità, pari opportunità (73), alimentata dal virtuoso rapporto fra fonti

---

rivendicava il diritto a ottenere i medesimi vantaggi salariali previsti dal regolamento di una compagnia ferroviaria britannica e riservati ai dipendenti sposati e/o conviventi con una persona di sesso diverso. Con la decisione 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, in *Racc.*, 1998, p. 621, la Corte ha respinto la tesi secondo cui l'art. 141 Trattato Ce proibirebbe non solo la discriminazione in base al sesso, ma anche quella basata sull'orientamento sessuale. Ai punti 34 e 35 la Corte precisa che, «allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto. Di conseguenza, il datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario a equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto. Pertanto compete unicamente al legislatore emanare eventualmente provvedimenti atti a incidere su questa situazione». Non priva di ambiguità è apparsa, infine, la decisione 7 gennaio 2004, causa C-117/01, in *Racc.*, 2004, p. 541, in cui la Corte è stata chiamata a decidere in merito alla richiesta di riconoscimento, da parte di una infermiera impiegata presso il *National health service*, al proprio partner transessuale convivente del diritto alla pensione di reversibilità in caso di morte della medesima. A fronte del diniego datoriale motivato sulla base che il beneficio spettava solo ai coniugi superstiti, la Corte ha affermato che «la posizione sfavorevole in cui versano i transessuali nell'ordinamento britannico deve essere considerata in linea di principio incompatibile con il Trattato».

(71) L. Palazzani, *Ideologia gender: presupposti filosofici e implicazioni giuridiche*, in *Iustitia*, n. 2/2011, p. 4.

(72) *Ibidem*.

(73) Oltre all'art. 141 (*ex art.* 119, Trattato Ce), che sancisce il divieto di discriminazione in senso ampio, superando la dimensione strettamente retributiva del Trattato delle origini, il riferimento è all'art. 13, introdotto dal Trattato di Amsterdam, che prevede una nuova base giuridica in forza della quale le istituzioni comunitarie possono adottare gli opportuni provvedimenti per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, razza, origine etnica, religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali. Sugli sviluppi del diritto antidiscriminatorio si veda M. Bell, *Antidiscrimination law and European union*, Oxford University Press, 2002; J. Cruz Villalon, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 361, che parla di un diritto discriminatorio «fuoriuscito dall'oasi esclusiva delle discriminazioni di sesso»; F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, *ivi*, 2003, p. 361; L. Pignataro, *Il principio di non discrimina-*

scritte e non scritte (74), l'*acquis* comunitario non sembra, tuttavia, disponibile a incorporare le questioni di genere nella elaborazione delle politiche e strategie prevenzionistiche.

In verità, non mancano negli anni che precedono la Conferenza di Pechino interventi volti al miglioramento sia della salute e della sicurezza, sia delle condizioni di lavoro, sullo sfondo di iniziative di più ampio respiro dall'indubbio valore anche simbolico (75).

L'una per ragioni legate alla crescente flessibilizzazione/precarizzazione del lavoro, l'altra per gli effetti moltiplicatori che ne derivano sul piano normativo (76), il protagonismo cui sono destinate le Direttive n.

---

*zione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la Direttiva n. 2000/78/Ce e la Direttiva n. 2000/43/Ce), in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), Diritto del lavoro dell'Unione europea, tomo IX, Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 2010, p. 414.*

(74) Sul versante del diritto derivato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha trovato nuova sistematizzazione nella Direttiva n. 97/80/Ce (oggi art. 19, Direttiva n. 2006/54/Ce). La direttiva sancisce il principio dell'inversione dell'onere della prova, fornendo al contempo una chiara definizione di discriminazione indiretta, seppur in una prospettiva ancora incentrata sulla dimensione quantitativa dello svantaggio. L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 205. Alle fonti non scritte si deve anche l'adozione della Direttiva n. 96/97/Ce, nota come Direttiva *post Barber*, che modifica la Direttiva n. 86/378/Cee relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne nei regimi professionali di sicurezza sociale. La modifica si è resa necessaria a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in *Racc.*, 1990, p. 1889, che ha riconosciuto che tutte le forme di pensioni professionali costituiscono un elemento di retribuzione a norma dell'art. 119 del Trattato. Sul tema, si veda D. Izzi, *I fondi pensioni e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario*, in M. Bessone, F. Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, IX *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Torino Utet, 2004, pp. 67 ss.; O. Bonardi, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 83/2010.

(75) Il 1992 è stato proclamato l'Anno europeo della sicurezza, dell'igiene e della salute sul luogo di lavoro. La campagna si basa, da un lato, sulle direttive comunitarie redatte nell'ambito del terzo Programma d'azione della Commissione, dall'altro, sulla promozione in tutti gli Stati membri di progetti intesi a migliorare la salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

(76) Si allude alle conseguenze della pronuncia della Corte di Giustizia a seguito del ricorso presentato dal Regno Unito per ottenere l'annullamento della Direttiva n. 93/104/Ce, causa C-84/94, *Regno Unito-Consiglio*, in *Racc.*, 1996, p. 5755. In proposito si v. B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, cit., p. 7, il quale, con riferimento alla decisione della Corte, osserva che la stessa «ha finito per avallare una visione ampia dell'ambiente di lavoro comprensiva di una molteplicità di aspetti connessi ai diritti e agli interessi dei lavoratori sì da conferire alla materia del-

91/383/Cee (77) e n. 93/104/Ce (78) costituisce la premessa per l'allargamento degli spazi dell'azione comunitaria oltre il lavoro standard (79) e la rigida concezione d'oltremontana dell'ambiente di lavoro (80). Relativamente a tale ultimo aspetto, la decisione della Corte di Giustizia, causa C-

---

la protezione e promozione dell'ambiente di lavoro la funzione di «cuneo sociale piantato nel cuore dell'Europa». Si veda anche P. Martin, *L'harmonisation sociale en debat*, in *Dr. soc.*, 1996, p. 303; L. Waddington, *Towards a healthier and more secure european social policy*, in *Maastricht journal of european and comparative laws*, 1997, p. 83.

(77) La Direttiva n. 91/383/Cee completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a termine o un rapporto di lavoro interinale.

(78) La Direttiva n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'orario di lavoro, stabilisce prescrizioni minime al fine di garantire che i lavoratori siano tutelati contro gli effetti nocivi provocati da tempi di lavoro eccessivamente lunghi, riposo inadeguato.

(79) M. Peruzzi, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 214, laddove osserva che «la maggior funzionalità dell'art. 118A rispetto ad altre basi giuridiche in tema di politica sociale» è alla base dell'adozione della Direttiva n. 91/383/Cee: «unico intervento normativo sul lavoro atipico a essere adottato, all'epoca, nonostante l'elaborazione di altre due proposte, fondate tuttavia su diverse basi giuridiche e per questo arenatesi in seno al Consiglio».

(80) Si allude al ricorso presentato nel 1994 dal Regno Unito per ottenere l'annullamento della Direttiva n. 93/104/Cee sull'organizzazione dell'orario di lavoro. Secondo il Governo britannico le nozioni di «ambiente di lavoro» «sicurezza» e «salute» dell'articolo 118A dovevano interpretarsi in senso restrittivo, non potendo, pertanto, essere impiegate nell'adozione di una direttiva sull'orario di lavoro. Nella sentenza del 12 novembre 1996 (causa C-84/94, *Regno Unito-Consiglio*, in *Racc.*, 1996, p. 5755), la Corte di Giustizia ha sancito la portata estensiva della norma, peraltro ribadita anche dalla giurisprudenza successiva. Secondo la Corte, le nozioni di ambiente di lavoro, sicurezza e salute devono essere interpretate in senso ampio, come riguardanti tutti i fattori fisici e di altra natura in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro, compresi i profili dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Trattasi di un'interpretazione «avvalorata dal preambolo della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, alla quale appartengono tutti gli Stati membri, che definisce la salute come uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non come uno stato che consiste nella sola assenza di malattie o infermità». Si veda anche Corte di Giustizia 17 dicembre 1998, causa C-2/97, *Società italiana petroli Spa (Ip)-Borssana Srl*, in *Racc.*, 1998, p. 8597. Sul ridimensionamento del dibattito circa la portata estensiva della norma, si v. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 361, in cui si osserva che «le polemiche [...] hanno perso di rilievo a fronte di una disposizione, l'art. 137 del Trattato Ce, che legittima ormai interventi normativi della Comunità sull'insieme delle condizioni di lavoro, rendendo superfluo interrogarsi sul significato di nozione di ambiente di lavoro». Sulle ragioni del contrasto fra Regno Unito e Unione europea, si veda A. Neal, *La politica sociale e l'allargamento dell'Unione europea, il punto di vista britannico*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, n. 2, p. 11; I. Inglese, *Sbaglia il Regno Unito quando nega il nesso fra salute, sicurezza e orario di lavoro*, in *Guida lav.*, 1996, n. 49, p. 104.

84/94 (81), sebbene annunciata (82), offre inediti spazi di riflessione (83), come, del resto, quella «giurisprudenza obliqua» (84), anticipatrice dei contenuti della Direttiva n. 93/104/Ce (85), che nel palesare le tangenze fra lavoro notturno femminile e ambiente di lavoro ne denuncia, però, al contempo la difficoltà di sistematizzazione (86). Tutto questo in un momento in cui la politica della Ue, *a fortiori* quella che farà seguito alla Seo (87), è sempre più orientata al perseguimento della parità e delle pari opportunità fra uomo e donna nella vita lavorativa attraverso il superamento della costruzione sessuata dei ruoli finanche la ridefinizione delle madri lavoratrici per il mercato (88). Sotto questo profilo, è indubbio che il miglioramento delle condizioni di lavoro dovuto al processo di armonizzazione e alle politiche promozional-paritarie abbia avuto ricadute positive anche sulla tutela della salute femminile, come, del resto, intuito dal Parlamento europeo dieci anni prima a proposito delle misure contro la violenza sulle donne (89). Nondimeno, si tratta di un risultato riflesso, su cui pesa la separatezza dell'azione comunitaria e la mancanza di una piena consapevolezza delle relazioni fra disuguaglianze di genere e diseguaglianze di salute in ambito lavorativo.

A ciò contribuisce anche l'effetto involontariamente draconiano del principio della parità giuridica che consolida l'idea di un diritto «diseguale» esclusivamente radicato sulla maternità e non anche sulla possibilità di trattamenti differenziati in ragione di una diversa esposizione femminile al rischio legato all'ambiente e/o all'organizzazione del lavoro. Paradigmatica,

---

(81) Vedi nota precedente.

(82) E. Adams, J. Nazerali, *Working time directive – a storm in a teacup?*, in *Business law review*, 1996, p. 246.

(83) P. Tullini, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, tomo II, 2008, p. 1268, per la quale l'ambiente di lavoro costituisce «una nozione polisenso [...] carica di molteplici significati».

(84) G. Ricci, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in *Lav. dir.*, 1998, p. 84.

(85) *Ibidem*.

(86) Si vedano le considerazioni che seguono.

(87) Cfr. *Dieci anni di strategia europea per l'occupazione (Seo)*, Comunità europee, 2007.

(88) Si allude alla Direttiva n. 97/81/Ce, relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'Unice, dal Ceep e dalla Ces, e alla Direttiva n. 96/34/Ce, concernente l'Accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'Unice, dalla Ceep e dalla Ces. Quest'ultima direttiva costituisce le premesse, da un lato, per una rivisitazione del tradizionale rapporto fra tempi di vita e di lavoro, dall'altro, per un superamento della concezione maternocentrica dei diritti di cura a vantaggio di una redistribuzione in termini paritari del lavoro di cura fra i sessi.

(89) Si vedano considerazioni precedenti.

da questo punto di vista, è la discussa giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla natura discriminatoria del divieto di lavoro notturno femminile inaugurata da *Stoeckel* (90) e successivamente ribadita nelle sentenze *Levy* (91) e *Minne* (92). Le «certezze» (93) che sorreggevano il paradigma della nocività del lavoro notturno rispetto al genere femminile sono venute meno allorché questo è stato posto in relazione col paradigma dell'eguaglianza di derivazione comunitaria. Dando atto di un approccio formalistico, non solo si è negata ogni rilevanza ai «fattori sociali e ambientali» che differenziano la condizione della donna lavoratrice (94), ma si è persa anche l'occasione per una riflessione sul carattere neutro del processo di armonizzazione sui temi della salute femminile oltre la maternità, rispetto alla quale si osserva, al contrario, una «tensione più garantista» (95) di quella che anima le fonti scritte (96).

---

(90) Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-345/89, *Stoeckel*, in *Dir. lav.*, 1991, II, p. 348, in cui la Corte è stata chiamata a decidere in via pregiudiziale sulla conformità dell'art. 213-1 del *code du travail* francese, che vietava il lavoro notturno delle donne, con i principi comunitari in materia di parità di trattamento. Alla decisione ha fatto seguito la sentenza della Corte di Giustizia 13 marzo 1997, causa C-197/96, *Commissione v. Francia*, che ha condannato la Francia per essere venuta meno agli obblighi comunitari ai sensi dell'art. 5, n. 1, Direttiva n. 76/207/Cee. Analoga pronuncia è stata emessa nei confronti dell'Italia per non essersi conformata alla Direttiva n. 76/207/Cee sulla parità fra uomo e donna, mantenendo in vigore il divieto di lavoro notturno di cui all'art. 5 della legge n. 903/1977: Corte di Giustizia 4 dicembre 1997, causa C-207/96, *Commissione c. Italia*, in *Guida lav.*, 1997, p. 97.

(91) Corte di Giustizia 2 agosto 1993, causa C-158/91, *Levy*, in *Racc.*, 1993, p. 4287.

(92) Corte di Giustizia 3 febbraio 1994, causa C-13/93, *Minnie*, in *Racc.*, 1994, p. 371.

(93) M.V. Ballestrero, *Il lavoro notturno delle donne fra diritto comunitario e diritto interno*, in [www.ondaosservatorio.it](http://www.ondaosservatorio.it); Idem, *Dal divieto di lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne*, in *q. Riv.*, 1992, p. 695.

(94) Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-345/89, *Stoeckel*, in *Dir. lav.*, 1991, II, p. 348, punto 17, della motivazione, ove si legge che «quanto alle responsabilità familiari, la Corte ha già affermato che la direttiva non ha lo scopo di disciplinare questioni attinenti all'organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle responsabilità all'interno della coppia». Relativamente al rischio di aggressioni, nel punto 13 della motivazione la Corte afferma che, «quali che possano essere gli inconvenienti del lavoro notturno, non sembra che, salvo i casi di gravidanza e maternità, i rischi ai quali le donne si trovano esposte a causa del detto lavoro presentino, in linea generale, natura differente da quelli cui sono esposti anche gli uomini».

(95) G. Ricci, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in *Lav. dir.*, 1998, p. 88, il quale sottolinea come la Direttiva n. 92/85/Cee abbia introdotto una sorta di clausola di autodeterminazione, lasciando alla gestante e/o puerpera la facoltà di decidere se svolgere o meno lavoro notturno durante il congedo di maternità.

(96) *Ibidem*; secondo questa opinione «le istanze superiori di protezione della maternità non soltanto giustificano una deroga ai principi di pari opportunità, ma im-

Si tratta di un risultato per nulla sorprendente considerata la «letargia» istituzionale che caratterizza il quarto Programma relativo alla tutela della sicurezza, dell'igiene e della salute sul luogo di lavoro (1996-2000), Com(95)282, final (97). Mentre la locuzione «differenza di genere» è totalmente assente, il sostantivo «donna» compare una sola volta a fronte di un documento di circa cinquantasei pagine. Di fatto, l'innovatività cui aspira il programma si risolve, per ciò che qui interessa, nell'intento di intensificare o avviare ricerche al fine di individuare il «bisogno di misure specifiche per le donne e i giovani». Seppur modesto, anche a causa della sua valenza programmatoria, si tratta, comunque, di un elemento di novità, considerato che nel documento consultivo «Quadro generale per l'azio-

pongono forti limitazioni al potere organizzativo del datore di lavoro, obbligandolo ad adeguare le mansioni al particolare *status* psico-fisico della lavoratrice e inibendolo dell'esercizio del potere di recesso unilaterale per motivi legati alla maternità». In proposito si veda Corte di Giustizia 8 novembre 1990, causa C-179/88, *Ha Og Ko. Fo*, in *Racc.*, 1990, p. 3979; Corte di Giustizia 5 maggio 1994, causa C-421/92, *Habermann-Beltermann*, in *Racc.*, 1994, p. 1657; Corte di Giustizia 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb c. Emo Air Cargo*, in *Racc.*, 1994, p. 3567; Corte di Giustizia 13 febbraio 1996, causa C-342/93, *Gillespie e a.*, in *Racc.*, 1996, p. 1475, da cui si ricava la natura discriminatoria del licenziamento a motivo della gravidanza. Il carattere discriminatorio è stato affermato anche con riferimento al licenziamento della lavoratrice assunta con un contratto a termine e risultata inabile per una parte rilevante della durata del contratto stesso (cfr. Corte di Giustizia 4 ottobre 2001, causa C-109/00, *Tele Danmark*, in *Racc.*, 2001, p. 6993). Parimenti illegittimo è stato considerato il licenziamento della lavoratrice a causa della malattia connessa alla gravidanza e sopravvenuta anteriormente al congedo di maternità. Secondo la Corte, posto che «la situazione di una lavoratrice gestante che si trovi in condizioni di incapacità lavorativa provocata dai disturbi connessi al suo stato di gravidanza non può essere equiparata alla situazione di un lavoratore di sesso maschile ammalato che sia assente per incapacità lavorativa durante lo stesso lasso di tempo», ne deriva che «un licenziamento del genere può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta fondata sul sesso» (Corte di Giustizia 30 giugno 1998, in causa C-394/96, *Brown*, in *Racc.*, 1998, p. 4285, punti 15 e 31). Sulla natura discriminatoria del rifiuto di assunzione di una donna in stato interessante, al pari del licenziamento, in quanto «un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso», si veda Corte di Giustizia 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen Plus*, in *Racc.*, 1990, p. 3941. In merito alla natura discriminatoria del mancato rinnovo o della mancata assunzione a termine della lavoratrice in gravidanza, si veda Corte di Giustizia 4 ottobre 2001, causa C-438/99, *Jiménez Melgar v. Ayuntamiento de Los Barrios*, in *Racc.*, 1999, p. 1231; Corte di Giustizia 3 febbraio 2000, causa C-207/98, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, in *Racc.*, 1998, p. 549).

(97) Comunicazione su un programma comunitario nel settore della sicurezza, dell'igiene e della salute al lavoro (1996-2000), Com(95)282 final.

ne della Commissione delle Comunità europee nel settore della sicurezza, dell'igiene e della salute sul luogo di lavoro (1994-2000)», Com(93)560 def., il riferimento alle problematiche di specifici gruppi risultava limitato ai giovani, ai lavoratori autonomi e, in maniera del tutto ovvia, alle donne gestanti. Non va, inoltre, sottotaciuto l'esplicito richiamo ai problemi riguardanti il benessere sul lavoro, fra cui lo stress lavorativo, che prefigura un approccio olistico al tema della salute e della sicurezza, destinato a divenire centrale nel corso degli anni (98).

Vale la pena di sottolineare come l'adozione di misure orientate alla ricerca si ricollegli al rafforzamento di un modello di *governance* che riconosce nella raccolta e nella diffusione di informazioni e nella divulgazione di buone pratiche i principali strumenti di intervento (99). Di fatto, si assiste al superamento della politica di *self-restraint* regolativo (100) a favore di *persuasive policy making* (101), il cui compito appare ora quello di consolidare i risultati ottenuti, garantendone la piena applicazione a livello domestico (102). Riprova ne è l'attivismo che caratterizza gli anni successivi (1996-

---

(98) M. Peruzzi, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2012, pp. 201 ss.

(99) In tale logica si colloca l'istituzione nel 1994 dell'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul luogo di lavoro (Osha), che si affianca alla Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. Entrambe le istituzioni hanno contribuito in modo significativo a far emergere la specificità del lavoro femminile rispetto ai rischi e alle malattie professionali legate all'ambiente e/o all'organizzazione del lavoro. Critico nei confronti di tali istituzioni, in particolare dell'Osha, è S. Smismans, *Toward a new community strategy on health and safety at work? Caught in the institutional web of soft procedures*, in *The international journal of comparative labour law and industrial relations*, 2003, pp. 62 ss.

(100) Cfr. B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, cit., p. 2; secondo questa opinione «si dà [...] per acquisita la fine dalla forza propulsiva del diritto regolativo come strumento privilegiato di armonizzazione dei sistemi nazionali di protezione ambientale».

(101) S. Smismans, *Toward a new community strategy on health and safety at work?*, cit., p. 75, il quale parla di una vera e propria crisi della politica europea sui temi della tutela della salute e della sicurezza da ricollegarsi all'importanza assunta da altre tematiche: prima fra tutte, l'occupazione.

(102) *Comunicazione su un programma comunitario nel settore della sicurezza, dell'igiene e della salute al lavoro (1996-2000)*, Com(95)282 def., p. 9 (punto 5 del Programma – Corretta attuazione da parte degli Stati membri della legislazione comunitaria già adottata), in cui si afferma che «una proporzione notevole di lavoro sarà di natura non legislativa ovvero comporterà il controllo di attuazione delle direttive che già esistono». Oltre al rafforzamento del ruolo degli ispettori, la corretta applicazione delle direttive è affidata alla previsione di procedure di controllo con possibile ricorso alla Corte di Giustizia. In particolare, la Commissione «persegue il controllo della comunicazione e della conformità delle misure nazionali che recepiscono le

1998), in cui il miglioramento del livello di recepimento delle direttive in tema di salute e sicurezza risulterà garantito da «una trentina di pareri motivati, sei decisioni di adire la Corte di Giustizia, e una sentenza della Corte contro uno Stato membro, a cui si aggiungono solo nove casi pendenti» (103).

5. — *Le conseguenze della Conferenza di Pechino* — Per il momento, non v'è dubbio che sia la Conferenza di Pechino a segnare il vero punto di svolta sul tema della salute della donna lavoratrice. In merito al rapporto fra lavoro e salute, gli obiettivi strategici includono la necessità di «formulare politiche speciali, delineare programmi e approvare leggi necessarie a ridurre ed eliminare i pericoli per la salute derivanti dall'ambiente e dal lavoro ai quali sono esposte le donne in casa, sul luogo di lavoro e fuori, prestando particolare attenzione alle donne in gravidanza e in fase di allattamento» (Obiettivo strategico C1 – Incrementare l'accesso delle donne, durante l'intero ciclo della loro vita, ad appropriati, economici e qualificati servizi sanitari e centri d'informazione). Così formulato, l'enunciato non lascia dubbi. L'attenzione verso la gravidanza e il puerperio costituisce solo uno dei vari aspetti di cui i governi devono tener conto nelle politiche a tutela della salute delle donne in ambito lavorativo. L'esposizione ai pericoli derivanti dall'ambiente di lavoro e dal lavoro è declinata rispetto all'ambito domestico, al luogo di lavoro e fuori da tali ambiti. Non v'è timore di sbagliare nell'affermare che con la Conferenza di Pechino la differenza sessuale e di genere si propone di entrare nella logica formale del sistema di tutela della salute e della sicurezza, creando nuove relazioni fra i due ambiti di intervento (104).

direttive in materia di salute e sicurezza. La Commissione continuerà il dialogo con le autorità nazionali responsabili del recepimento per valutare i casi di potenziale difformità rilevati. Se del caso, la Commissione avvierà procedure d'infrazione nei casi in cui Stati membri non abbiano comunicato la legge nazionale pertinente o quando tale legge non sia conforme alle disposizioni comunitarie. A intervalli regolari la Commissione riferirà sullo stato d'attuazione delle direttive in materia di salute e sicurezza».

(103) Cfr. *Relazione intermedia della Commissione sull'attuazione del Programma comunitario 1996-2000 sulla sicurezza, igiene e salute sul luogo di lavoro*, Com(98)511, in cui si afferma che il 95% degli Stati membri ha recepito le disposizioni legislative esistenti contro il 74 per cento relativo al 1996.

(104) Sulla questione si veda anche il *Quarto programma d'azione a medio termine per la parità di opportunità tra le donne e gli uomini (1996-2000)*, Com(95)381 def. Come recita il documento, il nuovo programma d'azione per la parità deve consentire di compiere progressi sul piano legislativo, di sviluppare effettivamente il principio del *mainstreaming* e di sostenere l'animazione di azioni

Il salto di qualità prodottosi a Pechino è percepibile nella Relazione intermedia della Commissione sull'attuazione del Programma comunitario 1996-2000 sulla sicurezza, igiene e salute sul luogo di lavoro Com(98)511 def. Alla luce dei cambiamenti intervenuti nel mercato del lavoro vengono riesaminate le priorità fissate precedentemente e stabilite di nuove per il periodo 1998-2000: a) rendere la legislazione più efficace; b) prepararsi all'ampliamento; c) rafforzare i legami con l'idoneità al lavoro; d) rivolgere l'attenzione ai nuovi rischi. Rispetto all'ultimo punto, l'accento è posto sulla costante crescita dell'occupazione femminile da cui derivano «esigenze specifiche di salute e sicurezza».

Nel solco della discontinuità si colloca anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 febbraio 1999 (A4-0050/1999) sull'attuazione del programma anzidetto. Sebbene non abbia natura vincolante e provenga da un organo tutto sommato privo di effettiva incidenza sul procedimento di formazione degli atti dell'Ue, ciò non ne pregiudica la forza politica che deriva dalla «voce del popolo». Al di là delle indicazioni specifiche (105), il documento si presenta come una sorta di manifesto per il futuro a partire dall'affermazione che il lavoro deve essere adattato alle capacità e ai bisogni delle persone e non viceversa. L'accento è posto sulla necessità di analizzare le nuove problematiche che non sono tutelate dalla legislazione vigente (stress, il logoramento, le aggressioni, le molestie sul posto di lavoro), come pure sull'importanza di porre maggiore attenzione nei confronti di quelle categorie che non rientrano nel campo di applicazione della protezione legislativa (i lavoratori a domicilio e i lavoratori autonomi). Rispetto alla differenza di genere, da un lato, viene formalmente sottolineata l'esigenza di approfondire i problemi derivanti dalla mancanza di auto-

---

specifiche a favore delle pari opportunità. Ancora più ambiziosa appare la Comunicazione della Commissione, *Integrare la parità di opportunità fra le donne e gli uomini nell'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie*, Com(96)67 def., in cui si afferma la volontà di costruire «una nuova *partnership* tra le donne e gli uomini tenendo conto delle diversità storico-culturali tra gli Stati membri e traendo vantaggio da questa diversità per elaborare un approccio europeo alla tematica della parità che sia nel contempo pluralistico e umanistico, che funga da riferimento per l'azione della Comunità e nel resto del mondo». «In tale prospettiva bisogna promuovere la parità delle donne e degli uomini nell'insieme delle azioni e delle politiche e a tutti i livelli. Si tratta di quello che è stato definito il principio del *mainstreaming* che la Comunità ha fatto proprio e la cui importanza fondamentale è stata ricordata in occasione delle Conferenze di Pechino».

(105) Nel documento si deplora, innanzitutto, il fatto che il programma Safe non sia stato adottato, mentre vengono appoggiate le iniziative della Commissione volte a migliorare il livello d'informazione delle Pmi.

nomia sul lavoro, dallo svolgimento di lavori monotoni e ripetitivi e dalla scarsità di contenuti di determinate mansioni, caratteristiche che sono tipiche soprattutto del lavoro femminile e, dall'altro, viene proposto di sviluppare l'attività statistica in modo tale da poter meglio identificare i problemi specifici delle donne.

6. — *La Strategia europea per la salute 2000-2006* — L'acquis comunitario che si sviluppa nel corso del primo decennio del secolo è dominato da un nuovo rapporto fra tutela della salute e differenza di genere. La neutralità del lessico comunitario, il totem della maternità come unico fondamento di una tutela differenziata sul luogo di lavoro lasciano il posto al riconoscimento della salute come diritto fondamentale della persona concettualmente collegato col principio di eguaglianza e con il divieto di discriminazione. L'integrazione del principio di parità nell'organizzazione e nella politica dell'Unione europea ha trovato ulteriore riconoscimento nella «Carta dei diritti fondamentali» approvata a Strasburgo il 14 novembre 2000 e proclamata nel corso del Consiglio di Nizza del 7-8 dicembre 2000 (106). La Carta sancisce i principi fondamentali della democrazia e del diritto quali dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia ed esplicita il principio dell'uguaglianza fra donne e uomini (107). Il risul-

---

(106) G. Arrigo, *La nuova Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Lav. inf.*, 2000, n. 23-24, p. 5; Idem, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, prime osservazioni*, in *Dir. lav.*, 2001, p. 191; L. Angelini, S. Giubboni, C. Lazzari, G. Orlandini, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 617; R. Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. lav. rel.*, 2001, p. 335; U. De Siervo, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 33; M.P. Chiti, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1. Sull'efficacia giuridica della Carta prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si veda A. Celotto, G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, n. 2, p. 427.

(107) Si veda in proposito M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo multilivello*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), in cui l'Autrice, nell'analizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire da *Mangold a Kucukdeveci*, osserva come, nell'interpretazione della Corte, «il principio di eguaglianza finisce per giocare anche nel processo di integrazione europea il ruolo che esso gioca di norma in tutti i sistemi politici multilivello, che è quello di spostare i confini delle competenze (e dunque di potere) fra centro e periferia, trasformandoli in confini mobili, e di estendere la giurisdizione delle Corti chiamate a darvi applicazione (così rafforzando anche il potere giudiziario rispetto al potere politico)». Con particolare riferimento alla Carta dei diritti fondamentali, l'Autrice sottolinea che il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali, a opera del caso *Kucukdeveci*, e nello specifico all'art. 21, «sembra costituire il mezzo

tato finale è l'inizio del venir meno della separatezza fra i due ambiti di intervento – salute e parità fra uomo e donna – che ha caratterizzato mezzo secolo di storia dell'integrazione europea.

La consapevolezza della necessità di incorporare il tema della salute e della sicurezza nelle misure e nelle politiche a sostegno della parità fra uomo e donna emerge nella Strategia quadro comunitaria per la parità tra donne e uomini 2001-2005 Com(2000)335 def. Nel declinare la parità in cinque settori di intervento, cui corrispondono altrettanti obiettivi e azioni specifiche, il documento afferma che «l'intento di promuovere la parità nella vita civile si ricollega alla questione del pieno godimento ed esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte sia degli uomini che delle donne, indipendentemente dalla razza od origini etniche, religione o fede, disabilità, età od orientamento sessuale». L'enunciato non costituirebbe di per sé una novità se non fosse per il fatto che fra le azioni a esso riconducibili v'è quella di «condurre ricerche e raccogliere dati sulla tematica uomo-donna nel campo della salute e sicurezza sul lavoro, valutando la necessità di adeguare la legislazione». Sebbene l'affermazione sembri evocare una sorta di *déjà vu* se confrontato con il Programma comunitario concernente la sicurezza, l'igiene e la salute al lavoro (1996-2000) (108), il cambio di prospettiva dell'azione è radicale. La dimensione conoscitiva non è fine a se stessa, ma è posta in relazione alla necessità di intervenire sulla legislazione esistente con il fine ultimo di garantire il pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Di fatto, si tratta di un mutamento di paradigma che riconosce nell'appartenenza al genere, in particolare femminile, un fattore di disuguaglianza di salute non più circoscritto alla sola maternità oppure al sesso come fattore di rischio rispetto alle molestie e/o alla violenza nei confronti delle donne.

Altrettanto radicale nella ridefinizione del rapporto fra genere e salute sul lavoro è la Strategia comunitaria sulla salute e sicurezza 2002-2006 (109). Alla base del documento v'è la consapevolezza della necessità di sviluppare una strategia più globale, in un contesto caratterizzato dall'allarga-

---

per chiudere la controversia sulla sussistenza o meno nel diritto europeo di un principio generale di non discriminazione in base all'età. Lo stesso potrebbe accadere rispetto alla questione della sussistenza o meno di un principio generale di non discriminazione, posto che il divieto di discriminazione di cui all'art. 21 della Carta fa infatti riferimento a una lista di fattori testualmente esemplificativa e non tassativa».

(108) *Comunicazione su un programma comunitario concernente la sicurezza, l'igiene e la salute al lavoro (1996-2000)*, Com(95)282, final.

(109) *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006*, Com(2002)118 def.

mento dell'Ue a est (110), dalle trasformazioni del lavoro e della società, dal raggiungimento degli obiettivi di Lisbona. Nonostante gli sforzi compiuti, l'approccio prevenzionistico del processo di armonizzazione risulta in parte incompreso e applicato in modo inefficace. Allo stesso tempo, non è stato pienamente colto il vantaggio competitivo derivante da un'organizzazione e un ambiente di lavoro sani e sicuri (111). Sulla base di tali premesse, la Strategia: 1) sposa un'impostazione globale del benessere sul luogo di lavoro, prendendo in considerazione le trasformazioni del mondo del lavoro e l'insorgenza di nuovi rischi, in particolare psico-sociali; 2) si basa sul consolidamento di una cultura di prevenzione dei rischi, sulla combinazione di strumenti strategici differenziati (legislazione, dialogo sociale, spinta al progresso e individuazione delle pratiche migliori, responsabilità sociale delle imprese, incentivi economici) e sulla realizzazione di partenariati tra tutti i soggetti nel campo della salute e della sicurezza; 3) si propone di dimostrare che una politica sociale ambiziosa è un fattore di competitività e che, per contro, la mancanza di strategia comporta costi che pesano in modo significativo sulle economie e sulle società.

Sebbene il programma abbia attirato dure critiche a causa dell'accento posto sul funzionalismo economico delle politiche di tutela della salute e della sicurezza (112), non ne vanno sottotaciuti i meriti: primo, fra tutti, quello di avere sposato un'impostazione globale del benessere sul luogo di lavoro (113). Allo stesso tempo non vanno sottovalutate le possibili implicazioni di un approccio regolativo che, nel privilegiare un modello di governo basato su *persuasive policy making*, si affida grandemente al dialogo sociale (114). E lo

---

(110) M. Ferraris, B. Aragone, *L'allargamento a est dell'Unione europea: cosa cambia dopo l'ingresso nella Ue*, in *Guida lav.*, 2004, n. 3, p. 21; B. Grandi, *Diritti sociali e allargamento Ue; le problematiche connesse all'estensione dei diritti*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, p. 581.

(111) *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006*, Com(2002)118 def., laddove si afferma che «la non qualità del lavoro si traduce in una perdita di capacità produttiva per l'economia. Un ambiente di lavoro sano consente di affermare l'immagine di prodotti o di servizi di qualità e il suo miglioramento dipende da una strategia globale di gestione della qualità e di responsabilità sociale che apporta benefici alle prestazioni e alla competitività».

(112) S. Smismans, *Toward a new community strategy on health and safety at work?*, cit., p. 61, ove si rileva che «*however, with the increased focus on competitiveness and employment in the 1990s, Directorate General V sought to present European social policy as a productive factor rather than in terms of new social rights*».

(113) *Ibidem*, ove si osserva che «*the global approach to well-being at work is clearly much more central in the new strategy than ever before*».

(114) *Ivi*, p. 58.

stesso dicasi per le difficoltà legate a una volontà decisionale progressivamente concentrata su temi diversi da quelli della salute e della sicurezza e sempre più condizionata dall'allargamento dell'Unione a est (115).

Pur con i limiti anzidetti, il carattere indubbiamente innovativo della strategia consiste nell'incorporazione del *gender* nel processo di costruzione del sistema di tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro. Rispetto alle questioni di genere, il documento pone l'accento sull'aumento della partecipazione delle donne al mondo del lavoro e individua le differenze legate al genere nell'incidenza degli infortuni e delle malattie professionali. Si stabiliscono obiettivi complementari per un approccio olistico nei confronti del benessere sul lavoro, «che deve essere perseguito da tutti gli attori congiuntamente». Tra questi rientra «l'integrazione della dimensione legata al genere nella valutazione dei rischi, nelle misure di prevenzione, nonché nei dispositivi di riparazione e di compensazione, al fine di prendere in considerazione le particolari caratteristiche delle donne in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro».

La compenetrazione della dimensione sessuale e di genere con la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro appare, per certi aspetti, profonda e pervasiva, in quanto destinata a toccare i punti nevralgici del sistema: dalla valutazione dei rischi alle misure di prevenzione, dai dispositivi di riparazione e compensazione agli interventi di *benchmarking*. Il *mainstreaming* applicato agli obiettivi complementari, anche se non esplicitato, determina la necessità di inserire, fin da subito, l'integrazione del genere nei processi di definizione di obiettivi quantificati a livello nazionale per la riduzione degli incidenti e delle malattie del lavoro. L'effetto sistemico appare ancora più evidente se si considera che la costruzione del nuovo modello di intervento ha come riferimento ultimo un concetto olistico di salute ontologicamente in divenire. Sulla scorta della definizione dell'Oms, il documento assume come obiettivo complessivo il continuo miglioramento del benessere, sia esso fisico, morale e sociale, sul luogo di lavoro. Sul piano pratico, ne deriva la necessità di indagare le componenti del benessere femminile sulla base di una matrice sempre più complessa in cui la dimensione biologica si intreccia con la costruzione sessuata delle relazioni di potere, dei ruoli e delle rappresentazioni dei sessi nella società. Non v'è dubbio, infatti, che molti dei fattori di rischio psicosociali indicati nella stessa strategia (stress, depressione, ansia ecc.) siano diversamente relazionabili rispetto al genere, come dimostra, del resto, il patrimonio conoscitivo relativo alla violenza e alle molestie sessuali. Rispetto a quest'ultimi,

---

(115) *Ibidem*.

emerge la volontà di considerare approcci di carattere legislativo ed extra-legislativo nei confronti dello stress causato dal lavoro, della violenza e delle persecuzioni psicologiche sul lavoro.

L'approccio di genere si rivela utile anche nel confronto con la necessità di prendere in considerazione le trasformazioni nelle forme di occupazione e nelle modalità di organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro, nonché di porre attenzione ai lavoratori con rapporti di lavoro di natura atipica o precaria che rappresentano, per questo, un gruppo cd. sensibile (obiettivo 6).

Sebbene la Strategia comunitaria proposta dalla Commissione costituisca un vero e proprio spartiacque, va al Parlamento europeo (116) il merito di aver incanalato la dialettica fra salute e differenza di genere verso un livello più alto, collocandola all'interno di quel paradigma colto dalla Strategia quadro comunitaria per la parità tra donne e uomini 2001-2005 Com(2000)335 def. Dirimente, in proposito, è la Risoluzione del 17 febbraio 2005, sulla Promozione della salute e della sicurezza sul lavoro, in cui il Parlamento, nell'affermare che «le discriminazioni di cui le donne sono oggetto sul mercato del lavoro e nel loro ambiente professionale influiscono sulla loro salute e sulla loro sicurezza», invita gli Stati membri ad applicare la Direttiva n. 2002/73/Ce. Il riferimento non è casuale, dal momento che alla direttiva è stato affidato il compito, ancorché per breve tempo (117), di codificare il poderoso contributo interpretativo della Corte di Giustizia in chiave rafforzativa ed estensiva della tutela contro le discriminazioni sessuali (118), comprese quelle per ragioni legate alla gravidanza e

---

(116) Nel sottolineare l'importanza di promuovere in modo sistematico ed efficace la dimensione di genere, il Parlamento, con la Risoluzione del 23 ottobre 2002, pone l'accento nella necessità di: 1) porre particolare attenzione nei confronti del «doppio carico di lavoro» delle donne lavoratrici, le quali devono occuparsi anche della casa e dei loro familiari; 3) non sottovalutare le differenze a livello di istruzione e formazione professionale che ostacolano l'ingresso delle donne in determinati settori; 4) tener conto di particolari categorie di lavoratori (telelavoratori) ovvero delle donne che svolgono un lavoro retribuito in casa propria e donne occupate nel settore agricolo o in piccole aziende a conduzione familiare che non sono adeguatamente tutelate; 5) tener conto del modo in cui gli aspetti dell'occupazione inerenti la salute, la sicurezza e la salute riproduttiva possono ostacolare l'ingresso nel mondo del lavoro da parte delle donne in taluni settori; un elemento, questo, che a sua volta perpetua la divisione tra uomini e donne nel lavoro; 6) verificare se le esigenze specifiche di genere sono state tenute in adeguata considerazione dalla legislazione, anche in settori a scarsa occupazione femminile.

(117) La Direttiva n. 2002/73/Ce ha modificato la Direttiva n. 76/207/Cee, a sua volta successivamente abrogata dalla Direttiva di rifusione n. 2006/54/Ce.

(118) L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 205. Con riferimento alla nozione di discriminazione indiretta codificata dalla Direttiva n.

al congedo di maternità (119), finanche «la condanna delle molestie sessuali [...] sì da non consentire più agli Stati membri di fare orecchie da mercante» (120).

Di fatto, con la presa di posizione del Parlamento, di cui è evidente il contributo della Commissione per i diritti della donna e l'eguaglianza di genere (121), sembra finalmente palesarsi quella anomia che ha caratterizzato il rapporto fra diseguaglianza di genere e diseguaglianza di salute sul versante lavorativo, variamente emersa nel corso degli anni ma mai ricomposta in una logica inclusiva e di sistema.

7. — *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: la Strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2007-2012* — La diade diseguaglianza di genere e di salute che emerge nella risoluzione del Parlamento è chiaramente esplicitata nella Comunicazione della Commissione 21 febbraio 2007 – *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro* Com(2007)62 def. L'adozione di un approccio olistico nei confronti della salute e sicurezza,

---

2002/73/Ce, l'Autrice rileva che «si attua il passaggio da una definizione meramente quantitativa a una definizione contemporaneamente quantitativa e qualitativa che stempera la dimensione collettiva evidente nel criterio quantitativo, della proporzione, sdrammatizza l'utilizzo delle prove statistiche e si basa più sulle potenzialità lesive della misura che non sull'accertamento del coinvolgimento concreto di un certo numero di soggetti nello svantaggio subito». Relativamente alla nozione di discriminazione diretta, si veda D. Izzi, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 423. Quanto alla nozione di discriminazione fondata sugli atti o comportamenti cd. ritorsivi, si veda O. La Tegola, *Parità e non discriminazione di genere*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo IX, *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, 2010, p. 456.

(119) Relativamente al contributo della giurisprudenza, si veda Corte di Giustizia 8 novembre 1980, causa 177/88, *Dekker*, in *Racc.*, 1988, p. 3941; Corte di Giustizia 8 novembre 1990, causa 179/88, *Handels*, in *Racc.*, 1990, p. 3979; Corte di Giustizia 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in *Racc.*, 1994, p. 3567; Corte di Giustizia 30 aprile 1996, causa C-13/94, in *Racc.*, 1996, p. 2143; Corte di Giustizia 30 giugno 1998, causa C-394/96, *Brown*, in *Racc.*, 1998, p. 4185; Corte di Giustizia 4 ottobre 2001, causa C-109/00, *Tele Danmark*, in *Racc.*, 2001, p. 6993.

(120) M. Roccella, D. Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, cit., p. 106; G. De Simone, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la Direttiva Ce n. 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 399.

(121) Si allude al parere della Commissione per i diritti della donna e l'eguaglianza di genere del 9 dicembre 2004 sulla promozione della salute e della sicurezza sul lavoro, che presenta contenuti analoghi a quelli fatti propri dal Parlamento europeo (A6-0029/2005).

che tenga conto anche dell'equilibrio lavoro-vita privata, di una più vasta struttura lavorativa, delle problematiche occupazionali e di tutti gli aspetti relativi all'evoluzione del mondo del lavoro, è alla base del programma di interventi annunciati dalla Commissione. Il documento fa tesoro dei risultati della ricerca pubblicata dall'Osha nel 2003, *Prospettive di genere applicate alla salute e sicurezza del lavoro*, laddove si sottolinea l'importanza sia di dedicare attenzione alle differenze tra uomini e donne nella prevenzione dei rischi, sia di inserire il tema della salute e della sicurezza sul lavoro nelle attività occupazionali finalizzate alla parità tra uomini e donne. La collaborazione tra queste due aree politiche è, infatti, considerata fondamentale, «partendo dall'ambito europeo fino ad arrivare al posto di lavoro», per promuovere una migliore prevenzione dei rischi sul lavoro sia per gli uomini che per le donne. Fra i punti chiave individuati dall'Osha, sulla base dei dati presentati nello studio, v'è la necessità di collegare l'eguaglianza alla salute e alla sicurezza sul lavoro (122).

Rispetto alla precedente, la nuova strategia per il periodo 2007-2012 si presenta più ambiziosa. Oltre ai risultati raggiunti, l'accento è posto, invece, senza soluzione di continuità, sul funzionalismo economico connesso alla qualità dell'ambiente di lavoro. La tutela della salute e la sicurezza sul lavoro non solo salvaguardano la vita dei lavoratori aumentando la loro motivazione, ma svolgono anche un ruolo essenziale per rafforzare la competitività e la produttività delle imprese e contribuire alla sostenibilità dei sistemi di protezione sociale riducendo i costi sociali ed economici connessi agli infortuni, agli incidenti e alle malattie. Sulla scorta di tali premesse, l'obiettivo è ridurre del 25 % la percentuale degli infortuni sul lavoro. Per far ciò, gli obiettivi intermedi si propongono di: 1) attuare un quadro leg-

---

(122) Cfr. *Prospettive di genere applicate alla salute e sicurezza del lavoro*, Osha, 2003, p. 15, in cui si afferma che «esistono importanti collegamenti tra il più ampio contesto della discriminazione e la salute delle donne correlata al lavoro, che vanno ben oltre la finalità del presente studio. Tuttavia, le differenze tra uomini e donne nelle condizioni sociali e nell'occupazione influiscono sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro e pertanto non possono essere ignorate. [...] Un numero maggiore di donne è concentrato nei lavori poco retribuiti e precari e ciò influisce sulle loro condizioni lavorative, in quanto esse sono esposte a molestie sessuali e a discriminazione sul lavoro: due fattori di *stress* a cui le donne sono sottoposte maggiormente rispetto agli uomini. Poiché l'ineguaglianza tra i due sessi sia all'interno che al di fuori dell'ambiente lavorativo può influire sulla salute e sulla sicurezza delle donne sul posto di lavoro, sarebbe opportuno inserire o "integrare" questo tema nei programmi d'intervento in tema di parità. La minore partecipazione delle donne a tutti i livelli delle consultazioni e dei processi decisionali sulla salute e sulla sicurezza sul posto di lavoro determina una minore attenzione nei confronti delle loro esigenze in materia di Ssl e una minore valutazione dei rischi, dovuta al fatto che le donne non vengono di fatto consultate».

islativo moderno ed efficace; 2) favorire lo sviluppo e l'attuazione delle strategie nazionali; 3) favorire i cambiamenti di comportamento; 4) far fronte a rischi nuovi e sempre più importanti; 5) migliorare il controllo dei progressi compiuti; 6) promuovere la sicurezza e la salute a livello internazionale.

Anche in questo caso, il contributo del Parlamento europeo appare significativo. Nella Risoluzione del 15 gennaio 2008 (2007/C-145/01), viene sottolineata la necessità di considerare la dimensione di genere nel trattare le questioni riguardanti la salute e la sicurezza sul lavoro, condividendo la richiesta che i metodi di valutazione di impatto sulla sicurezza e la salute sul lavoro siano unici, secondo la specificità di genere. Fra le varie richieste del Parlamento v'è l'adozione di misure per verificare il rispetto dei diritti in materia di salute e sicurezza delle donne in posti di lavoro atipici, come, ad esempio, nel caso delle badanti che assistono i malati a domicilio. Viene, inoltre, sottolineata la necessità di porre attenzione alle cause che incidono sullo sviluppo delle malattie mentali e alla salute mentale, ai rischi psicologici e di dipendenza sul luogo di lavoro, come lo stress, le molestie, il *mobbing* e la violenza. Critiche sono mosse, invece, al fatto che la Commissione non tenga adeguatamente conto dell'integrazione di genere nella sua Comunicazione, negli «Obiettivi della strategia comunitaria 2007-2012» e nelle «Valutazioni d'impatto». La Commissione è invitata, inoltre, a valutare la disponibilità di statistiche disaggregate in base al genere, a livello comunitario, sulle malattie professionali, mortali e non, mentre gli Stati membri sono esortati ad attuare le direttive esistenti sulla sicurezza e la salute sul lavoro in modo da tenere maggiormente conto del genere e a effettuare la valutazione dell'impatto di genere di tali direttive. Si tratta di un'esortazione suffragata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (123), laddove l'intreccio fra tutela della maternità e tutela della salute (124) ha continuato a svolgere la parte del leone nelle questioni di genere, pure a fronte di una

---

(123) Si vedano le considerazioni precedenti.

(124) Di recente, il tema della tutela della maternità è stato affrontato con riferimento al divieto di licenziamento della lavoratrice gestante a seguito di fecondazione assistita. In proposito, si veda Corte di Giustizia 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Sabine Mayr*, in *Racc.*, 2008, p. 1017, in cui la Corte ha ritenuto inammissibile estendere la tutela di cui all'art. 10 della Direttiva n. 92/85/Cee «al caso in cui, alla data della comunicazione del licenziamento, il trasferimento degli ovuli fecondati *in vitro* nell'utero della lavoratrice non sia ancora avvenuto»; sulla sentenza, O. Razzolini, *Fecondazione in vitro e licenziamento della lavoratrice in una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 587; L. Forni, *La Corte di Giustizia europea e i diritti delle lavoratrici gestanti nel caso della fecondazione assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 747. Sempre in tema di licenziamento si v. Corte di Giustizia 11 ottobre

lettura più che rigorosa (125) delle disposizioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro, caratterizzata «oltre che per la sua forte vincolatività e per la precisione di cui necessita in sede di attuazione, per la netta opzione a favore della certezza ed esigibilità dei diritti assicurati ai lavoratori, ispirata al principio del *favor* nei loro confronti» (126).

8. — *Salute di genere e «vecchi e nuovi fattori» di rischio: conclusioni* — La ripetitività delle censure provenienti dalla «voce del popolo» è indicativa delle difficoltà dell'agire dell'Ue rispetto ad alcuni fattori di rischio, considerati particolarmente importanti tanto da giustificare i ripetuti inviti a intervenire.

La lettura diacronica delle fonti evidenzia come lo sviluppo di un approccio *gender oriented* al tema della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro sia stato non solo tardivo rispetto all'*acquis* comunitario sui temi della parità e della pari opportunità fra uomo e donna, ma abbia scontato, da un lato, la natura, spesso, *soft* delle iniziative messe in campo dalle istituzioni dell'Ue, dall'altro, la finta neutralità del processo di armonizzazione. Le Risoluzioni, le Comunicazioni, le Raccomandazioni che danno conto del processo di integrazione della differenza di genere rispetto alla salute in ambito lavorativo scontano la debolezza della loro natura non vincolante sia nei confronti degli Stati membri sia delle istituzioni comunitarie. E lo stesso dicasi per i Programmi di azione e i Documenti strategici che non sempre appaiono destinati ad avere piena e concreta attuazione, come dimostra il Programma d'azione sociale del 1974, rimasto largamente inavuto. Considerazioni diverse ma dagli effetti pressoché identici valgono anche per le fonti di diritto derivato, la cui finta neutralità, eccezion fatta per

---

2007, causa C-460/06, *Nadine Pasquay v. Société d'architectes*, in *Racc.*, 2007 p. 8511, che ha precisato che «l'art. 10 della Direttiva [...] vieta non soltanto di notificare una decisione di licenziamento a causa della gravidanza e/o della nascita di un figlio durante il periodo di tutela [...] ma anche di prendere misure preparatorie a una tale decisione prima della scadenza di detto periodo». Sulla conservazione del diritto alla retribuzione e/o indennità alla lavoratrice temporaneamente assegnata a un posto diverso o temporaneamente dispensata dal lavoro a causa dei rischi per la sua sicurezza e la sua salute oppure in congedo di maternità, si v. Corte di Giustizia 1° luglio 2010, causa C-194/08, *Gassmayr* e causa C-471/08, *Parviainen*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, pp. 202 ss.

(125) M. Lai, *Salute e sicurezza sul lavoro*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, IX, *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, 2010, pp. 657 ss.

(126) O. Bonardi, *La sicurezza del lavoro nella Comunità europea, nella Costituzione e nella legge di semplificazione n. 222/93*, in *q. Riv.*, 2004, p. 444, a cui si rinvia anche per la puntuale ricostruzione del contributo della giurisprudenza relativamente all'attuazione delle direttive comunitarie in materia di sicurezza e igiene sul lavoro.

la tutela della maternità, ha alimentato un processo di armonizzazione omologante sui temi della salute rispetto al genere, all'insegna della parità formale piuttosto che sostanziale.

Non può negarsi che su alcuni argomenti possa aver pesato la scarsa conoscenza dei fenomeni rispetto ai quali dettare norme di comportamento o prevedere obblighi specifici; scarsa conoscenza rimasta tale fino a quando la differenza di genere è entrata ufficialmente nel sistema di valutazione dei rischi con la Strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006, Com(2002)118 def.

Nondimeno, si tratta di una parziale giustificazione, venendo piuttosto in rilievo, da un lato, la visione finto neutrale, omocentrica, della salute, dall'altro, le resistenze degli Stati membri verso interventi (*hard law*) della Comunità su temi di una certa complessità come quelli relativi alle molestie sessuali, alla violenza ecc. (127).

La mancanza di fonti da cui attingere conoscenze utili a sviluppare misure e politiche *gender oriented* appare, infatti, contraddetta tanto dall'esistenza di ricerche svolte nel corso del tempo su iniziativa delle stesse istituzioni dell'Unione (ad esempio, violenza, molestie sessuali), quanto dalla produzione documentale proveniente da organismi internazionali: primo fra tutti l'Oil. Per tacere, poi, delle fonti documentali relative a momenti collettivi di studio e socializzazione sul tema specifico del rapporto fra lavoro femminile e tutela della salute, come dimostrano i Congressi internazionali di Donna Lavoro e Salute tenutisi a partire dalla metà degli anni novanta (128).

Particolare attenzione va, inoltre, posta alla discrasia temporale tra il momento conoscitivo e l'intensità dell'intervento, di cui il tema dei rischi psicosociali e, in particolare, delle molestie sessuali funge da perfetto paradigma. Nel corso del periodo 2000-2002 vengono adottate tre direttive: la Direttiva n. 2000/43/Ce, che attua il principio della parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la

---

(127) S.J. Schwab, *Un approccio di law and economics alla teoria nella discriminazione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 35, ove si osserva che «se pure la molestia sessuale non soddisfa un interesse specifico dell'imprenditore [...], sovente i costi della prevenzione sono elevati».

(128) Si veda in proposito S. Salerno, *Donne, lavoro e salute: un alfabeto internazionale che declina il genere*, in Aa.Vv., *Genere e stress lavoro-correlato: due opportunità per il Testo Unico*, Inail Milano, 2009, pp. 41 ss., in cui l'Autrice, a partire da alcune parole chiave presenti nei congressi citati, si propone di «fornire un modello degli aspetti diretti e indiretti che incidono sulla salute delle donne» i cui fattori di rischio sono, poi di fatto, quelli che emergono da una lettura integrata dei vari documenti comunitari.

Direttiva n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la Direttiva n. 2002/73/Ce, che modifica la Direttiva n. 76/207/Cee relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro alla formazione, e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro (129). A proposito della Direttiva n. 2002/73/Ce, così si esprime la Commissione nella Relazione annuale sulle pari opportunità nell'Unione europea (2002): «una delle riforme chiave affronta il tema delle molestie sessuali sul lavoro. Per la prima volta a livello Ue, un atto giuridico vincolante dà una definizione della molestia sessuale e la vieta come forma di discriminazione fondata sul sesso. La direttiva proibisce ogni forma di comportamento sessuale non desiderato che provochi una situazione intimidatoria o degradante e invita urgentemente i datori di lavoro ad adottare misure preventive contro qualsiasi forma di discriminazione nonché a stilare periodicamente delle relazioni sulla parità per il personale» (130). Eppure l'invito ad armonizzare le legi-

---

(129) «La presenza di queste tre direttive determina l'ampliamento della declinazione della tutela antidiscriminatoria e il conseguente superamento della monotematicità dell'intervento comunitario [...] in favore di una tipizzazione di fattispecie in precedenza non tutelate». Così L. Guaglianone, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 249; J. Cruz Villanon, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 351, osserva «come l'ampliamento delle fattispecie discriminatorie avvenuto con la proposizione delle tre direttive abbia definito un elenco limitato e chiuso di discriminazioni, sottolineando la mancanza di una clausola generale antidiscriminatoria». Con particolare riguardo alle Direttive n. 2000/43/Ce e n. 2000/78/Ce, si veda P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 76; F. Amato, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 128, che considera le direttive come «il risultato [...] delle lotte antiche e recenti e dell'intelligenza delle donne e delle loro espressioni associative». M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399; F. Guariello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 341; F. Amato, *Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 271; L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., pp. 171 ss.

(130) Per un'analisi dei contenuti della direttiva si veda G. De Simone, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la Direttiva Ce n. 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 399; Idem, *Le molestie sessuali tra tutela della libertà e salute della donna*, in *www.ondaosservatorio.it*, p. 5, in cui l'Autrice sottolinea la rilevanza del passaggio «da un diritto che potremmo definire ottattivo a un diritto imperativo, che finalmente impone regole cogenti agli Stati membri, andando quindi al di là delle molte decisio-

slazioni esistenti e, nell'attesa, a cercare «di pervenire a una definizione giuridica di molestia sessuale affinché le vittime abbiano una base chiaramente definita su cui sporgere denuncia» era presente già nella Risoluzione del 1986. Sono stati necessari più di quindici anni perché l'allarme lanciato dal Parlamento si traducesse in disposizioni vincolanti per gli Stati membri. Non pare inutile ricordare che con la Comunicazione del 24 luglio 1996, riguardante la consultazione delle parti sociali sulla prevenzione delle molestie sessuali Com(96)373 def., la Commissione a causa delle differenti opinioni delle parti sociali sul modo migliore di procedere aveva ritenuto necessaria una seconda consultazione sulla possibilità di definire una strategia globale a livello europeo contro le molestie sessuali. Alla stessa aveva fatto seguito la Comunicazione del 19 marzo 1997, Com(97)568 def., in cui, di fronte all'inefficacia delle legislazioni nazionali, la Commissione faceva presente che in mancanza di un accordo a livello europeo era «determinata a ricercare altri mezzi (fino all'adozione di un testo giuridico vincolante) che consentano di prevenire le molestie sessuali», riservandosi, tuttavia, di adottare una decisione definitiva soltanto alla luce delle osservazioni ricevute nel corso della consultazione. Decisione, di fatto, sfociata nella Direttiva n. 72/2002/Ce, il cui carattere di novità è ben evidenziato nella Relazione annuale sulla parità fra uomo e donna (2002) (131).

A differenza delle molestie sessuali, il dialogo istituzionale fra la Commissione e le Parti sociali a livello europeo ha avuto esiti diversi per ciò che attiene più in generale alla violenza sul luogo di lavoro (132). Con la Comunicazione Com(2007)686 def., la Commissione europea ha presentato al Consiglio e al Parlamento europeo l'Accordo quadro europeo sulle

---

ni (che non hanno carattere normativo), raccomandazioni e pareri (che non sono vincolanti ai sensi dell'art. 259.5, ex art. 189.5 TCE)».

(131) Invero, l'adozione della direttiva è stata considerata un risultato parziale da quanti avrebbero preferito la redazione di uno strumento «che fosse il primo segno tangibile della posizione preminente e del carattere trasversale che il principio di genere aveva acquistato ormai nel sistema giuridico dell'Unione europea». Così M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399; L. Guaglianone, *Le discriminazione basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 248, parla di «onda di malcontento che ha portato nel luglio 2006 alla pubblicazione della Direttiva n. 2006/54/Ce riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego».

(132) A seguito della Strategia comunitaria per la salute e sicurezza sul luogo di lavoro 2002-2006, alla fine del 2004 la Commissione ha deciso di avviare la prima fase di consultazione delle parti sociali in merito al tema della violenza sul luogo di lavoro e dei suoi effetti sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro.

molestie e la violenza sul luogo di lavoro firmato il 26 aprile 2007 dalla Ces, Business Europe Ueapme e Ceep (133). L'accordo mira a impedire e, se del caso, a gestire i problemi di prepotenza, molestie e violenza fisica sul lavoro. Esso condanna tutte le forme di molestie e di violenza e conferma il dovere del datore di lavoro di tutelare i lavoratori contro tali rischi. Sebbene l'accordo sia stato il frutto di un compromesso non dissimile da quello che ha animato l'Accordo sullo stress lavoro-correlato (134), la Commissione ha avuto modo di precisare che «le varie disposizioni dell'Accordo quadro sulle molestie e sulla violenza sul luogo di lavoro sono conformi al diritto comunitario e gli obiettivi coincidono con quelli della politica europea in materia di salute e sicurezza sul lavoro. L'accordo opta per un approccio *soft* al fine di risolvere il problema delle molestie e della violenza a livello dell'impresa. La Commissione ritiene, infine, che l'accordo costituisca un utile contributo delle parti sociali alla protezione non soltanto della salute e della sicurezza, ma anche della dignità dei lavoratori, nonché alla promozione di organizzazioni moderne del lavoro. In quanto tale, l'accordo rappresenta un valore aggiunto per le relative legislazioni europea e nazionale e si ispira al documento di consultazione della Commissione».

Le conseguenze di un interventismo debole, affidato per lungo tempo alla volontà degli Stati membri, caratterizza anche le vicende relative al ri-

---

(133) Nel documento si afferma che «le imprese in Europa sono tenute ad adottare una politica di tolleranza zero nei confronti di tali comportamenti e a fissare procedure per gestire i casi di molestie e violenza laddove essi si verificano. Le procedure possono comprendere una fase informale con la partecipazione di una persona che goda della fiducia tanto della direzione che dei lavoratori. I ricorsi andranno esaminati e risolti rapidamente. Occorre rispettare i principi di dignità, riservatezza, imparzialità ed equo trattamento. Contro i colpevoli saranno adottate misure adeguate, dall'azione disciplinare fino al licenziamento, mentre alle vittime sarà fornita, se del caso, assistenza al processo di reinserimento. L'accordo autonomo va applicato dai membri delle parti firmatarie, cioè dalle organizzazioni nazionali delle parti sociali, conformemente alle procedure e alle prassi proprie delle parti sociali degli Stati membri, come disposto dalla prima opzione dell'articolo 139, paragrafo 2 del Trattato Ce. L'accordo va attuato entro tre anni dalla firma. Nel quarto anno, il comitato del dialogo sociale elaborerà una relazione sull'applicazione dell'accordo». Sul tema si rinvia a O. Bonardi, *Tolleranza zero per molestie sessuali e violenze su lavoro*, in *Note inf.*, 2007, n. 39, pp. 34 ss.

(134) M. Peruzzi, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 225, che riconduce alle resistenze del fronte datoriale la mera citazione in nota della Direttiva quadro n. 89/391/Cee, ivi indicata a solo titolo esemplificativo tra le fonti che nella legislazione dell'Ue stabiliscono l'obbligo da parte dei datori di lavoro di proteggere i dipendenti contro le molestie e la violenza nei luoghi di lavoro.

schio da stress da lavoro. Malgrado la Direttiva quadro n. 89/381 avesse, già allora, identificato nello stress uno dei possibili rischi rilevanti ai fini dell'assolvimento degli obblighi in tema di salute e sicurezza, solo quindici anni dopo si è giunti alla definizione di uno specifico quadro di riferimento per individuarne, prevenirne o gestirne i problemi connessi (135). Si allude all'Accordo quadro europeo sottoscritto il 18 ottobre 2004 dalle parti sociali europee (Business Europe, Ueapme, Ceep e Etuc), di cui è stato recentemente pubblicato il documento di valutazione relativo alla sua concreta applicazione. Secondo la Commissione, l'accordo, laddove applicato, ha avuto effetti positivi rilevanti. Più della metà degli Stati membri dell'Ue (diciannove) dispongono di una legislazione o di accordi collettivi vincolanti riguardanti lo stress da lavoro e altri rischi psicologici lavoro-correlati. Sebbene la sua implementazione non sia stata uniforme all'interno dell'Unione, nella valutazione si evidenzia come l'Accordo abbia favorito il dialogo sociale e l'elaborazione di politiche sul tema dello stress da lavoro nella maggior parte degli Stati membri (136). Secondo la Commissione, in seguito all'adozione dell'accordo interconfederale si è registrato un maggior impegno sul tema dello stress da lavoro anche da parte degli ispettorati del lavoro e delle agenzie specializzate.

Ai fini del discorso che qui interessa, val la pena di trascrivere un passo dell'Accordo quadro europeo: «pur riconoscendo che le molestie psicologiche nei luoghi di lavoro sono potenziali elementi di stress legati al lavoro e che le parti sociali dell'Ue nel programma di lavoro 2003-2005 del dialogo sociale esploreranno la possibilità di negoziare uno speciale accordo su tali temi, questo accordo non tratta di violenza, *mobbing* e stress posttraumatico».

Dei fattori di rischio espressamente esclusi dall'accordo, il tema del *mobbing* è ancora quello che, a tutt'oggi, difetta di una regolamentazione a livello comunitario. Anche in questo caso si tratta di un rischio lavorativo in cui il *deficit* dell'azione comunitaria appare solo parzialmente mitigato dalla più recente sistematizzazione e conoscenza del fenomeno dal punto di vista scientifico. Di fatto, è trascorsa già una decade da quando il Parlamento, con la Risoluzione del 20 settembre 2001 sul *mobbing* sul po-

---

(135) In proposito, si ricorda che la Direttiva n. 92/85/Cee sull'introduzione di misure a tutela della salute della lavoratrice gestante in puerperio e fase di allattamento prevede che la specifica valutazione dei rischi deve coprire anche i rischi che possono comportare fatica mentale e altri tipi di stress mentale.

(136) Come riportato dalla Commissione, recenti studi stimano che in Europa la perdita di giorni di lavoro è dovuta nella maggior parte dei casi allo stress (dal 50 al 60 per cento).

sto di lavoro – 2001/2339 (Ini) –, ha posto l'accento sulla necessità di intervenire su un fenomeno che presenta «effetti devastanti sulla salute fisica e psichica delle vittime, nonché delle loro famiglie». Dopo aver richiamato l'attenzione sul fatto che «il continuo aumento dei contratti a termine e della precarietà del lavoro, in particolare tra le donne, crea condizioni propizie alla pratica di varie forme di molestia e sugli effetti devastanti del *mobbing*», il Parlamento raccomanda agli Stati membri di imporre alle imprese, ai pubblici poteri nonché alle parti sociali l'attuazione di politiche di prevenzione efficaci. Funzionale, a tal fine, è l'invito a rivedere e/o completare la propria legislazione nonché a verificare e a uniformare la definizione della fattispecie *mobbing*. Anche la Commissione è stata chiamata a intervenire sul fenomeno valutando l'esigenza di iniziative legislative in tal senso. In tale logica si ascrive l'esortazione a esaminare la possibilità di chiarire o estendere il campo di applicazione della Direttiva quadro per la salute e la sicurezza sul lavoro oppure di elaborare una nuova direttiva quadro, come strumento giuridico per combattere il fenomeno delle molestie, nonché come meccanismo di difesa del rispetto della dignità della persona del lavoratore, della sua intimità e del suo onore. Ancora più pregnante è l'invito a presentare, entro il marzo 2002, un Libro verde recante un'analisi dettagliata della situazione relativa al *mobbing* sul posto di lavoro in ogni Stato membro e, sulla base di detta analisi, a presentare successivamente, entro l'ottobre 2002, un programma d'azione concernente le misure comunitarie contro il *mobbing* sul posto di lavoro. A quanto risulta, nel corso del 2002, non è stato adottato alcun Libro verde, né il programma di azione sul *mobbing*. Non è un caso che il Parlamento nel 2005 (137) abbia sentito il bisogno di ritornare ripetutamente sull'argomento invitando la Commissione a inserire nel futuro programma di azione, poi sfociato nella Strategia comunitaria 2007-2012, alcuni dei problemi di genere, quali il *mobbing* (138).

---

(137) *Risoluzione del Parlamento europeo sulla promozione della salute e della sicurezza sul lavoro*, 2004/2205 (Ini).

(138) Nel documento, il *mobbing* viene ricondotto all'interno di un approccio globale alla salute sul luogo di lavoro che comprenda tutte le forme di rischio. Nella risoluzione si invitano, infine, le parti sociali degli Stati membri a sviluppare le proprie strategie, sia a livello bilaterale che europeo, per combattere il *mobbing* e la violenza sul luogo di lavoro e a scambiare esperienze in materia sulla base del principio della migliore prassi.

# NOTE E COMMENTI

---

*Vincenzo Paolillo (\*)*

## LA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO. PROBLEMATICHE E CRITICITÀ DELLA NUOVA NORMATIVA SUI LICENZIAMENTI (\*\*)

Quando gli amici dell'Agi di Genova mi hanno chiesto di formulare alcune considerazioni sulla riforma del mercato del lavoro, che viene identificata con il nome del ministro Fornero, sono stato da una parte lusingato, dall'altra stimolato ad approfondire la materia anche per verificare se le iniziali opinioni che mi ero formato a caldo, leggendo e ascoltando i primi commentatori, reggevano a una più meditata verifica o se non erano frutto di un certo spirito conservatore che spesso affligge noi anziani.

L'esame, che ho cercato di fare con il massimo di coscienziosità e di obiettività per me possibile, ha purtroppo confermato i dubbi e le perplessità iniziali e ha semmai aggiunto un certo senso di sgomento per aver accettato forse con troppo ottimismo e spregiudicatezza l'incarico.

E infatti mi sento di poter subito osservare:

1) Che mentre il diritto del lavoro si era evoluto nell'ultimo mezzo secolo (dalla legge n. 604 in avanti) con una sorta di consequenzialità logica, seguendo canoni abbastanza precisi, una linea – oserei dire – costituzionalmente orientata piuttosto costante, la presente normativa, almeno in materia di licenziamenti, pur apparentemente mantenendo una parte di quei principi, si muove in una logica del tutto divergente.

2) Che il legislatore non riscrive compiutamente la materia, il che avrebbe permesso di realizzare una qualche unitarietà del sistema sia pure diverso dal precedente, ma utilizza invece il metodo delle inserzioni, delle integrazioni, delle parziali modifiche, spesso senza rendersi conto delle implicazioni, della coesistenza di norme talora confliggenti.

Il che determina difficoltà interpretative causate in uno stesso tempo dalle novità e contemporaneamente dalla varietà e complessità della nuova entità che viene disegnata; difficoltà in qualche caso praticamente insor-

---

(\*) Avvocato in Genova.

(\*\*) Relazione al Convegno Agi Genova 12 ottobre 2012.

montabili; il che prefigura un lunghissimo periodo di incertezze fino a che in un modo o nell'altro la giurisprudenza non si sarà stabilizzata.

Incetee che sono esattamente il contrario di ciò che dovrebbe conoscere un civile e anche moderno sistema giuridico.

3) Che tutto ciò ha ovvie ricadute, anche sotto il profilo delle finalità di politica legislativa tanto enfatizzate; a mio sommo parere un potenziale investitore estero (informato peraltro e non fuorviato dai soliti annunci mediatici) avrebbe avuto meno timori in presenza di una normativa ritenuta (ma io aggiungerei solo pretesamente) punitiva ma dai contenuti ormai abbastanza certi, che di fronte a una altra, almeno oggi e per chissà quanti anni ancora, connotata da una totale mancanza di certezze e quindi certamente più idonea a determinare problemi.

Molto meglio, cioè, sapere ciò che si rischia, piuttosto che non sapere e quindi avere sì la speranza di pagare meno ma anche rischiando di più.

Preciso subito che non penso che tale giudizio sia fuorviato dalla mia situazione psicologica di abituale difensore dei lavoratori.

Non mi è stato difficile, infatti, trovare nella nuova normativa disposizioni a mio parere eccessivamente punitive anche per i datori di lavoro o comunque per alcune categorie di datori di lavoro.

Mi riferisco, a mero titolo di esempio, alla disposizione del comma 31 dell'art. 2 della legge con cui viene fissato un contributo di finanziamento allo istituendo Aspi per tutti i casi di risoluzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e quindi anche in caso di licenziamento per giusta causa.

E alla estensione anche ai licenziamenti dei datori che occupano fino a 15 dipendenti (che d'ora in poi chiamerò, per ragioni di sintesi, «minori», mentre identificherò quali «maggiori» i datori di lavoro che occupano più di 15 dipendenti) della opzione per le 15 mensilità.

Ma ci potrebbe essere anche una vera e propria bomba atomica che rischia di deflagrare: questione di cui è opportuno parlare subito, anche se a scapito della sistematicità di questa relazione, che comunque ne avrà assai poca.

Quale effetto avrà tale normativa sul regime della prescrizione?

Ricorderete tutti che il discrimine tra fattispecie in cui la prescrizione poteva decorrere in costanza di rapporto e fattispecie in cui il decorso iniziava al termine del rapporto è sempre stato identificato nella esistenza, da una parte, di «una disciplina che subordini la legittimità e l'efficacia del licenziamento alla esistenza di circostanze obiettive e predeterminate» e dall'altra, nella possibilità di ottenere, «nel caso di illegittimità del licenziamento, *la reintegra nel posto di lavoro*» (Cass. 28 maggio 1982, n. 3308; Cass. 26 agosto 1986, n. 5232). E si era esplicitamente detto che tale si-

tuazione era garantita dall'art. 18 dello Statuto dei diritti dei lavoratori, mentre non era sufficiente la tutela meramente obbligatoria/risarcitoria assicurata dall'art. 8, legge n. 604.

E si era altresì precisato che tale situazione non ricorreva nemmeno per i dirigenti, malgrado che gli stessi possano avere in via contrattuale una tutela indennitaria veramente rilevante, per non dire strabordante.

Ma adesso che la tutela reale è veramente residuale, per lo più limitata a fattispecie che tutto sommato restavano al di fuori della fattispecie disciplinata dall'art. 18, vecchio testo, mentre quella indennitaria diviene di gran lunga la prevalente, è possibile sostenere che per la generalità dei lavoratori sussistano ancora le condizioni per consentire il decorso della prescrizione in costanza del rapporto?

A mio parere no, e questa mi pare la soluzione in via interpretativa più corretta.

So benissimo che, nel clima attuale, considerate le conseguenze devastanti che si verificherebbero – certamente superiori ai molti problemi che si verificano nella materia dei licenziamenti, che riguardano tutto sommato un fenomeno numericamente di non grande rilievo, una quota assai limitata del contenzioso – è certamente possibile che la giurisprudenza decida di non trarne le dovute conseguenze e di lasciare le cose come stanno.

Ma per far ciò, si dovranno smentire decenni di giurisprudenza.

Vorrei concludere questa introduzione con una considerazione che è solo apparentemente personale: pur avendo cercato di esaminare la materia con la massima attenzione, pur avendo dedicato parecchio tempo alla lettura e all'esame della nuova normativa che interessa i licenziamenti, che peraltro è solo una piccola parte della riforma, ai primi commenti pubblicati, devo dire che mi trovo in estrema difficoltà a padroneggiarla; certo molto è dovuto ai miei limiti, ma assai più, credo, a quanto la stessa sia complessa, contorta, farraginoso: il che trova conferma nelle differenti soluzioni interpretative che vengono espresse dai vari commentatori e anche da qualche errore che mi pare di aver ritrovato in alcuni, dovuto probabilmente alla difficoltà di tener conto di qualche passaggio più o meno nascosto.

La prima delle disposizioni che interessano la nostra materia e che a mio parere determina problemi è quella contenuta nel comma 37 e riguarda la modifica del comma 2 dell'art. 2, legge n. 604: la motivazione del licenziamento non è più un atto eventuale del datore di lavoro, separato dalla comunicazione del provvedimento e dovuto solo ove in mancanza venga richiesto dal lavoratore, ma un atto necessario che inerisce alla stessa comunicazione scritta.

Ci sono da fare alcune precisazioni.

L'art. 2, per il combinato disposto dall'art. 10 della stessa legge n. 604 e dell'art. 4 della legge n. 108/90, si applica a tutti i lavoratori con esclusione degli assunti in prova per il periodo della prova (e comunque non oltre 6 mesi dall'assunzione) – la contraria opzione, che sembrerebbe esposta in alcune massime di sentenze della Suprema Corte (vedi Cass. n. 5103/2008), non risulta dalla motivazione, e semmai risulta il contrario –, dei lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici (in realtà bisognerà rivisitare la normativa in relazione alla nuova disciplina pensionistica), dei domestici (Cass. n. 16953/2007; Cass. n. 7359/2005).

In un primo tempo erano esclusi i dirigenti, che poi sono stati inclusi con la modifica della legge n. 604 attuata dalla legge n. 108/90.

La nuova normativa, attuata dalla legge n. 92 (motivazione contestuale), si inserisce però in una precedente disciplina che viene mantenuta, nella quale, al comma 3, si precisa che «il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace», e al 4 che «le disposizioni di cui al comma 1 e di cui all'art. 9 si applicano anche ai dirigenti».

Ciò potrebbe far ritenere che in relazione a questi ultimi – ferma la forma scritta – sia escluso l'obbligo di motivare, con qualche dubbio peraltro dovuto al fatto che il comma 2, come è oggi strutturato, si limita a specificare il contenuto della comunicazione di licenziamento che è prevista dal primo, che è cogente anche per il rapporto dirigenziale.

Dilemma che non è di eccessiva rilevanza, in quanto la maggior parte dei contratti collettivi dei dirigenti già prevedono la motivazione contestuale e certamente non è usuale che i dirigenti vengano assunti senza fare riferimento al contratto collettivo.

E la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che: «allorquando si verta in casi di inefficacia previsti da una norma di natura contrattuale, il negozio di licenziamento è privo di effetto con prosecuzione *de iure* del rapporto di lavoro e permanenza, in capo al datore di lavoro, dell'obbligo retributivo fino all'effettiva reintegrazione del dipendente o al suo valido ed efficace licenziamento» (Cass. 22 aprile 2009, n. 10337).

Semmai ciò importerà conseguenze paradossali analoghe a quelle che si verificano nel licenziamento privo di motivazione dei dipendenti da imprese maggiori che affronteremo subito dopo, parlando del significato della inefficacia dei licenziamenti: problema certo più complesso.

Abbastanza chiari sono le conseguenze del licenziamento privo di forma scritta e i soggetti destinatari della nuova previsione legislativa.

Si tratta di quelle che chiameremo reintegra forte e riguardano tutti i lavoratori (con le eccezioni che abbiamo visto sopra).

Tra di essi dovrebbero ricomprendersi anche i dirigenti, anche se la formulazione della norma è piuttosto confusa.

Infatti, il legislatore prima elenca vari casi di nullità, tra cui però non è compreso quello della intimazione in forma orale, poi stabilisce in relazione a essi l'obbligo di reintegrazione e dichiara che la «presente disposizione si applica anche ai dirigenti».

Solo in via successiva afferma che «il regime del presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale».

Problemi gravi sorgono invece in relazione al vizio di difetto di motivazione (ribadisco contestuale) o comunque di ogni vizio della stessa (la norma si esprime, con espressione generica che potrebbe essere omnicomprensiva, «per violazione del requisito di motivazione»), che viene sanzionato con la «inefficacia», da cui però derivano non già le normali conseguenze della inefficacia bensì semplicemente una tutela risarcitoria per di più attenuata, ridotta (l'ultima delle ipotesi previste), graduabile tra 6 e 12 mensilità di indennità (comma 6, nuovo art. 18).

*Quid iuris* per i licenziamenti della ex area obbligatoria, cioè delle cd. imprese minori?

La giurisprudenza precedente ha ritenuto che per costoro la mancanza di forma e quindi anche il vizio di motivazione importava non già le conseguenze dell'art. 8, legge n. 604, bensì le normali conseguenze civilistiche: ripristino del rapporto, risarcimento del danno corrispondente alle retribuzione piena dalla messa in mora (così Cass. n. 213/1986, n. 11946/2005, e, più specificamente in relazione alla mancanza di motivazione, n. 5591/2001 e n. 2498/2008).

Difficile pensare che ci possa essere oggi una soluzione diversa, anche se ciò determina una situazione piuttosto abnorme.

Il lavoratore dipendente da imprese maggiori, con la nuova normativa, non ha diritto al ripristino del rapporto ma a una indennità sostanzialmente ridotta (da 6 a 12 mensilità); quello delle imprese minori al ripristino – conservazione del rapporto –, oltre al risarcimento del danno che, tenuto conto della durata del giudizio, può essere anche assai superiore, considerato altresì il fatto che oggi non potrebbe utilizzare il nuovo processo, bensì ancora il vecchio, che rischia di essere ritardato dalle disposizioni organizzative che debbono privilegiare il primo, con evidente pregiudizio del secondo.

Ed è curioso quindi che – in contraddizione con tutto il sistema – il dipendente delle imprese minori abbia – sia pure in una situazione particolare – o finisca per avere una tutela maggiore del dipendente delle maggiori.

Ma non basta: tale situazione privilegiata potrebbe riguardare anche i dirigenti, come abbiamo accennato in precedenza, ove l'obbligo di motivazione fosse solo contrattuale.

Si tratta di discrasie dell'ordinamento che potrebbero trovare rimedio in ponderate decisioni di giudici Costituzionali, restando peraltro totalmente incerto – non oso ipotizzarlo – l'esito sostanziale, vale a dire, «in soldoni», a vantaggio oppure a svantaggio di quali delle, diciamo così, categorie interessate.

Il comma 38 affronta una ulteriore modifica (dopo quelle del Collegato lavoro) all'art. 6 della legge n. 604 in tema di impugnativa di licenziamento.

Il termine per promuovere la causa è ridotto da 270 a 180 giorni, tornando quindi alla originaria formulazione, antecedente all'approvazione definitiva.

Una volta tanto, il legislatore è stato preciso, indicando che la modifica si applica ai licenziamenti intervenuti dopo la data di entrata in vigore della presente legge, con ciò risolvendo un primo problema interpretativo che sarebbe stato di non semplice soluzione.

Però qualche altro resta, e deriva dal fatto che tale termine (così come quello antecedente di 60 giorni), con un meccanismo di rinvio piuttosto opinabile, era stato esteso anche alle varie fattispecie previste che non costituiscono licenziamenti (termine del contratto, trasferimento, cessione del contratto ecc.).

Si tratta, quindi, di stabilire se tale modifica si applichi anche alle ulteriori figure considerate dall'art. 32 del Collegato lavoro; dubbio prospettato da alcuni Autori in quanto da una parte la nuova normativa per i contratti a termine ha fissato dei termini specifici, ma soprattutto perché nel successivo comma 39 si aggiunge che il termine così modificato si applica «in relazione ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della presente legge»: indicazione specifica che potrebbe costituire una voluta riduzione del campo di applicazione.

A prescindere dal fatto che mi pare abbastanza complicato ipotizzare la parziale sopravvivenza di una normativa (sia pure con effetto limitato), che viene dichiarata esplicitamente sostituita (comma 38), ritengo che si tratti semplicemente di complicazioni determinate da un legiferare un poco contorto.

Il Collegato lavoro tratta in primo luogo della disciplina dei licenziamenti, estendendo la stessa (in materia di termini di impugnativa) anche ad altre fattispecie, con una separata disposizione.

La legge n. 92/2012 modifica il comma 1 (che disciplina i licenziamenti), ben sapendo che lo stesso si estende anche ai successivi.

Tecnica legislativa tutt'altro che precisa ma che non mi pare possa portare a una interpretazione diversa.

Delle problematiche determinate da tale previsione, aggravate oggi dalla maggiore ristrettezza dei tempi, abbiamo discusso in un precedente incontro destinato al Collegato lavoro e non è più il caso di ritornarci.

Qualche considerazione invece sulla questione della eventuale necessità di impugnativa del licenziamento orale.

Necessità pacificamente esclusa dalla giurisprudenza antecedente al Collegato lavoro, che qualificava tale licenziamento come inefficace e quindi impugnabile in qualsivoglia momento (salva ovviamente la interpretazione della mancata impugnazione quale risoluzione consensuale e salve le conseguenze della mancata impugnazione quale mancata messa in mora nella quantificazione del danno).

Tale soluzione non dovrebbe trovare ostacoli, e anzi dovrebbe essere avvalorata dalla nuova normativa (art. 32 Collegato lavoro che modifica l'art. 6, legge n. 604), che fa decorrere il termine di impugnativa «dalla sua comunicazione *in forma scritta*».

Se manca il *dies a quo* non si vede come possa ipotizzarsi e a maggior ragione identificarsi un lasso temporale che porti a un *dies ad quem*.

Né osta a tale interpretazione il fatto che il successivo comma 2 dell'art. 30 della legge n. 183 stabilisce che «le disposizioni di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo si applicano anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento».

Come è già stato osservato da altri, si parla di invalidità, in cui non è detto che sia compresa la inefficacia.

E comunque quella specifica inefficacia e/o nullità assoluta, parificabile alla inesistenza, che deriva dalla mancanza di una comunicazione scritta o almeno di una comunicazione utilizzabile come tale (vedi Cass. n. 6447/2009, che attribuisce gli stessi effetti della comunicazione scritta alla consegna del libretto di lavoro, con annotata la indicazione di cessazione del rapporto).

Si potrebbe solo discutere sul fatto se, impugnato in qualche modo il licenziamento verbale anche decorsi i 60 giorni dalla sua comunicazione, non decorra da tale impugnativa il «successivo termine di 180 giorni».

Ovviamente resta in vita tutto il meccanismo che è descritto nella seconda parte del comma 1 dell'art. 32, legge n. 183/2010, sugli effetti della richiesta del nuovo tentativo di conciliazione o arbitrato.

Più complessa e foriera di più gravi problemi è la disciplina relativa alle modalità di intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con quel tentativo di conciliazione preventivo, che è disegnato dal comma 40, con la modifica del testo dell'art. 7 della legge n. 604.

Disciplina che, a mio parere, lede o comunque limita alcuni diritti dei lavoratori, ma finisce con il creare anche molti problemi al datore di lavoro, per cui è difficile stabilire chi ci rimetta di più.

Faccio presente, infatti, che tra i motivi di illegittimità del licenziamento sanzionati con la tutela risarcitoria attenuata (indennità da 6 a 12 mensilità) è prevista in maniera assolutamente generica la «violazione [...] delle procedure di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni» (attuale comma 6 dell'art. 18), il che fa sì che alle usuali ragioni di illegittimità formale (mancanza dei motivi, violazione dell'art. 7, legge n. 300/70) si aggiungano quelle derivanti dalla suddetta procedura, senza che però si dica se tutte le previsioni della stessa sono idonee a configurare la fattispecie di violazione con le conseguenze così previste o se si debba distinguere tra l'una e l'altra e nello stesso tempo si taccia di pignorietà solo un termine relativo ad attività attribuita a un terzo.

La normativa del nuovo tentativo di conciliazione preventivo, infatti, prevede comportamenti datoriali e comportamenti di un terzo (Direzione territoriale del lavoro): termini per l'uno e per l'altro.

Prevede che il tutto inizi con una comunicazione che deve contenere i motivi del licenziamento e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

Non vi è dubbio che la mancanza di motivi vizia in radice la procedura e rientra tra le violazioni che danno luogo alla tutela risarcitoria attenuata.

Ma laddove la motivazione sia solo generica, può essere sanata nel corso della procedura?

Io sarei di parere negativo, in ossequio a quanto si è deciso in passato per la procedura relativa ai licenziamenti collettivi (su cui è intervenuta oggi una modifica, che però richiede l'accordo sindacale).

E ancora non la mancanza, ma almeno la genericità della motivazione contenuta nella richiesta, nemmeno integrata nella procedura, può essere sanata da una motivazione puntuale nella lettera di licenziamento?

Anche in tal caso sarei di parere negativo, in quanto verrebbe meno la funzione della procedura.

E quanto alla indicazione delle misure di assistenza, che è puramente eventuale, si deve richiedere che sia almeno precisato che non è possibile prevederle e magari anche le ragioni della mancata indicazione, oppure il totale silenzio resta privo di ogni sanzione?

La legge prevede che la comunicazione debba essere trasmessa per conoscenza al lavoratore.

Se la comunicazione è solo per conoscenza, risulta irrilevante la sua mancanza?

Ritengo di no, in quanto la diversa soluzione renderebbe ancora più gravosa la situazione del lavoratore, esposto a termini strettissimi, con limitatissime possibilità di interloquire e di condizionare la proposta della Commissione; ma che senso ha tale infelice espressione?

La Dtl deve poi trasmettere la comunicazione al lavoratore nel termine *perentorio* di 7 giorni.

Strana perentorietà imposta a un terzo.

Ma se la Dtl non lo fa, la procedura è viziata e il datore non può licenziare ma deve iniziare una nuova procedura, oppure il datore a questo punto può licenziare senza aspettare il termine della stessa?

Sembrerebbe più logica la prima soluzione, che in qualche modo renderebbe il lavoratore effettivamente partecipe della procedura, in quanto interessato a interloquire sulle ragioni del provvedimento e sulla possibilità di trovare soluzioni alternative (riduzione orario, modifica delle mansioni ecc.), con una certa assonanza con quanto previsto, con modalità ovviamente diverse, per i licenziamenti collettivi; ma c'è una altra disposizione a sua volta di difficile interpretazione che solleva molti dubbi: «Se fallisce il tentativo di conciliazione e, *comunque, decorso il termine di cui al comma 3*, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore».

Attenzione, il termine non è quello dei 20 giorni entro il quale deve concludersi la procedura, come parrebbe ovvio, bensì quello entro il quale la Dtl deve inviare la comunicazione al lavoratore.

Io penso che si tratti di un refuso, ma comunque la norma è quella e farebbe presumere che, una volta trasmessa la comunicazione al lavoratore, il datore di lavoro possa decidere di infischiarne della procedura e licenziare.

Soluzione certamente aberrante ma, così come è scritta la norma, si potrebbe dire, obbligata.

È solo con una operazione di rilevante *maquillage* che si può ritenere che si voglia soltanto dire che la mancata trasmissione della comunicazione da parte della Dtl al lavoratore abbia quale effetto quello di consentire al datore di procedere al licenziamento senza ulteriori indugi – sul che ritengo non vi siano dubbi –, mentre, se la comunicazione viene tempestivamente inviata, il datore deve aspettare i 20 giorni o comunque l'esaurimento della procedura, il che invece è conseguenza razionale ma tutt'altro che scontata.

Ma in ogni caso, perché costruire una tale procedura che, con gli impegni delle varie Dtl, rischia di finire rapidamente nel nulla e nell'esaurirsi nell'invio della comunicazione preventiva da parte del datore?

Ancora i sette giorni entro i quali la comunicazione deve essere trasmessa dalla Dtl indicano il termine entro cui la comunicazione deve essere inviata o quello entro cui deve essere ricevuta?

In un ordine del giorno, il Senato ha precisato che i sette giorni identificano l'invio, e certamente in lingua italiana il termine «trasmettere» utilizzato dal legislatore sia in relazione all'invio della comunicazione, sia per determinare lo spazio temporale entro il quale la procedura deve essere chiusa, sembra identificare il momento di partenza.

Ciò ovviamente significa che i tempi per il lavoratore possono essere strettissimi, e che non vi è alcuna effettiva considerazione per l'interesse dello stesso (che potrebbe anche essere assente al domicilio perché in ferie) a una partecipazione effettiva alla procedura, con una qualche possibilità di interloquire.

Cosa tanto più assurda ove si consideri quello che nella procedura può succedere: una proposta conciliativa da parte della Commissione con effetti rilevanti nell'eventuale successivo giudizio.

Data la natura del procedimento, difficilmente potrebbero ipotizzarsi questioni di legittimità costituzionale, ma è comunque evidente che il giudice non potrebbe valutare in senso negativo la mancata partecipazione del lavoratore, laddove si dovesse dare seguito, nella successiva fase giudiziale, alla valutazione del comportamento delle parti nella procedura, così come prescrive la normativa con un'ampiezza di valutazione criticata in tutti i commenti.

Ciò detto, peraltro, si potrebbe aggiungere che ce ne è per tutti.

È evidente che le dimensioni aziendali in molti casi non sono un fatto pacifico, indiscutibile, che può essere sempre stabilito *a priori* senza dubbio alcuno.

È ben possibile che ci sia una situazione di incertezza, che il datore sia al limite, che a seconda dei casi, e più specificamente di quelle che saranno le risultanze istruttorie, possa essere considerato maggiore oppure minore.

Nel primo caso, deve espletare la procedura; nel secondo, può licenziare per giustificato motivo oggettivo senza dovervi ricorrere.

Ma se licenzia direttamente e poi in causa viene accertato che le dimensioni aziendali sono superiori, il licenziamento è inefficace anche se la sanzione è – almeno in prima battuta – solo quella risarcitoria ridotta?

Parrebbe proprio di sì.

Ma se effettua la procedura, sia pure cautelativamente, sostanzialmente conferma o comunque fa sorgere il dubbio che le sue dimensioni siano superiori.

E se inizia la procedura, pur non essendo la stessa dovuta, il successivo

licenziamento ha effetto solo dalla comunicazione, è soggetto all'effetto della eventuale malattia che va considerata intervenuta prima che il licenziamento sia comunicato, all'eventuale matrimonio oltre che alla gravidanza ecc.?

Anche a tale quesito dovrebbe darsi risposta positiva.

Ma allora il datore si trova esposto a conseguenze che derivano non dalla situazione obbiettiva, ma da scelte comportamentali nell'ambito della procedura.

In conseguenza, comunque si muova corre dei rischi ulteriori.

Ulteriori criticità discendono dal comma 41 della legge, ove sono previsti, accomunandoli, gli effetti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e del licenziamento disciplinare.

Siamo quindi al di fuori della procedura e ci si riferisce a licenziamento già intimato.

Gli effetti retroagiscono in entrambi i casi all'inizio della procedura.

Sono però previsti alcuni «effetti sospensivi».

«L'effetto sospensivo disposto dalle norme del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità».

E si aggiunge, «gli effetti rimangono altresì sospesi in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro».

Balzano subito all'occhio due cose:

a) sostanzialmente le discipline della gravidanza e del matrimonio erano sempre andate di pari passo; qui curiosamente vengono separate e si parla solo della prima;

b) non risulta che nella vigente legislazione sussista un effetto sospensivo della gravidanza, inteso in senso tecnico.

In realtà il licenziamento intimato nel periodo considerato dalla legge (gravidanza fino a un anno dalla nascita del bambino) è nullo *tout court*, e nulla di diverso dice la nuova normativa, che anzi lo assoggetta alle conseguenze previste dall'art. 18 (tutela reintegratoria piena o forte).

Quanto all'infortunio, è difficile ritrovare pronunce nella giurisprudenza precedente, che per lo più si riferisce alla malattia; e in tal caso, in prevalenza, si afferma la inefficacia assoluta (Cass. n. 12031/99), anche se non mancano le decisioni che invece affermano che il licenziamento rimane sospeso fino alla guarigione del dipendente tornando a riprendere efficacia da tale momento.

Il problema però è che, con il sia pure generico richiamo all'art. 2110 cod. civ. contenuto nel comma 7 del novellato art. 18, come modificato dal comma 42, al licenziamento intimato in periodo di infortunio dovrebbe applicarsi la tutela reintegratoria attenuata; quindi lo stesso legislatore, che

parla di effetto sospensivo al comma precedente, in realtà ritiene che il licenziamento sia inefficace e non semplicemente sospeso.

Come uscirne?

Unica soluzione potrebbe essere quella di ritenere che la disposizione abbia un effetto assai limitato e si riferisca a eventi intervenuti dopo la comunicazione di inizio della procedura del nuovo licenziamento per giustificato motivo oggettivo o disciplinare, e ciò indipendentemente dal fatto che gli effetti del licenziamento retroagiscano all'inizio della stessa.

Quindi impedendo, per tali diverse specifiche situazioni, il verificarsi dell'effetto retroattivo all'inizio delle due procedure.

Si può aggiungere che tale trattamento privilegiato relativo agli infortuni sul lavoro rispetto a quello praticato per la malattia si potrebbe spiegare con l'atteggiamento psicologico negativo che si ha nei confronti di quest'ultimo evento, mentre per il primo si ritiene che non possa dipendere da un comportamento del lavoratore, con quale coerenza con gli artt. 2110 cod. civ. e 38 Cost. non è dato vedere.

Quanto alla discrasia tra gravidanza e matrimonio, probabilmente ancora una volta si è ritenuto che nel secondo caso le pubblicazioni sono un fatto meramente volontario, e quindi utilizzabile pretestuosamente, mentre nel primo la gravidanza dipende da molti fattori, solo in parte lontani.

Sennonché resta un grosso problema.

Il legislatore parrebbe non essersi reso conto che il licenziamento intimato all'esito del procedimento di cui all'art. 7, legge n. 300, e cioè disciplinare, può essere tanto un licenziamento per giusta causa che per giustificato motivo.

Stabilendo l'effetto sospensivo, senza alcuna distinzione, ciò significa che anche il licenziamento per giusta causa è sospeso dai suddetti eventi?

Mentre per il licenziamento per maternità il problema potrebbe essere risolto affermando che, non essendo in alcun modo previsto un effetto sospensivo e anzi essendo stabilito esplicitamente il venir meno della tutela in caso di licenziamento per giusta causa, si verifica la inapplicabilità della disposizione, più complesso è il problema per l'infortunio.

Qui, infatti, la legge identifica espressamente e rigorosamente la fattispecie affermando che «gli effetti rimangono altresì sospesi in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro».

Ed è molto difficile liberarsi di tale precisa previsione, anche perché l'effetto sospensivo non riguarda necessariamente il periodo di preavviso, ma il periodo precedente, quello della procedura, nel quale ancora non vi è un provvedimento.

Quindi, la soluzione che dovrebbe trarsi dalla disposizione è che anche in caso di giusta causa, il datore non può licenziare se il lavoratore è «sotto infortunio»...

Da ultimo, non è precisato quanto dovrebbe durare la sospensione degli effetti del licenziamento.

Sembrerebbe ovvio rispondere per tutta la durata prevista dalla legge: per la gravidanza un anno dopo la nascita del bambino, per l'infortunio tutto il periodo di comparto, salvo ovviamente che l'infortunio non sia addebitabile a comportamento illecito del datore, che come è noto non fa maturare il periodo di comparto.

Ma in tal caso non dovrebbero sfuggire gli effetti dirompenti di tale disposizione, almeno in relazione alla gravidanza.

Il datore, prima di tale disciplina, in presenza di valide ragioni, avrebbe potuto licenziare per giustificato motivo oggettivo, o per giustificato motivo soggettivo; la gravidanza intervenuta *dopo* la intimazione del licenziamento non avrebbe prodotto alcun effetto.

Oggi, la gravidanza che interviene tra l'inizio e la fine della procedura di giustificato motivo oggettivo fa sì che non sia possibile licenziare per tutto il periodo della procedura e fino a un anno dalla nascita del bambino!

Veniamo quindi alla nuova disciplina dell'art. 18, che riguarda tanto i licenziamenti individuali quanto quelli collettivi.

Non mi perdo in un'analitica ricostruzione ma cerco di focalizzare alcuni punti.

Come sapete, ci sono quattro tipi di tutela che, per comodità espositiva, ho già identificato come del resto fatto da altri, in:

- tutela reintegratoria piena o forte;
- tutela reintegratoria attenuata;
- tutela risarcitoria forte;
- tutela risarcitoria debole o ridotta.

La prima, disciplinata dai commi 1, 2 e 3 del nuovo art. 18, prevede:

- *reintegra*;
- *indennità* commisurata all'ultima retribuzione (almeno 5 mensilità)

per il periodo dal licenziamento alla reintegra o alla data della opzione o al mancato rientro entro 30 giorni dalla offerta, dedotto il percepito da altra attività lavorativa;

- *contributi* previdenziali e assistenziali per tutto il periodo;
- 15 mensilità, in caso di opzione, senza contributi.

Dovrebbe essere risolto un dubbio che in precedenza ha talvolta attanagliato gli interpreti: che ne è delle prestazioni previdenziali erogate nel frattempo (disoccupazione, mobilità ecc.)?

È evidente – ma era anche logico prima (anche se molte decisioni soprattutto di merito facevano qualche confusione) – che non sono detraibili, ma tocca semmai agli istituti previdenziali recuperarle.

Dato il tenore di questa conversazione, non affronto specificamente le fattispecie disciplinate, che sono abbastanza chiare nella loro definizione, anche se forse non altrettanto nel reale contenuto.

Mi limito a ribadire, come già osservato in precedenza, che con la unificazione di varie fattispecie sotto l'egida dell'art. 18 si finisce anche con l'aggravare notevolmente la posizione dei datori di lavoro minori, che sono quelli più esposti a macchiarsi di licenziamenti viziati per ragioni formali (privi di forma scritta) o a essere più «scoperti» nella motivazione del licenziamento discriminatorio.

Costoro, infatti – al contrario di quanto si verificava in precedenza –, sono soggetti anche alla «sanzione» delle 15 mensilità, in caso di opzione da parte del lavoratore.

La norma, infatti, è chiara nel dire che la stessa si applica «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro».

Prima il datore di lavoro minore, quando il suo licenziamento veniva dichiarato inefficace per ragioni formali (mancanza di forma scritta, ma anche difetto dei motivi richiesti) oppure nullo perché in violazione della normativa sul matrimonio o sulla gravidanza o perché discriminatorio, doveva sì ripristinare il rapporto, ma il suo obbligo economico non andava oltre la retribuzione, anche se poteva essere inferiore in relazione al momento della messa in mora.

Oggi non solo deve comunque la intera retribuzione, ma addirittura, se non ha luogo la reintegra, non per fatto proprio ma per scelta dall'altra parte, rischia di pagare anche ulteriori 15 mensilità in caso di opzione.

C'è ancora da notare che il riferimento è solo all'ultima retribuzione, il che con i «rilevanti» aumenti contrattuali di questo periodo non è certamente una questione di massimo rilievo, mentre nessun dubbio dovrebbe sussistere sulla liquidabilità di interessi e rivalutazione, dalle singole scadenze, il che dovrebbe essere la soluzione più corretta.

#### *Tutela reintegratoria attenuata o ridotta (comma 4)*

Si distingue dalla precedente perché resta la reintegra e restano le 15 mensilità in caso di opzione, ma la indennità deve essere graduata da zero a 12 mensilità come massimo e viene ridotta oltre che del percepito anche di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire, dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione.

A loro volta i contributi previdenziali sono pari alla differenza tra quel-

li spettanti per il periodo di mancata occupazione e quelli percepiti da altra occupazione.

Considerate le differenze tra le disposizioni relative alle due tutele (generica nel primo caso e specifica nel secondo), le stesse a mio parere hanno un significato assolutamente chiaro: nel caso di tutela reintegratoria forte, il lavoratore ha diritto alla copertura contributiva piena come se avesse lavorato, ma non di più (non credo infatti che si possa ritenere che ci possa essere un cumulo di contributi); in caso di tutela reintegratoria attenuata, i contributi nulla hanno a che fare con la entità della indennità, ma si intende realizzare complessivamente una copertura previdenziale completa e riferita a tutto il periodo di mancata occupazione.

Cioè a dire, la indennità potrà magari essere di 4 mensilità ma la copertura previdenziale deve essere completa.

I contributi vanno quindi versati non sulla retribuzione-indennità erogata, ma su quella dovuta ove superiore.

C'è però un grosso problema: la norma testualmente afferma «pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva/reintegra», salvo poi aggiungere che «in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto».

Il problema non è solo quello, da molti evidenziato, degli interessi e rivalutazione, che a mio parere non dovrebbero essere esclusi, e magari decorrere dal licenziamento, come già ritenuto sotto il vigore della originaria dizione dell'art. 18, ma assai più rilevante.

Se dobbiamo attenerci a una interpretazione letterale, non vi è dubbio che nemmeno possono ipotizzarsi le diverse interpretazioni manifestatesi in tema di identificazione del *dies ad quem*, cui deve riferirsi la liquidazione della indennità prevista dall'art. 32 del Collegato lavoro, in tema di conversione del contratto a tempo determinato.

Mentre lì si disputava e si disputa se il periodo considerato cessa con la domanda oppure con la pronuncia, con la conseguenza che successivamente è dovuta la ordinaria retribuzione, così come era espressamente stabilito in relazione ai licenziamenti dall'art. 18, legge n. 300, testo originario, che recita testualmente: «Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la inefficacia o l'invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a 5 mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'art. 2121 del cod. civ. Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a cor-

rispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione»; qui il tenore letterale della disposizione, con il riferimento preciso al *dies ad quem* e con la predeterminazione della entità della indennità, porta a una soluzione che trovo quasi obbligata: quella di ritenere che il legislatore, sia pure imprudentemente, abbia voluto cristallizzare in tale importo tutto quanto dovuto al lavoratore fino alla data di effettiva reintegra.

Senonché, evidentemente, gli è sfuggito che una cosa è la pronuncia, altra la effettiva reintegra e che se ha un senso disinteressarsi della durata del processo, come del resto affermato da alcune sentenze della Corte Costituzionale, altra questione è quella degli effetti della pronuncia.

È di palese evidenza, quindi, che se nulla fosse dovuto dalla pronuncia alla effettiva reintegra, mai e poi mai un datore di lavoro reintegrerebbe effettivamente.

E allora le soluzioni possono essere diverse, ma tutte alquanto arzigogolate.

Bypassare la dizione letterale e dire che la sentenza non può decidere che per il passato, per cui identificare sostanzialmente reintegra con pronuncia?

Soluzione certamente conforme a Costituzione ma assai poco tecnicamente valida.

Sollevarne questione di costituzionalità quantomeno per violazione del principio di ragionevolezza?

Sembra una via tecnicamente più valida.

Non credo invece sia possibile utilizzare, in via interpretativa, principi elaborati nella vigenza della originaria dizione dell'art. 18, in quanto lì c'era una previsione espressa e assai chiara.

Più difficile percorrere la strada del configurare un separato danno derivante dall'inadempimento dell'ordine del giudice, secondo i principi generali; danno da determinarsi con parametri non necessariamente identici a quello retributivo; soluzione, questa, ipotizzata da alcuni Autori ma con ricadute non da poco in relazione in primo luogo all'onere probatorio.

Quanto alla possibilità, sia in questo caso sia in quello della tutela reintegratoria forte, di richiedere ulteriori forme di danno, direi che tutto resta invariato rispetto alla precedente elaborazione giurisprudenziale che lo configura solo come conseguenza derivante da particolari modalità del licenziamento (ingiurioso, di rappresaglia ecc.) od ove lo stesso rientri in un complessivo comportamento illecito quale potrebbe essere il *mobbing*.

Non affronto particolarmente il tema delle fattispecie in cui il giudice deve disporre tale tipologia di tutela – lo ricordo, reintegratoria attenuata –

anche perché è uno dei più approfonditi negli scritti che si sono succeduti in questi giorni.

Mi limito a osservare che al comma 4 il legislatore precisa che le fattispecie previste sono le ipotesi... in cui «non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

Faccio presente che queste dovrebbero essere le fattispecie più gravi previste dal legislatore, relative al merito del provvedimento, in quanto più grave è la sanzione.

E allora, in primo luogo, è possibile dare al concetto di «insussistenza del fatto» un'accezione abbastanza ampia, nel senso che non deve trattarsi solo di mancanza del fatto materiale ma di mancanza nel fatto degli elementi costitutivi di un illecito disciplinare.

Quindi «non ha commesso il fatto», anche se tale dizione prevista nei lavori preparatori è stata eliminata, «il fatto è stato commesso nell'esercizio del diritto», «il fatto è inidoneo a determinare una responsabilità disciplinare», «non è disciplinarmente punibile».

Mi rendo conto delle difficoltà di distinguere con la previsione del comma successivo («nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa»), ma una cosa va detta.

Se il fatto nemmeno è previsto dal Ccnl o dal codice disciplinare quale meritevole di una sanzione, *quid iuris?*

È evidente che non può essere applicato al datore inadempiente un trattamento più favorevole quale è quello del comma 5 – tutela risarcitoria forte – nel caso in cui il comportamento sia talmente irrilevante da non essere nemmeno considerato tra le sanzioni conservative, rispetto a quello applicato nel caso in cui il fatto abbia una rilevanza disciplinare, sì da essere considerato degno di una qualche sanzione sia pure inferiore del Ccnl (tutela reintegratoria attenuata).

In caso contrario ancora ci troveremmo al di fuori di ogni criterio di ragionevolezza.

Il riferimento alle sanzioni previste dal Ccnl e dal codice disciplinare non esclude ma semmai rafforza la possibilità del giudice di valutare la proporzionalità della sanzione in relazione alla gravità del comportamento (Cass. n. 22129/2011); è evidente, infatti, che la norma fa intendere che non possono essere applicate sanzioni più gravi di quelle previste dal Ccnl e dal codice disciplinare ma non preclude la soluzione opposta.

Vale a dire che il giudice, pur a fronte di una norma contrattuale collettiva che qualifica un certo comportamento come idoneo a giustificare il licenziamento, lo configuri in maniera diversa, anche tenuto conto delle caratteristiche concrete.

E ciò è ancora più ovvio ove si consideri che il legislatore attribuisce poteri con effetti per così dire normativi non solo al contratto collettivo ma anche al codice disciplinare che è atto di parte.

Unico problema è se la fattispecie possa essere configurata quale «non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo», per insussistenza del fatto contestato (e quindi con sanzione reintegratoria attenuata), oppure se rientri negli altri casi (sanzione risarcitoria forte).

Ho qualche dubbio a rispondere, anche se forse il discrimine non è tanto teorico, quanto legato alle caratteristiche del fatto e alla sua idoneità a costituire fatto disciplinarmente rilevante, che il giudice può valutare.

Con una certa confusione tecnico-legislativa, il nostro legislatore, in un comma diverso (il 7), inserisce altra fattispecie nelle quali la sanzione è sempre quella reintegratoria attenuata con la seguente dizione: «Il licenziamento è stato intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, del codice civile»; disposizione che come ricorderete recita: «Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative degli usi o secondo equità».

I casi previsti dal comma 1 sono infortunio, malattia, gravidanza e puerperio.

Per quanto riguarda gravidanza e puerperio, le conseguenze della risoluzione del rapporto in tale periodo sono già disciplinate oggi dai commi 1, 2 e 3 del novellato art. 18 e quindi il problema non si pone o meglio dovrebbe escludersi che la clausola possa riferirsi a essi.

Restano malattia e infortunio, cui parrebbe riferirsi tale clausola, anche se non si capisce perché non si sia stati più precisi.

Quindi in tal caso il licenziamento è illegittimo e si ha diritto alla reintegra e a una indennità con il massimo di 12 mesi.

Salvo errori, non vi sono differenze sostanziali ma concettuali rispetto alla vecchia disciplina, quantomeno se interpretata nel senso della inefficacia del provvedimento.

Più curiosa e francamente aberrante è la disposizione contenuta nel secondo periodo del comma 7.

«Il giudice può altresì applicare la predetta disciplina» – reintegra attenuata – «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo».

Ricordiamo che il comma 4, in relazione al giustificato motivo soggettivo, applica (questa volta obbligatoriamente) la stessa disciplina (tutela reintegratoria attenuata), «quando accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro per insussistenza del fatto contestato» (oltre che per, si potrebbe dire, mancata corrispondenza al contratto collettivo).

Mentre invece (sempre comma 7) «nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo il giudice applica la disciplina di cui al comma 4», e cioè la tutela risarcitoria forte.

Quindi, per il giustificato motivo soggettivo, in difetto di presupposti di fatto, nei casi ritenuti di maggiore gravità, si ha la tutela reintegratoria attenuata (comma 4) e nelle altre ipotesi la tutela risarcitoria forte; invece nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo nei casi più gravi (manifesta insussistenza) il giudice può scegliere *discrezionalmente* se applicare la prima o la seconda tutela, mentre deve applicare la seconda (risarcitoria forte) nei casi ritenuti più lievi.

C'è già l'attribuzione al giudice di una eccessiva discrezionalità, o meglio ancora enorme aleatorietà nella distinzione tra «manifesta insussistenza» del fatto e «altre ipotesi», in cui certamente rientra ovviamente la «insussistenza» non manifesta, la insussistenza «semplice».

Trattasi di concetti cui è praticamente impossibile dare un contenuto concreto, con l'aggravante che non si capisce perché la insussistenza manifesta ma comunque, per così dire, «piena» «assoluta» dovrebbe essere sanzionata più gravemente di una insussistenza che ha le stesse caratteristiche ma risulta coperta, nascosta e quindi non manifesta.

Ma quello che lascia enormemente perplessi è la assoluta discrezionalità attribuita al giudice nella scelta di quale sia la tutela da applicare in relazione questa volta al giustificato motivo oggettivo, in quanto non viene minimamente detto in base a quali parametri, in relazione alla medesima situazione fattuale – «manifesta insussistenza» –, debba o possa decidere in un senso piuttosto che nell'altro.

Qui i dubbi di costituzionalità sono evidentissimi, sia sotto il profilo dell'art. 24 e dell'art. 111 Cost. sia sotto il profilo della ragionevolezza.

E non dovrebbe sfuggire l'atteggiamento schizofrenico di un legislatore che, da una parte, tende a ridurre i poteri del giudice, escludendo il «sindacato di merito nelle valutazioni tecniche organizzative e produttive che competono al datore di lavoro» (art. 30, comma 1, legge n. 183/2010), norma la cui pretesa inosservanza costituisce oggi motivo di ricorso per Cassazione, per violazione di norme di diritto ai sensi del comma 43 della legge che stiamo commentando e, dall'altra, gli attribuisce tali assoluta-

mente discrezionali poteri, in assoluta assenza di qualunque parametro cui ancorare il giudizio.

*Tutela risarcitoria forte* (comma 5)

Si riferisce, come già abbiamo visto, alle «altre ipotesi (diverse da quelle si potrebbe dire tipiche previste dal comma 4) in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa» e quelle indicate invece nel comma 7 identificate come «altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo» (oggettivo).

Fatta salva, appunto, la possibilità di applicare discrezionalmente tale sanzione anche in caso di «manifesta inesistenza».

Niente reintegra, quindi, ma espressa dichiarazione di cessazione del rapporto alla data del licenziamento.

Il licenziamento illegittimo è sanzionato semplicemente con la corresponsione di una indennità risarcitoria omnicomprensiva graduabile tra le 12 e le 24 mensilità (con motivazione espressa), tenendo conto di vari elementi che solo apparentemente sono gli stessi dell'art. 8 della legge n. 604 come modificato dalla legge n. 108/90.

Lì, infatti, i parametri erano tutti sullo stesso piano.

Qui invece l'anzianità (che dovrebbe essere sempre quella di servizio anche se contrariamente alla precedente normativa non viene esplicitato) è certamente prioritaria, considerato che il legislatore si esprime con la espressione «in relazione», mentre per gli altri criteri aggiunge «e tenuto conto».

Inoltre, quello che potrebbe essere considerato l'elemento determinante, e cioè la maggiore ritenuta intrinseca validità del provvedimento, e di converso, come si esprime un Autore, «lo spessore della illegittimità», che viene identificato con la espressione «comportamenti» delle parti, è confuso con altri considerati di minor rilievo («tenuto conto»).

Ne discende, quindi, che, in mera ipotesi, un lavoratore che abbia una rilevante anzianità di servizio, ma si sia macchiato di comportamenti si potrebbe dire al limite, dovrebbe ottenere una indennità superiore rispetto a chi ha minore anzianità di servizio ma ha compiuto atti di molta minore gravità.

*Tutela risarcitoria attenuata o debole* (comma 6).

Come nel caso precedente, il giudice dichiara risolto il rapporto dalla comunicazione, ma la indennità è graduabile, sempre con obbligo di motivazione, con un *range* che va da 6 a 12 mensilità.

Le ragioni in base alle quali deve essere effettuata la motivata graduazione sono diverse dalle precedenti.

In questo caso, quindi, l'anzianità di servizio del lavoratore, le dimensioni aziendali non contano più; conta solo la *gravità delle violazioni formali* (mentre nel caso precedente la gravità delle violazioni sostanziali contava assai poco).

Anche qui c'è a mio parere una lesione del canone della ragionevolezza anche se non so se abbia rilievo costituzionale.

Tale disciplina riguarda esclusivamente i vizi formali, siano essi relativi alla mancanza di motivazione di qualunque tipo di licenziamento, siano relativi alla violazione della procedura disciplinare o di quella nuova relativa al giustificato motivo oggettivo (art. 7, legge n. 604, novellato).

La norma prevede anche che tale disciplina si applica «a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso si applicano, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi 4, 5 o 7».

Qualche Autore si è preoccupato, affermando che se io formulo la domanda di illegittimità sostanziale rischio di perdere anche la tutela relativa alla illegittimità formale.

Mi pare una preoccupazione assolutamente infondata, frutto della vecchia concezione secondo cui la valutazione della forma precedeva quella del merito del provvedimento e che la clausola sia una mera superfetazione, una ovvietà.

È ovvio, infatti, che, se oltre quello formale esiste un vizio sostanziale, che ha conseguenze più gravi, non sussiste ragione per cui lo stesso non possa essere fatto valere dal lavoratore.

Quello che c'è da dire è che oggi, data la diversa tutela, in giudizio si dovrà eccepire in primo luogo la illegittimità sostanziale del provvedimento e in via subordinata quella formale, e non già viceversa.

Il che probabilmente ha poca coerenza logica, almeno per quello che avevamo sempre pensato, ma è frutto del nuovo sistema.

Il problema, a mio parere, è però un altro.

Come fa il lavoratore a dedurre la inesistenza del motivo addotto dal datore di lavoro («difetto di giustificazione» che certamente costituisce un vizio sostanziale), se tale motivo non è stato esplicitato?

È evidente che resta l'art. 5 della legge n. 604, in forza del quale l'onere probatorio è del datore di lavoro, ma è altrettanto vero che vale in primo luogo il principio della determinazione della domanda, e conseguentemente l'onere di allegazione.

E certo non è possibile limitarsi ad allegare semplicemente che non esiste un reale motivo, e men che meno la discriminatorietà, se non si indica in qualche modo la motivazione, la ragione, che il datore avrebbe posto a fondamento del provvedimento.

Ma se non si conosce il motivo, poiché il datore ha licenziato senza motivare, come si fa?

Certo non si può tirare a indovinare.

Nemmeno è possibile ritenere che il problema sarebbe risolto nella ipotesi (residuale peraltro) in cui il datore esterni un motivo nel processo con la costituzione in giudizio.

Da una parte, la domanda deve essere proposta con il ricorso originario – la stessa norma recita «sulla base della domanda formulata dal lavoratore» –; dall'altra, nel successivo giudizio di opposizione, non possono essere proposte domande diverse rispetto a quelle proposte originariamente (comma 51).

Si potrebbe ritenere che, ove il datore di lavoro commettesse quella che sarebbe una vera e propria imprudenza, di fornire nel corso del giudizio, ai sensi del comma 48, una motivazione del licenziamento, sarebbe possibile formulare la domanda per così dire relativa al merito del provvedimento nella opposizione, in quanto in tale giudizio è possibile formulare domande diverse, ove «fondate sugli stessi fatti costitutivi».

Ma si tratta di un vero e proprio equilibrismo che presuppone comunque che vi sia una opposizione; e se il lavoratore ha visto accolta la domanda formulata alla tutela risarcitoria attenuata, come può proporre opposizione solo per ottenere l'accoglimento di una diversa (e superiore) domanda – quando anche proponibile – che non ha potuto proporre in primo grado per mancanza di presupposti, *id est* di conoscenza, e che non ha in effetti proposto?

Per concludere su questo punto, come già è stato osservato da altri, è agevole pensare che la quantità di licenziamenti immotivati aumenterà notevolmente, e sarà questa la formula che verrà usata dal datore che non ha sostanziali (o legittimi) motivi da far valere, il che finirà con il paralizzare o comunque renderà più difficile anche la richiesta di declaratoria di illegittimità dei licenziamenti.

E quella incertezza sui costi per il datore di cui ho parlato all'inizio di questa mia conversazione trova qui un rilevante correttivo: almeno una certezza – sempre relativa – sussiste; quella di sapere che è possibile determinare in anticipo il costo di un licenziamento, è sufficiente che si scelga di licenziare senza motivare.

*Licenziamenti collettivi*

Poche considerazioni, non perché la materia non lo richieda quanto perché il livello di stanchezza mia e vostro ritengo sia piuttosto elevato.

Il comma 45 stabilisce che «Gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo *possono* essere sanati, a ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo».

I problemi che sorgono sono parecchi.

Cosa significa «possono»?

Occorre una sanatoria espressa oppure il semplice accordo sindacale sana?

La seconda ipotesi dovrebbe essere esclusa dal fatto che la normativa non dice che l'accordo sindacale sana ma che è possibile sanare «nell'ambito».

In ogni caso io farei molte distinzioni.

Se un Sindacato nemmeno è stato invitato a partecipare e non ha partecipato, non vedo come un accordo sindacale stipulato dagli altri, quando anche sia espressa una volontà di sanatoria, possa sanare.

Se un Sindacato non ha partecipato pur essendo stato invitato, ciò non vizia certamente una procedura corretta, ma non credo possa consentire la sanatoria di una procedura scorretta.

Se il vizio è radicale (ad esempio, assoluta mancanza delle ragioni nella comunicazione iniziale), non vedo come anche una espressa dichiarazione nell'accordo finale possa essere sanante.

E allora non direi che sia questione di dichiarazione espressa o di tacita conferma ma della natura del vizio da una parte e del reale contenuto dell'accordo dall'altra.

Cioè a dire, se nella comunicazione iniziale non sono state fornite tutte le informazioni necessarie e previste, ma *risulti* positivamente dall'accordo e per il contenuto dell'accordo che le stesse sono state fornite nel corso della procedura e il Sindacato o meglio tutti i Sindacati hanno potuto venirne a conoscenza, allora la sanatoria si può considerare verificata.

In caso diverso no.

E tocca al giudice verificare e valutare.

Né più né meno, cioè, dei risultati acquisiti dall'ultima giurisprudenza.

Quanto alle conseguenze, il comma 46 prevede la tutela reintegratoria forte in caso di licenziamento orale, e qui c'è poco da dire, anche perché si tratta di fattispecie del tutto improbabile nei licenziamenti collettivi.

In caso di violazione delle procedure richiamate dal comma 12 dell'art. 4 della legge n. 223, in forza di un rinvio alquanto complesso indicato nel comma 46, si dovrebbe applicare la tutela risarcitoria forte (12-24 mensilità).

In caso di violazione dei criteri di scelta si applica la tutela reintegratoria attenuata.

Non vi è alcun riferimento alla retrodatazione degli effetti del licenziamento al momento dell'inizio della procedura, che è limitato al giustificato motivo oggettivo e giustificato motivo soggettivo e quindi l'effetto dovrebbe decorrere, come in passato, dalla comunicazione dello stesso.

Ci sono (tra i tanti) due grossi problemi.

Come configurare la illegittimità dei criteri di scelta, che è uno dei vizi più comuni, delle procedure fin qui sindacate in giudizio.

Quando i criteri sono privi dei caratteri della generalità e astrattezza, si tratta di criteri mirati ecc.

È un vizio della procedura o tirandolo per i capelli può rientrare nella violazione dei criteri di scelta?

La logica vorrebbe la seconda soluzione, anche perché si tratta sostanzialmente del vizio più grave, ma mi rendo conto della difficoltà.

Però poniamo il caso che si sia iniziata e si sia chiusa una procedura senza proprio parlare dei criteri di scelta o ci si sia limitati alla mera indicazione delle esigenze aziendali, senza nessuna specificazione.

Per cui sostanzialmente il datore licenzia chi vuole, identificando *ex post* le esigenze aziendali.

Ebbene anche qui si dovrebbe parlare solo di violazione della procedura?

E ancora: curiosamente non si parla di licenziamento discriminatorio quando invece noi sappiamo che proprio con riferimento sia all'applicazione, ma più ancora alla identificazione dei criteri di scelta, è un vizio che spesso si ritrova o comunque può essere configurato nei licenziamenti collettivi.

Non penso sia possibile escluderlo, per cui ritengo che, anche attraverso la deduzione di criteri costruiti *ad personam* o applicati *ad personam*, sia configurabile anche nei licenziamenti collettivi un licenziamento discriminatorio assoggettato alla disciplina dei commi 1, 2 e 3 del novellato art. 18.

Altra questione è quella delle conseguenze della violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 9, della legge n. 223, e che nella previgente disciplina era sanzionata in maniera concettualmente più grave (inefficacia) rispetto alla violazione dei criteri di scelta (annullabile), anche se poi tutto era riportato a unità con l'applicazione in ogni caso dell'art. 18.

Oggi la situazione è rovesciata, anche perché non ci si è resi conto che nella prima fattispecie potevano rientrare le situazioni più varie, da mere violazioni formali a violazioni sostanziali di notevole rilievo quali la mancata (non solo insufficiente) motivazione delle ragioni, il mancato avviso, ad alcune delle Oo.Ss. che avrebbero dovuto partecipare alla trattativa, che costituiscono lesioni radicali della procedura.

Ebbene anche tali gravissime lesioni sono sanzionate o parrebbe siano sanzionate semplicemente con una indennità risarcitoria.

La legge non lo dice espressamente ma con il rinvio all'art. 18 dovrebbe desumersi che il giudice dichiara «risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento», anche perché la qualificazione di inefficacia del licenziamento non c'è più (a prescindere dalla scarsa rilevanza nella nuova normativa).

Ma allora, se il rapporto è risolto, ne dovrebbe discendere come ineludibile conseguenza che il lavoratore resta in mobilità e quindi continua a mantenere il diritto alla relativa indennità (domani Aspi) e che la indennità risarcitoria si aggiunge alla stessa.

Una diversa soluzione non solo contrasterebbe con il tenore letterale della disposizione, ma porterebbe anche a conseguenze pratiche assurde.

Se il lavoratore dovesse perdere la mobilità (e contemporaneamente la copertura previdenziale) mai e poi mai si avventurerebbe a impugnare il licenziamento, rischiando di avere come semplice beneficio una indennità che, soprattutto per le retribuzioni più basse, potrebbe essere sostanzialmente inferiore (la questione, sotto questo profilo, potrebbe rivalutarsi in regime di Aspi).

Si può aggiungere un'ultima considerazione.

La violazione della procedura del licenziamento collettivo può dare ingresso anche ad azioni *ex art. 28* Statuto dei diritti dei lavoratori, con effetti ben più incisivi di quelli previsti dalla legge sui licenziamenti collettivi come modificati, in quanto tra di essi è compresa anche «la rimozione degli effetti», fattispecie in cui può ritenersi rientrare ovviamente anche la declaratoria di inefficacia del licenziamento nel senso fino a oggi inteso (come del resto più volte statuito in giurisprudenza).

