

indice

editoriale

- 395** ANTOINE LYON-CAEN
Le langage des adjectifs

saggi

- 399** RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza
- 403** ADALBERTO PERULLI
I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità
- 419** VANIA BRINO
Spiragli di fair trade nel commercio internazionale
- 433** LAURA TEBANO
Ragionevolezza e potere di controllo del datore di lavoro
- 445** FIORENZO LIGUORI
Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione
- 475** ALBERTO DE VITA
La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra "Formula di Frank" e recklessness
- 505** OMBRETTA DESSÍ
Federalismo, formazione professionale e contratto di inserimento

giurisprudenza

note e rassegne critiche

- 535** ANTONIO VALLEBONA
La vittoria della certezza (NOTA a Corte costituzionale 11 dicembre 2011 n. 303)

II **indice**

- 539** PAOLA SARACINI
Il contratto a termine dinanzi alla Consulta: il risarcimento rimane “sbilanciato”
(NOTA a Corte costituzionale 11 dicembre 2011 n. 303)
- 553** CARMINE RUSSO
Legge e contrattazione per la retribuzione accessoria nel lavoro pubblico regionale
(NOTA a Corte costituzionale 22 dicembre 2011 n. 339)
- 561** ROSA CASILLO
Trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici e principi costituzionali
(NOTA a Tribunale Livorno 5 agosto 2011 - ordinanza)

osservatorio

- 575** PATRIZIA TULLINI
Cooperazione pubblico-privato nel mercato del lavoro
- 589** *Notizie sugli autori*
- 591** *Abbreviazioni*
- 605** *Indice annata 2011*
- 613** *Indice autori 2011*

I contributi di Antoine Lyon-Caen, Raffaele De Luca Tamajo, Adalberto Perulli, Vania Brino e Laura Tebano – che riproducono gli interventi degli Autori al Seminario internazionale di Diritto del lavoro, tenutosi a Venezia il 5-6 maggio 2011, in collaborazione con l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – sono stati raccolti ed ordinati da Laura Tebano.

In questo numero sono stati sottoposti a referaggio i contributi di:
Vania BRINO, Rosa CASILLO, Ombretta DESSÌ, Fiorenzo LIGUORI, Adalberto PERULLI, Paola SARACINI, Patrizia TULLINI, Laura TEBANO

Il referaggio è stato effettuato da:

Edoardo ALES, Maria Vittoria BALLESTRERO, Alfredo CORPACI, Riccardo DEL PUNTA, Arturo MARESCA, Giuseppe SANTORO PASSARELLI, Bruno VENEZIANI, Carlo ZOLI

table of contents

editorial

- 395** ANTOINE LYON-CAEN
The language of adjectives

articles

- 399** RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
The control of reasonableness in case law
- 403** ADALBERTO PERULLI
The qualitative concepts on labour law: standards, reasonability and fairness
- 419** VANIA BRINO
Small opening of fair in the global trade
- 433** LAURA TEBANO
Reasonableness and the employer's power of control
- 445** FIORENZO LIGUORI
Economic freedoms and executive powers: the rule of subsequent control from law to Constitution
- 475** ALBERTO DE VITA
The responsibility of top management in Thyssen-Krupp case between "Frank Formula" and recklessness
- 505** OMBRETTA DESSÍ
Federalism, vocational training and 'contratto di inserimento'

cases law

notes and critical reviews

- 535** ANTONIO VALLEBONA
The victory of certainty (NOTE to Corte Costituzionale 11 December 2011 No. 303)

iv **table of contents**

- 539** PAOLA SARACINI
The fixed-term contract before the Constitutional Court: the 'unbalanced' compensation (NOTE to Corte Costituzionale 11 December 2011 No. 303)
- 553** CARMINE RUSSO
Law and collective bargaining concerning the collateral wage in regional civil service (NOTE to Corte Costituzionale 22 December 2011 No. 339)
- 561** ROSA CASILLO
Economic compensation for sickness of civil servants and constitutional principles (NOTE to Tribunale Livorno 5 August 2011)

observatory

- 575** PATRIZIA TULLINI
Public/private cooperation in labour market
- 589** *Authors' information*
- 591** *Abbreviations*
- 605** *Table of contents of 2011*
- 613** *Authors' information of 2011*

The contributions of Antoine Lyon-Caen, Raffaele De Luca Tamajo, Adalberto Perulli, Vania Brino and Laura Tebano – that constitute the contributions of the Authors at the International Seminar on Employment Law, held in Venice on 5-6 May 2011, in collaboration with the Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – have been collected by Laura Tebano.

In this issue one the contributions written by the following authors have been subjected to peer review:

Vania BRINO, Rosa CASILLO, Ombretta DESSÌ, Fiorenzo LIGUORI, Adalberto PERULLI, Paola SARACINI, Patrizia TULLINI, Laura TEBANO

The referees have been:

Edoardo ALES, Maria Vittoria BALLESTRERO, Alfredo CORPACI, Riccardo DEL PUNTA, Arturo MARESCA, Giuseppe SANTORO PASSARELLI, Bruno VENEZIANI, Carlo ZOLI

Antoine Lyon-Caen Le langage des adjectifs*

SOMMAIRE: **1.** Présence. **2.** Norme et raison. **3.** Antichambre du pluralisme.

1. *Présence*

L'examen attentif du langage du droit, en particulier du droit du travail, révèle la présence, l'essor sans doute, l'exubérance peut-être même, des adjectifs: équitable, normal, juste, raisonnable, rationnel, nécessaire, proportionné, proportionnel...

Cette présence des adjectifs ne crée en général ni grande émotion, ni fort intérêt. Comme si les adjectifs suscitaient la même réserve que les ad-
verbes: leur utilisation dénoterait une pensée incertaine, peu sûre d'elle-même. Autrement dit les adjectifs seraient au mieux des boursoufflures, au pire des signes d'irréremédiable indécision.

Les adjectifs ne méritent pourtant pas l'indifférence. Peut être même sont-ils riches de signification. Pour rompre avec le scepticisme qui accompagne leur évocation, il faut à coup sûr tenir compte du contexte dans lequel ils sont utilisés. Ils apparaissent avec abondance dans le champ du contrôle du pouvoir, mais aussi dans le domaine des rapports internationaux, là où se déterminent des normes sociales destinées à fixer les canons qui doivent inspirer les Etats et les entreprises.

Ces adjectifs colorent ou qualifient "*quelque chose*", des conduites et décisions, invitées, par exemple, à être raisonnables ou nécessaires, mais aussi les normes, espérées équitables, ou des conditions de travail, souhaitées normales ou équitables.

* Ce texte reprend certains propos introductifs et quelques conclusions d'un séminaire organisé par l'Université Ca' Foscari de Venise, en collaboration avec l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense.

Apparaissent de la sorte une suggestion et, au-delà, une hypothèse. La suggestion est simple: ces adjectifs manifestent un appel à juger, juger une décision, juger une situation, juger des normes... Mais pas un jugement détaché du contexte dans lequel se situe la “*chose*” soumise à jugement, un jugement encastré dans un contexte où s’expriment des tensions. De là surgit une hypothèse: ces adjectifs pourraient bien exprimer des accommodements. L’hypothèse est sans doute trop générale pour être convaincante. Mais elle n’en indique pas moins une voie féconde pour comprendre la floraison des qualificatifs et tenter d’en saisir la portée.

2. *Norme et raison*

Un nouvel examen des usages de ces adjectifs confirme que tous, ils expriment des jugements portés sur des actions ou des actes. Ils véhiculent donc des normes. Il n’y a là rien qui doive surprendre, dès lors qu’ils servent à qualifier actions ou actes. Au demeurant le premier d’entre eux, l’adjectif normal, signale une norme assez primitive, celui qui consiste à ériger en modèle, en canon d’évaluation, ce qui est, dans la pratique, habituel.

Plus élaborée, plus incertaine aussi est la norme – à supposer qu’elle puisse être tenue pour unique – qui se vêt de la qualité d’équitable, appliquée par exemple aux conditions de travail ou à des règles qui s’y rapportent.

La référence à la raison se trouve au moins sous deux déclinaisons, l’adjectif rationnel et l’adjectif raisonnable. Intéressant découplage de la raison, qui a des racines lointaines. L’adjectif rationnel est plutôt rapporté à une initiative, une décision, un acte. Il signale, grosso modo, une exigence d’adaptation, et, plus précisément, dans une pensée des rapports entre moyen et fin, l’exigence d’adéquation du moyen, qui constitue l’initiative, la décision, l’acte, à la fin poursuivie. L’adjectif intègre une rationalité instrumentale dans l’action.

Des adjectifs comme proportionné ou nécessaire s’inscrivent aussi dans cette rationalité instrumentale.

L’adjectif raisonnable a sans doute pour lui, une plus grande détermination. Il apporte la nuance de la modération. Mais surtout il imprègne le jugement porté sur une action ou une situation, des leçons de l’expérience, d’une histoire. Il marque une sensibilité au contexte que son lointain cousin rationnel, ne traduit pas.

Tous ces adjectifs impliquent donc des jugements sur les conduites ou des conditions de vie, de travail ou de rémunération. Une première tentation sexiste, celle de les répartir dans les deux ordres de rationalité, que propose l'œuvre de Max Weber, un ordre instrumental, où l'on trouverait objectif, cohérent, proportionnalité, rationnel, nécessaire, et un ordre où se discutent les valeurs, ordre dans lequel l'on trouverait sans doute raisonnable, en tout cas, juste, équitable et proportionnel.

3. *Antichambre du pluralisme*

Rapportés à ce qu'ils qualifient le plus souvent, c'est-à-dire les actes du pouvoir, et les conditions de vie et de travail exposées au jeu des forces du marché, ces adjectifs assurent une ouverture à un pluralisme des valeurs ou des modes de jugement. Sans méconnaître les exigences marchandes qui animent l'exercice du pouvoir des dirigeants d'entreprise, aussi bien que la concurrence attisée par la libéralisation des échanges, ils soumettent l'un et l'autre à d'autres exigences.

La première ligne d'exigence est plutôt fonctionnelle: c'est ce que traduisent les adjectifs objectif, cohérent, rationnel, normal qui sont autant de limitations de l'arbitraire et d'appels à une rationalité instrumentale. La seconde ligne est plus riche, au moins potentiellement. Avec l'indication de ce qui est raisonnable, équitable, juste ou proportionnel, le pouvoir et le jeu de la concurrence doivent se prêter à une composition s'ils veulent satisfaire aux qualités requises de leur exercice. Composition? Ce sont, en effet, d'autres valeurs, d'autres modes de jugement qui se glissent, ou en tout cas, peuvent se glisser dans ces qualificatifs.

Il est vrai que ces derniers ne désignent pas de façon claire, ces autres valeurs ou modes de jugement avec lesquels pouvoir et concurrence doivent être accommodés. Ainsi, un exercice du pouvoir raisonnable, peut tout aussi bien correspondre à un pouvoir respectueux de la confiance, que traduire une certaine considération pour des valeurs civiques. Mais ce qui est clair, c'est la rupture que ces adjectifs introduisent avec des valeurs purement marchandes. S'intéresser au langage des adjectifs, c'est donc découvrir comment peu à peu le monde du calcul peut être jugé à l'une d'autres valeurs et donc, indirectement, comment il est invité à en tenir compte. Les adjectifs sont bien autre chose que des adjonctions décoratives.

Raffaele De Luca Tamajo

Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza*

SOMMARIO: **1.** La “ragionevolezza” nelle operazioni della Corte costituzionale e della Corte di giustizia europea. **2.** La ragionevolezza come strumento di controllo del potere datoriale. **3.** (Segue). I limiti del controllo di ragionevolezza.

1. La “ragionevolezza” nelle operazioni della Corte costituzionale e della Corte di giustizia europea

In un seminario dedicato alla riflessione sui concetti di razionalità e di equità come limiti ai poteri del datore di lavoro bisognerebbe – e in qualche misura si è indotti a – valorizzare un uso estensivo di tali strumenti, per disvelare nuove frontiere e contenuti che si collocano al di là dei limiti espressamente previsti.

Intendo innanzitutto chiarire che cercherò, invece, di prospettare alcune suggestioni o, addirittura, alcune provocazioni, che vanno in direzione opposta.

A tal fine occorre premettere che la ragionevolezza è un concetto coniato ed ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale italiana e, successivamente, entrato nell’orbita della Corte di giustizia.

Nel contesto di tale giurisprudenza il ricorso alla verifica di “ragionevolezza” appare decisamente fecondo e opportuno, mentre la trasposizione dello stesso criterio come strumento di controllo di un potere privato va, a mio avviso, gestito con maggiore prudenza, se non addirittura con qualche diffidenza, dal momento che si tratta di operazioni completamente differenti¹.

* Il testo riproduce, con qualche modifica e l’aggiunta di note essenziali, l’intervento al Seminario internazionale di Diritto del lavoro, tenutosi a Venezia il 5-6 maggio 2011, in collaborazione con l’Université de Paris Ouest Nanterre La Défense.

¹ Sul controllo di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, v. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.Vv., *Lavoro. Giurispru-*

Nelle sentenze della Corte costituzionale è molto diffuso il ricorso ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità nella molteplicità di significati che sono stati molto bene descritti da Adalberto Perulli nel suo saggio “Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro”². Il test di ragionevolezza, è stato infatti utilizzato per verificare la legittimità di trattamenti difformi approntati dal legislatore per situazioni analoghe o la coerenza tra diverse previsioni legislative o, ancora, per controllare se la scelta del legislatore risulta coerente con i valori sottesi ai principi costituzionali.

Tali operazioni appaiono ampiamente condivisibili in quanto la comparazione tra principi costituzionali e legge pone in essere un confronto tra norme dotate di un significativo contenuto politico ed ideale: bisogna allora verificare se il legislatore ha fatto un uso ragionevole della discrezionalità che gli è garantita dall’art. 28 delle legge del 1953 sul processo costituzionale.

Un analogo discorso vale per la Corte di giustizia. Qui la ragionevolezza si atteggia come criterio che offre l’opportunità di bilanciare e risolvere conflitti tra diversi principi in maniera flessibile, superando la gerarchia tra le normative.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia la ragionevolezza rappresenta uno strumento di controllo diretto a conciliare le norme nazionali con le regole e gli obiettivi previsti nel Trattato.

La ragionevolezza nelle mani dei giudici di Lussemburgo non costituisce soltanto un criterio di interpretazione, ma è anche uno strumento di garanzia di sviluppo coerente ed armonico del processo evolutivo dell’Unione e, infine, forza motrice di tale sviluppo³.

Il criterio di ragionevolezza sia quando viene utilizzato dalla Corte costituzionale, sia quando è impiegato dalla Corte di giustizia sottende sempre un controllo che non si riferisce solo ai principi o alle norme previste dalla Costituzione o dai Trattati, ma implica l’esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità.

2. *La ragionevolezza come strumento di controllo del potere datoriale*

Che dire quando lo stesso criterio di valorizzazione dei valori di giustizia e di equità, a cavallo del criterio di ragionevolezza, viene utilizzato

denza costituzionale (1 luglio 1989 - 31 dicembre 2005), IX, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2006.

² Vedilo in *DLRI*, 2005, p. 5 ss.

³ Cfr. FONTANA, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010.

per verificare la legittimità degli atti di esercizio del potere imprenditoriale?

Bisogna fare attenzione perché una cosa è l'interpretazione estensiva dei limiti legislativamente previsti (cd. interpretazione costituzionalmente orientata), altra cosa è l'introduzione, tramite i concetti di ragionevolezza, buona fede e correttezza, di ulteriori limiti, non espressamente previsti o, addirittura di un controllo giudiziale sul merito e sugli obiettivi dei singoli atti di esercizio del potere datoriale.

In effetti, è noto che il diritto del lavoro – sia sotto il profilo legislativo, sia con riguardo al contratto collettivo – rappresenta il punto di arrivo di una complessa dialettica e mediazione tra contrapposti interessi e valori: quelli dell'impresa e della razionalità capitalista e quelli di libertà, sicurezza e dignità dell'uomo che lavora⁴.

La storia del diritto del lavoro mette in luce una progressiva limitazione dei poteri imprenditoriali per garantire sempre più efficacemente i secondi, ma al di là di tali limiti, sia pur interpretati alla stregua dei valori costituzionalmente rilevanti, e di quelli che scaturiscono direttamente dai principi costituzionali, non sarebbe corretto introdurre *ope iudicis* ulteriori, rispondenti esclusivamente ad una ragionevolezza soggettiva dell'interprete, specie poi se finalizzati ad introdurre un controllo di merito o funzionale sulle scelte dell'imprenditore.

Quante volte, ad esempio, i giudici richiedono all'imprenditore oneri formali e sostanziali assolutamente non previsti né dalla legge, né dal contratto collettivo, ma desunti da generici obblighi di correttezza, buona fede o ragionevolezza, forzando e alterando il risultato della mediazione legislativa o contrattuale. Il che significa disconoscere che tali clausole, anche nel diritto civile, alludono a modalità di adempimento di obblighi già previsti, ma non consentono l'introduzione di nuovi obblighi; e significa, ancora, affermare un incongruo principio in base al quale ciò che non è espressamente consentito all'imprenditore è vietato, laddove, al contrario, dovrebbe riconoscersi che quando non vi è un espresso divieto legislativo o costituzionale, si espande liberamente la discrezionalità del potere organizzativo o direttivo dell'imprenditore.

Detto in altri termini, l'assenza di una positiva determinazione in tema di vincoli al potere imprenditoriale non è di massima espressione di un

⁴ Su cui v. TEBANO, *La ragionevolezza nella delimitazione del potere di controllo del datore di lavoro*, in questo numero della rivista.

“vuoto” normativo da riempire necessariamente attingendo dalla ragionevolezza o dalla buona fede e correttezza, bensì è la risultante di una mediazione consapevole che non ha inteso porre limiti ulteriori alla espansione del potere imprenditoriale. Qualche volta tale mediazione può essere considerata insufficiente, non ragionevole rispetto a criteri di equità sociale, ma è pur sempre quella effettuata dai soggetti legittimati a porla in essere (Governo e Parlamento) o autorizzati a gestire il conflitto sociale (agenti della contrattazione collettiva).

Il bilanciamento tra valori contrapposti, nel diritto del lavoro, è perseguito dalla legge o dai rapporti di forza tra gli attori sociali e non può essere modificato sulla base di valutazioni puramente soggettive, quand’anche ragionevoli.

3. (Segue). *I limiti del controllo di ragionevolezza*

La ragionevolezza è un criterio vuoto che deve essere riempito mediante il ricorso ad uno o più parametri.

Nel giudizio di coerenza con la Costituzione o con i Trattati europei il parametro è dato dai valori presenti in tali testi; nel giudizio di legittimità degli atti di esercizio del potere datoriale il parametro dev’essere rintracciato esclusivamente nella mediazione legislativa o nell’accordo collettivo, non nell’equità o, peggio, nelle convinzioni ideologiche dei giudici.

L’inopportunità di affiancare al garantismo della legge e del potere sindacale un autonomo garantismo giudiziale aveva già indotto manifeste preoccupazioni in Gino Giugni, ben consapevole dei rischi insiti in eccessi di protagonismo giudiziale. Va inoltre considerato che l’autonomia privata, non è tenuta al rispetto della logica di relazione tra mezzi e fini: il suo principio caratteristico è quello di libertà, non solo libertà di scegliere gli interessi da perseguire, ma anche libertà di scegliere gli strumenti e le modalità tramite i quali perseguire tali interessi.

In definitiva, una cosa è la necessità di utilizzare ampiamente concetti come la ragionevolezza e la proporzionalità per supportare il giudizio di coerenza tra leggi nazionali, Carte costituzionali e Trattati dell’Unione in nome della crisi del positivismo giuridico e della valorizzazione dei sommi principi, quali elementi direttivi dell’interpretazione giuridica; altra cosa è l’utilizzazione di tali criteri per forzare e modificare le scelte di mediazione della legge e dei contratti collettivi ai quali l’ordinamento affida l’equilibrio dei rapporti tra capitale e lavoro.

Adalberto Perulli

I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*

SOMMARIO: 1. Qualità *versus* quantità. 2. I concetti. 3. Le funzioni. 4. Il potere dell'imprenditore. 5. Mercato globale e diritti sociali. 6. Il futuro del diritto del lavoro.

1. *Qualità versus quantità*

Il diritto del lavoro si è a lungo nutrito di concetti qualitativi. Contrariamente ad una visione puramente deterministica e quantitativa del mondo, propria dell'analisi economica del diritto¹, la prospettiva della regolazione giuslavoristica di tradizione continentale valorizza l'apprezzamento di nozioni fondate su parametri valoriali, principi, qualità, *standard* di comportamento, che rappresentano altrettanti punti di partenza per operazioni di ponderazione e valutazione da parte del giudice². Il diritto del lavoro, grazie ad una tessitura normativa ricca di nozioni qualitative, non riduce la regolazione a procedure meccaniche e avalutative: ad esempio impone all'interprete di indagare se il datore di lavoro, esercitando il suo potere, ha seguito una condotta "razionale" o "ragionevole"; se il ramo d'azienda trasferito è o meno qualificabile come "autonomo"; se le parti nell'esecuzione del contratto hanno rispettato determinati "standard" di comportamento (buona fede e correttezza); se il comportamento dell'imprenditore ha violato la "dignità" della persona; e così seguitando e distinguendo.

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Marcello Pedrazzoli*.

Il testo riproduce, con qualche integrazione e l'aggiunta di note, l'intervento al Seminario internazionale di Diritto del lavoro tenutosi a Venezia il 5-6 maggio 2011.

¹ Cfr. ROMAGNOLI, *Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail*, in JEAM-MAUD, sous la direction de, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 7 ss.

² Cfr. in generale BARAK, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989, trad. it. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 1995; in una prospettiva giuslavoristica TEYSSIÉ (sous la direction de) *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011.

Da questa valutazione qualitativa dello spazio normativo e delle sue componenti, il diritto del lavoro trae le conseguenze in ordine alla “sostenibilità sociale” dell’efficienza dell’impresa capitalistica e del suo comportamento sul mercato del lavoro. Se da un lato il riferimento a nozioni qualitative, impiegate dal diritto del lavoro per orientare le azioni umane, consente di penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri assiologici (espressi da *standard*, o da criteri di “normalità” sociale), dall’altro apre un problema di sicurezza giuridica nella misura in cui rinuncia all’idea di calcolabilità come forma unica di comprensione del mondo, che riduce l’uomo, in tutte le sue attività, a livello di animale condizionato da un comportamento prevedibile³. Infatti, benché costruito attorno a standard di comportamento, il diritto del lavoro esprime la tensione verso schemi di razionalità assiologicamente orientata, irriducibile alle categorie del mercato o alle “grandezze” economiche ed organizzative descritte da Boltanski e Thevenot, introducendo variabili o “grandezze civiche” che spiazzano l’utilitarismo individualista e introducono l’incertezza valutativa⁴. Proprio per questo, il diritto del lavoro è oggetto, da qualche tempo, di una costante e sempre più tenace pressione, condotta dal pensiero neo-liberista, verso forme di riduzione sistemica della sua complessità qualitativa, per approdare ad una sorta di semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto ad un sistema di prezzi, puramente quantitativo.

Questo processo di cambiamento, attualmente in atto, non può essere descritto in termini riduttivi, come semplice risultante di una diversa visione tecnica del diritto e delle sue applicazioni o metodologie. La “quantificazione del diritto” del lavoro può essere pienamente compresa solo se collocata nell’ambito dell’emersione di un mercato totale⁵, in cui l’economica, che in origine apparteneva all’ordinamento privato (*l’oïcos nomos*), è diventata principio ordinatore della società civile. Una società in cui cambia profondamente sia il riconoscimento della titolarità formale dei diritti sociali (*l’entitlement*), sia, soprattutto, l’effettività del loro godimento (*l’endowment*). Le proposte di modifica della legislazione sui licenziamenti,

³ ARENDT, *The human condition*, trad. It. *Vita activa*.

⁴ Cfr. SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l’étude des rapports entre le droit et l’économie*, Thèse de doctorat Mention Droit Privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 24 ottobre 2009.

⁵ L’espressione “mercato totale” è usata, ad esempio, da SUPIOT, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

volte ad evitare il controllo giudiziario sui motivi del recesso e la sua sostituzione con un filtro puramente monetario, è una buona esemplificazione di questo processo di riconduzione circolare agli imperativi del “funzionamento” del mercato. Il modello quantitativo segue la logica “chi inquina paga”, e nelle visioni più illuminate e generose della quantificazione del diritto del lavoro (quelle che vanno sotto il nome di *flexicurity*) il costo delle esternalità negative prodotte dall’impresa dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, segnatamente mediante dispositivi di accompagnamento del lavoratore verso un nuovo impiego⁶. L’effetto è quello di una sostanziale *deregulation*, funzionale alla potenza dei mercati globali. Nella stessa prospettiva riduzionistica si collocano i tentativi di depotenziare l’ambito della valutazione giudiziale in merito all’esercizio dei poteri datoriali, su cui si è focalizzata da qualche tempo l’attenzione del nostro legislatore (cfr. art. 30, co. 1, l. n. 183/2010)⁷. Questo modello, che esprime la razionalità microeconomico-utilitaristica tipica dell’*homo oeconomicus*, generalizza la formalizzazione matematica dei rapporti umani misurabili in termini di flussi e di *stocks*, ossia una scienza quantificata del comportamento umano modellato dalla forma monetaria dello scambio⁸. Si tratta, naturalmente, di un modello globale. Come ha scritto un filosofo francese, questo paradigma conduce a rappresentare l’economia non più come infrastruttura, nella misura in cui non esiste più economia ma “ecotecnia”, strutturazione mondiale del mondo come spazio reticolare dell’organizzazione capitalistica, mondialista e monopolista⁹.

La corrente di pensiero in esame semplicemente ignora le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere, e dal diritto del lavoro in particolare. La quantificazione del diritto del lavoro depotenzia le aspirazioni ideali che stanno alla base dei diritti sociali e dissolve la tensione verso una giustificazione razionale-assiologica dei poteri economici. In altri termini, la riduzione del diritto ad un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi), impedisce di concepire la legisla-

⁶ Questo modello nasce in Francia, con il famoso rapporto di due economisti al Ministero dell’Economia: cfr. CAHUC, KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2004.

Vedi in Italia il *Disegno di legge per la transizione ad un regime di flexecurity* n. 1481, primo firmatario P. Ichino, del 25 marzo 2009.

⁷ Su cui cfr. FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in CINELLI, FERRARO, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, 2011, p. 3 ss.

⁸ Cfr. LAVAL, *L’homme économique*, Gallimard, 2007, p. 335.

⁹ NANCY, *Le Sens du monde*, Galilée, 1993, p. 127.

zione del lavoro non come costo, bensì quale fonte di vantaggi che, benché non misurabili, sono comunque economicamente apprezzabili¹⁰.

In questo breve scritto mi soffermerò sull'impiego di alcuni concetti qualitativi delle nozioni di razionale/ragionevole, *standard* ed equo nel diritto del lavoro in ambiti conosciuti (poteri dell'imprenditori) e meno conosciuti (il collegamento tra diritti sociali e il sistema del commercio internazionale) della riflessione dottrinale. L'intenzione è far emergere il valore positivo del loro impiego come "modelli per l'azione" e "criteri di valutazione dei comportamenti". Nella mia prospettiva i concetti in esame esprimono dei *valori riconosciuti dal sistema giuridico* che entrano in conflitto con l'analisi economica del diritto (*rectius*, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro)¹¹, senza per questo perdere il loro contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento e delle scienze sociali più in generale. Ma proprio per questo, la prospettiva quantitativa probabilmente risulterà vittoriosa, con il suo portato di nichilismo giuridico e di riduzione della complessità assiologica su cui si è fondata l'utopia di più d'una generazione di giuristi.

2. I concetti

Nella prospettiva di questo scritto i concetti di razionale e ragionevole, *standard* ed equo presentano una duplice declinazione normativa, per campi o aree di interesse. La prima riguarda il legame tra la promozione dei diritti sociali e la regolazione del commercio internazionale. La seconda attiene al controllo dei poteri dell'imprenditore. Benché talora impiegati in modo cumulativo o fungibile (ad esempio il comportamento "ragionevole" è tale in quanto conforme allo *standard* di buona fede; il rispetto di "*standard* internazionalmente riconosciuti" è espressione di ragionevolezza nei comportamenti commerciali; ecc.), i concetti in esame presentano delle peculiari caratteristiche o qualità che vanno precisate. Possiamo quindi convenzionalmente assumere le seguenti definizioni:

1. *Standard*. Lo *standard* esprime il riferimento ad un campo d'azione e sancisce la conformità ad un modello di condotta che appartiene al con-

¹⁰ Cfr. LYON-CAEN A., AFFICHARD, in LYON-CAEN, PERULLI, *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, 2010.

¹¹ Cfr. CESARO, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in TEYSSIÉ B., *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 203.

tempo alla sfera di ciò che è lecito, ammissibile, giusto, e di ciò che appare desiderabile rispetto all'altrui azione. Ad esempio, lo *standard* della buona fede, o della correttezza, o, in altri ordinamenti, della "lealtà" contrattuale (*loyauté*) esprime un parametro per la valutazione della condotta delle parti. Per estensione, lo *standard* equivale a regola di comportamento, e si esprime in norme. La funzione normativa dei *core labour standard* posti dall'ILO è un buon esempio di questa accezione regolativa svolta dagli *standard* a livello internazionale. In una diversa accezione, lo *standard* esprime altresì una visione post-moderna della regolazione, alternativa alla *regolamentazione*. Infatti, l'uso dello *standard* è frequente nella cd. *normalizzazione*, forma *soft* di regolazione volta a sancire/registrare/attestare la coerenza di un processo produttivo (o di un bene: *standard* di qualità) con parametri accettati e/o propugnati da istanze di regolazione dei comportamenti economici, produttivi, organizzativi delle imprese. In questa prospettiva gli *standard* ISO, e la relativa pratica del *social labelling*, partecipano alla funzione regolativa della responsabilità sociale d'impresa, al pari di altri *standard* veicolati, ad esempio, da codici di condotta o altre forme di normalizzazione sociale volontariamente adottate dagli attori economici. Ma l'esigenza di normalizzazione attraverso *standard* si irradia in campi diversi, come quello della circolazione dei modelli giuridici o la comunicazione di esperienze alla base della cd. "giustizia costituzionale cosmopolita" che, appunto, presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali¹².

2. *Razionale e ragionevole*. Razionale (*rationalis*) e ragionevole (*rationabilis*) sono nozioni derivate dal sostantivo ragione (=ciò che è conforme a ragione, alla sua forma e ai suoi procedimenti). Si tratta di una distinzione assai discussa. Già S. Agostino distingueva tra ragionevole (chi usa o può far uso della ragione" e razionale (ciò che è fatto o detto dalla ragione), ritenendo, pertanto che bisogna chiamare razionali i discorsi e ragionevole colui che li fa (*De Ordine*, XI, 31). A tale argomento si è opposto che, già nel pensiero antico, anche l'uomo è considerato un essere razionale (Quintiliano, *Inst.*, V, 10, 56). Nella letteratura giusprivatistica si è affermato che il ragionevole sta al razionale allo stesso modo in cui la ragione pratica sta alla ragione teorica: il ragionevole implica una *apprezzamento sociale* della razionalità¹³.

¹² Cfr. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Einaudi, 2009, p. 324.

¹³ Cfr. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, in *LGDJ*, 1999, p. 112.

In una prospettiva dogmatica la razionalità globale dell'ordinamento è garantita dalla recezione controllata delle valutazioni sociali nell'ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche¹⁴. Certo è che i due concetti, sulle cui distinzioni interne non conviene indugiare oltre, presentano una duplice accezione normativa: l'una si riferisce alla ragione strumentale teleologicamente orientata (impiego di mezzi adeguati rispetto al fine), e si ricollega all'idea di misura e di proporzione; l'altra ha un preciso fondamento assiologico, ed esprime un orientamento verso i valori¹⁵. Come ha scritto Boudon, questa concettualizzazione della nozione di razionalità assiologica, introdotta per la prima volta da Max Weber, esprime un'idea molto potente, cruciale per comprendere i sentimenti di valore e in particolare i sentimenti di giustizia. Infatti le persone possono avere delle "ragioni forti" per credere che "A è bene, male, legittimo, illegittimo, equo, non equo, ecc., senza che queste ragioni appartengano alla categoria strumentale-consequenziale"¹⁶.

Nel registro della razionalità strumentale, razionale e ragionevole esprimono la valutazione di una condotta adatta allo scopo che il soggetto si è prefissato di raggiungere. Dewey afferma infatti che "la ragionevolezza è questione di relazione fra mezzi e risultati ... È ragionevole ricercare e scegliere i mezzi che con ogni probabilità produrranno gli effetti ai quali si tende"¹⁷. Normalmente questa specie di adattamento razionale esige una *giustificazione* attraverso la esternazione dei motivi, o della ragione dell'atto, secondo un criterio ravvisabile anche nell'impiego delle clausole generali¹⁸. Il criterio di giustificazione esprime dunque l'aderenza a parametri di grandezza rapportabili, ad un tempo, alla dimensione "industriale" e alla dimensione "civile". Secondo la razionalità assiologica, invece lo scenario di riferimento si sposta sul piano dei valori attraverso concetti di bene e di giusto, strettamente legati all'idea di eguaglianza. Come ha scritto Foucault nel capitolo dell'*Histoire de la folie* dedicato agli *Insensés*, nel pensiero classico l'etica è una scelta contro l'irragionevole (*la déraison*), onde "la raison prend naissance dans l'espace de l'éthique". In entrambi i casi il razionale/ragionevole propone un modello e rappresenta uno strumento di valuta-

¹⁴ MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 67.

¹⁵ PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in DLRI, 2006.

¹⁶ BOUDON, *Sentimenti di giustizia*, il Mulino, 2002, p. 92.

¹⁷ Logic, I, cit. in ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Utet, 1971.

zione, che consente di valutare un comportamento. Questa funzione normativa/comportamentale del razionale come criterio di apprezzamento di un'azione è associata ad una più generale funzione di regolazione. Le due accezioni, l'una teleologica, l'altra valoriale, di razionale/ragionevole, possono senz'altro coesistere. Alexy, nella sua teoria dell'argomentazione giuridica, ricorda che la Corte Costituzionale tedesca ha disposto, in una sentenza del 14 gennaio 1973, che la decisione del giudice deve fondarsi su una “*argomentazione razionale*”: dalla possibilità di produrre una argomentazione giuridica razionale dipende, secondo l'Autore, “*non soltanto il carattere scientifico della giurisprudenza, ma anche la legittimità delle decisioni giudiziali*”¹⁹. È evidente che l'argomentazione razionale della giurisprudenza esprime al contempo l'esigenza di mantenersi su un piano di correttezza tecnica, secondo parametri di intelligibilità e proporzionalità (carattere scientifico), e di rimanere inflessibile quando sono in gioco principi e valori fondamentali dello Stato democratico (legittimità delle decisioni); valori e principi i quali, come non a caso ha affermato la Corte di cassazione francese, rilevano “*d'une forme du raisonnable*”²⁰.

3. *Equo/equità*, riveste un doppio significato, che risale alla nozione greca antica di *epieikeia*: la prima è rappresentata dall'equità aristotelica, di natura oggettiva, che costituisce una specie del giusto, *id est* una modalità di adattare il criterio del giusto legale/normativo alle circostanze di fatto, onde avvicinarlo alla vera giustizia²¹. Secondo Aristotele l'equità è migliore del giusto in circostanze determinate. In questa accezione l'equità non equivale al giusto legale, al giusto secondo la legge: è un meccanismo di correzione della legge, là dove la legge non è in grado di statuire a causa della sua generalità. Il giudice è colui che, per eccellenza, governa questo tipo di giusta misura della legge (equità). La seconda accezione di equità è soggettiva: rappresentata dall'*equitas* romana di Cicerone, designa un sentimento morale, interiore, che invita gli uomini alla clemenza, alla benevolenza, all'umanità verso gli altri. Come è noto il diritto del lavoro delle origini è pregno di un'idea (aristotelica) di equità nei rapporti negoziali.

¹⁸ Cfr. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990; LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., 2008.

¹⁹ ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998.

²⁰ Cour de cassation, *Rapport annuel 2004*, La Documentation française, 2005, p. 210.

²¹ Aristotele, *Etica Nicomachea*.

Come ha scritto Enrico Redenti, le giurie probivirali, che pure risultano inquadrate nel diritto vigente, fanno talora “prevalere sulla legge le esigenze della pratica o dell’equità”, e tale fenomeno “ha una grande importanza sintomatica in quanto documenta in modo concreto la urgenza di certe parziali riforme legislative”. Ancor oggi nel diritto francese l’equità dell’art. 1135 del Code civil viene mobilitata per definire “l’economia generale del contratto di lavoro” e gli obblighi accessori delle parti²². Del pari, una visione equitativa (oltreché *raisonnable*) dei rapporti commerciali internazionali è alla base del problema della dimensione sociale del mercato globale²³. Sin dalla nascita dell’OIL, il tema della reciprocità e del rispetto delle “norme eque” in materia sociale – secondo la definizione dell’art. 7 della Carta dell’Avana – nutre il dibattito sulla opportunità di praticare forme di internormatività idonee a ricucire gli spazi vuoti di diritto aperti dal *free trade*, in una prospettiva di giustizia sociale. Anche in questo caso, come alle origini del diritto del lavoro, si tratta di “rompere l’autarchia che accompagna l’estensione dei valori mercantili e assicurare una loro auspicabile conciliazione con altri valori”, come accade attraverso l’inserzione di clausole sociali nei trattati del commercio internazionale²⁴.

3. *Le funzioni*

I concetti di cui stiamo parlando sono dei principi per l’azione, o meglio, rappresentano dei vettori di “concretizzazione” dei principi volti a determinare i contenuti dell’azione. Essi definiscono in concreto, con margini di variazione anche apprezzabili, una certa filosofia dell’azione. La loro funzione è quindi eminentemente regolativa del comportamento di un attore; nel caso dell’imprenditore, di un attore economico. Questa funzione di *pedagogia dell’azione* si esercita mediante l’impiego di determinati parametri di misura, o standard valutativi che sono intrinseci ai concetti stessi di standard, ragionevole, equo. Nessuno di essi è neutro. Tutti riflettono i valori attorno ai quali si organizza il sistema sociale che li forgia, e il sistema giuridico che li accoglie e li normativizza²⁵. Nella loro costruzione interven-

²² Cfr. PAGNERRE, *L’intérêt de l’entreprise en droit du travail*, in TEYSSIE, op. cit., p. 92.

²³ Cfr. da ultimo l’ottima sistematica di PERONE, *Le fonti internazionali*, in *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di PERSIANI, Cedam, 2010, p. 183 ss.

²⁴ LYON-CAEN A., *A proposito del dumping sociale*, in LD, 2011, p. 11.

²⁵ Cfr. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1999, p. 369 ss.

gono fattori diversi, e diversamente apprezzati dal diritto. Da una parte interviene una valutazione statistica di ciò che è ragionevole, od equo: nel mondo dei concetti giuridici questo vettore della normalità statistica è offerto dal principio dell'*id quod plerumque accidit*, ossia di ciò che normalmente accade nella situazione data. Ma questa normalità statistica è ulteriormente plasmata da una normalità valoriale, di cui normalmente il costruttore principale è il giudice. La Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimere questa funzione di integrazione delle norme elastiche con riferimento, ad esempio, alla nozione di giusta causa. Il giudizio valutativo del giudice di merito deve “conformarsi oltre che ai principi dell’ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la cd. civiltà del lavoro”²⁶.

I concetti in esame hanno un raggio di intervento assai dilatato. Nella prospettiva del diritto del lavoro i profili di maggiore interesse riguardano, come si è detto, l’esercizio del potere del datore di lavoro e la penetrazione dei diritti sociali fondamentali nella trama regolativa del commercio internazionale. Si potrebbe pensare trattarsi di campi assai distanti fra loro, e troppo eterogenei per essere suscettibili di trattazione unitaria. In realtà, siamo di fronte a due fondamentali pilastri della rappresentazione economica del mondo nell’era della globalizzazione. I due campi in esame esprimono infatti la *potenza* dell’impresa e la *potenza* del mercato. Vale a dire i due principi organizzativi dell’economia moderna: l’organizzazione gerarchica (impresa) e il mercato (nella sua forma più estesa e ultranazionale, il commercio internazionale).

Che si tratti di un datore di lavoro che esercita il suo potere direttivo/organizzativo, di un’impresa che deve rispettare la “sicurezza”, la “dignità” e la “libertà” della persona (art. 41 Cost.)²⁷, o di un’impresa che sfrutta le opportunità degli scambi commerciali internazionali, i relativi

²⁶ Cass. 22 ottobre 1998 n. 10514, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2156 e Cass. 18 gennaio 1999 n. 434, in *RIDL*, 1999, II, 441.

²⁷ Cfr. FERRANTE, *Dignità dell’uomo e diritto del lavoro*, in *LD*, 2011, p. 212, il quale opportunamente ricorda che per tale via si può operare in relazione alla singola decisione imprenditoriale “una sorta di controllo di ragionevolezza a posteriori, rivolto ad assicurare coerenza logica al sistema, garantendo in ogni occasione che la finalità di sviluppo della persona umana, che impronta tutto l’ordinamento sin dai suoi vertici, riceva la massima tutela possibile”.

comportamenti sono suscettibili di valutazione e controllo di conformità a standard, alle regole di razionalità, ai principi dell'equità che improntano l'ordinamento interno e, in una prospettiva molto diversa, lo stesso ordinamento internazionale²⁸. Bisogna cogliere il senso profondo di questa valutazione che accomuna concetti diversi e campi di azione (solo) apparentemente assai distanti (il potere dell'imprenditore, il sistema degli scambi internazionali). Essa consiste nel consacrare l'abbandono di un modello di azione economica fondato sull'assolutismo del paradigma utilitaristico dell'efficienza economica. In altre parole il comportamento dell'*homo oeconomicus* non segue una logica puramente mercantile, centrata sulla massimizzazione dell'utilità personale e sull'egoismo "razionale", ma su un equilibrio tra opportunità dell'azione e valori: vale a dire su un compromesso fra diverse razionalità e filosofie d'azione.

In questa prospettiva, ad esempio, il potere dell'imprenditore è ragionevole nella misura in cui il licenziamento per motivo economico (oggettivo) trovi la sua giustificazione in una seria ragione di gestione dell'impresa e non in una finalità di mero profitto. Del pari, il commercio internazionale non si svolge in modo "equo" e "ragionevole" se funziona secondo una logica mercantile che trascura ogni preoccupazione per lo scambio giusto e leale, ovvero se gli Stati non sorvegliano la lealtà della concorrenza internazionale e garantiscono l'eguaglianza di trattamento fra imprese. Vediamo dunque come si sviluppa questa esigenza di ragionevolezza, equità, rispetto di standard nei due campi di azione che abbiamo indicato.

4. Il potere dell'imprenditore

Nel campo del potere direttivo dell'imprenditore il richiamo all'idea di razionalità e ragionevolezza rinvia alle esigenze di misura e di adattamento degli atti unilaterali. Il principio che viene impiegato in questo caso è quello di proporzionalità (*recta ratio*). La proporzionalità rappresenta il filo conduttore del razionale/ragionevole che modella l'articolazione delle logiche sottese, rispettivamente, all'azione economica dell'imprenditore e ai diritti e alle libertà del lavoratore. Nel diritto francese l'esigenza di proporzionalità nell'esercizio del potere è addirittura giuridificata *ex art.* L 1221-1 del *Code du Travail*: l'atto unilaterale adottato dal datore di lavoro nell'eser-

²⁸ Sulla funzione di *standard setter* svolta dall'ILO cfr. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009, p. 53.

cizio del suo potere direttivo deve essere giustificato e proporzionato rispetto all'obiettivo da raggiungere. Nel diritto italiano questa esigenza di proporzionalità nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali è veicolata dalle clausole generali di buona fede e correttezza, che esplicano un'azione di razionalizzazione del potere e di contrasto dell'arbitrario²⁹. Coerenza tecnica e organizzativa degli atti di esercizio del potere, necessità delle ragioni sottese all'atto, ponderazione tra interessi in presenza e ricerca del giusto equilibrio tra benefici organizzativi (interesse dell'impresa) e situazioni soggettive dei lavoratori: sono queste le tappe di un controllo di ragionevolezza nell'esercizio del potere, onde può dirsi razionale l'imprenditore che impiega il mezzo più mite e nella misura strettamente necessaria alla realizzazione del proprio interesse. Per esempio, una regola come quella del *repechage* in materia di licenziamento per giustificato motivo soggettivo è certamente riconducibile al requisito di proporzionalità-necessarietà dell'atto, così come la scelta del lavoratore da trasferire (*ex art. 2013 c.c.*) in ragione non solo di esigenze tecnico-organizzative ma anche in base alle condizioni soggettive del lavoratore esprime esigenze di proporzionalità-ponderazione degli interessi in gioco.

L'impiego dello *standard* del ragionevole è presente anche nei sistemi di *common law*. Nel diritto inglese l'esercizio non ragionevole del potere direttivo dell'imprenditore costituisce l'unico limite riconducibile ad un controllo funzionale delle prerogative manageriali, realizzato attraverso il *reasonableness test/good faith*³⁰. La funzione del tribunale, in tal caso, consiste proprio nel "valutare le risposte *ragionevoli* che un imprenditore *ragionevole* avrebbe potuto adottare"³¹, e tale controllo, normalmente incentrato su motivi oggettivi legittimi legati all'interesse dell'impresa, tende ad accentuarsi laddove emerga il sospetto di una violazione dei diritti di libertà dei lavoratori o una discriminazione³². Peraltro, la ragionevolezza dell'imprenditore non necessariamente esprime una tensione dell'ordinamento verso il condizionamento sociale o civico del potere economico; può, al contrario, risultare coerente con una visione funzionale – piuttosto – alle esigenze organizzativa dell'impresa, al suo "interesse". Nel caso *Saunders v. Scottish*

²⁹ PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006.

³⁰ Cfr. BOWERS, CLARKE, *Unfair dismissal and managerial prerogative: a study of other substantial reason*, in *ILJ*, 1981, vol. 10, p. 34 ss.

³¹ *Iceland Frozen Foods v. Jones*, in *IRLR*, 1981, p. 442.

³² Cfr. LATRAVERSE, *La preuve en matière de discrimination. Les éclairages de la jurisprudence britannique*, in *RDT*, 2008, p. 767 ss.

Summer Camps, il signor Saunders lavorava come meccanico in un campo estivo per adolescenti. Scoperta la sua omosessualità attiva, l'imprenditore procedeva a licenziarlo, peraltro senza procedere ad alcuna verifica circa eventuali comportamenti intrattenuti nei confronti dei ragazzi ospiti del campo. Secondo l'*Employment appeal tribunal* l'imprenditore aveva posto in essere un licenziamento legittimo, nella misura in cui si era comportato come avrebbero fatto altri imprenditori "tipo" nel contesto considerato: il recesso era, insomma, il frutto di una decisione "ragionevole"³³.

Ma il comportamento ragionevole può imporre una diversa combinazione tra logica organizzativa e logica sociale o civica, portando a scelte imprenditoriali coerenti con un compromesso di valori: ancora proporzionalità e ponderazione come elementi di razionalizzazione del potere arbitrario dell'impresa. È quanto accade nella prospettiva dell'*accomodamento ragionevole*, dottrina di origine giurisprudenziale che vive nella dimensione applicativa del principio di eguaglianza. In Canada l'imprenditore è tenuto a procedere a degli accomodamenti ragionevoli, vale a dire ad acconsentire, nel limite del ragionevole, "*un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application di une norme*"³⁴: ad esempio, modificare l'orario di lavoro per consentire al lavoratore di esercitare le proprie pratiche religiose. L'accomodamento ragionevole non è sconosciuto al diritto europeo. Trova un eco nella *gender mainstreaming* del Consiglio d'Europa, che promuove l'integrazione del principio di eguaglianza nell'insieme delle decisioni pubbliche, e soprattutto informa la Direttiva 2000/78/CE, ai sensi della quale l'imprenditore è tenuto ad applicare un ragionevole accomodamento della sua organizzazione per consentire ad un prestatore disabile di accedere all'impiego, di mantenerlo e di progredire professionalmente (art. 5 dir. 2000/78; cfr. anche art. 2, co. 4, della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006).

5. Mercato globale e diritti sociali

L'esigenza di applicare gli *standard* del ragionevole e dell'equo nel campo del commercio internazionale esprime una tensione valoriale che

³³ *Saunders v. Scottish Summer Camps 1980, Industrial Law reports 174*, cit. da LEADER S., *Deux faons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail*, in LYON-CAEN A., LOKIEC P. (sous la direction de), *Droits fondamentaux et droits social*, Dalloz, 2005, p. 219 ss.

³⁴ BOSSET, *Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'acomodement ... Des outils pour tous*, Cowansville, Etitions Yvon Blai, 2007, p. 10.

sottrae la funzione assiologica dei diritti fondamentali all'egemonia del mercato totale. In questa chiave va letta l'innovazione introdotta dal Trattato di Lisbona, secondo la quale l'UE contribuisce, fra l'altro, allo *sviluppo sostenibile, alla solidarietà e al commercio libero e equo, nonché all'eliminazione della povertà e alla protezione dei diritti dell'uomo*. Qual è il senso precipuo di questa innovazione, quali le 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 un commercio *fair*, rispettoso di regole, di principi di equità, solidarietà e correttezza negli scambi; un commercio (ed uno sviluppo economico) che non può fondarsi sulla svalutazione competitiva dei regimi sociali³⁵. 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 *standards* 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*" legittimante l'adozione di dazi compensativi, secondo una linea interpretativa suggerita in quei casi di *dumping* ecologico ove la tolleranza di alcuni Paesi verso il degrado ambientale si tradurrebbe in una sorta di sovvenzione per l'industria nazionale. Del resto, lo stesso diritto americano ha consacrato legislativamente la sinergia positiva tra commercio equo, comportamento ragionevole degli attori economici e garanzia dei diritti sociali fondamentali: a mente di quella regolazione, infatti, le politiche commerciali dei paesi esteri fondate sulla sistematica violazione dei diritti dei lavoratori internazionalmente riconosciuti rappresenta una pratica commerciale "*non ragionevole*" ("*unreasonable trade practice*"), sleale e "*non equa*" ("*unfair and inequitable*"). Una visione contestata dalle dottrine ultraliberali, che vedono nel *fair trade* e nella lealtà degli scambi una forma di sostanziale protezionismo, proiezione sul piano internazionale delle regole concorrenziali interne agli Stati nazionali.

³⁵ Mi permetto il rinvio, da ultimo, a PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi*, in *LD*, 2011, p. 13 ss., e a BRINO, *Spiragli di "fair trade" nel commercio internazionale*, in questa rivista.

6. Il futuro del diritto del lavoro

Benché le società occidentali stiano attraversando una profonda crisi economica e sociale globale, frutto di una vasta e irresponsabile deregolamentazione del mercato finanziario, il diritto del lavoro è investito da una altrettanto profonda *nouvelle vague* restauratrice. Solo che la restaurazione, in questo caso, non consiste in una rinnovata ri-regolazione del mercato, bensì in una vigorosa messa in discussione delle rigidità della regolamentazione novecentesca, e ad una salutare azione di ripristino dei principi del *laissez faire*. La crisi economica e finanziaria, invece di innescare nuovi processi di regolamentazione, induce a deregolamentare ulteriormente il mercato del lavoro, a livello nazionale come a livello globale, in nome di quella flessibilità che “è oggi la prima qualità che il mercato esige da ciascuno”³⁶. In questo scenario il patrimonio di concetti qualitativi di cui abbiamo sin qui discusso, e la loro risalente funzione regolativa, è attualmente depotenziata dalle logiche del mercato totale, del tutto insensibili a razionalità valoriali altre rispetto a quelle dell’efficienza economica. Lo Stato, la potenza pubblica, l’intervento del giudice nei rapporti economici hanno perso ogni attrattività nella stessa concezione moderna e razionale della convivenza umana, *id est* l’hobbesiana ricerca della sicurezza e della pacifica coesistenza. I dispositivi della governamentalità liberale seguono altre logiche, informate piuttosto alla visione hayekiana dell’ordine economico, al contempo effetto e principio della sua *propria* regolazione³⁷. Gli attori economici hanno bisogno di calcolare e anticipare le conseguenze delle proprie azioni senza timore di subire modificazioni governamentali che possano rendere caduchi i loro sforzi. In questa prospettiva riprendono vigore gli spazi vuoti di diritto, le auto-nomie, le zone franche, gli stati di eccezione mentre la virtù degli *standard*, della razionalità e ragionevolezza, dell’equità, rischiano di perdere progressivamente la capacità di imporsi nei regimi regolatori interni ed internazionali. Il mondo giuridico governato dai dogmi della *Law and Economics* esclude la ragione, così come sancisce la totale irrilevanza giuridica dei principi morali³⁸. Siamo, invero, di fronte ad un cambiamento epocale, in cui si fronteggiano antichi luoghi fondativi, materiali e contenutistici, del diritto del lavoro, e le istanze del mercato totale. Da questo

³⁶ AGAMBEN, *Nudità*, 2009, nottetempo, Roma, p. 69.

³⁷ HAYEK, *The Road to Serfdom*, London, Routledge, 1944.

³⁸ Cfr. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, 2006.

confronto il diritto del lavoro uscirà profondamente modificato. Se, come è probabile, le istanze mercantilistiche tenderanno ad imporsi, i regimi regolatori interni ed internazionali tenderanno ad uniformarsi alla logica dell'economia, mentre perderanno di peso le funzioni dello Stato e della regolamentazione, così come interpretata dal diritto del lavoro nella sua costruzione tardo-novecentesca. Ciò significa che i poteri dell'imprenditore saranno definitivamente svincolati dal controllo del giudice circa la loro rispondenza a *standard*, a razionalità o ragionevolezza, mentre i diritti sociali fondamentali, lungi dall'inverarsi nella regolazione di un commercio equo, oltre che libero, seguiranno l'incerto destino della giustizia e della democrazia nell'era della globalizzazione³⁹.

Abstract

L'Autore si sofferma sull'impiego di alcuni concetti qualitativi delle nozioni di razionale/ragionevole, *standard* ed equo nel diritto del lavoro in ambiti conosciuti (poteri dell'imprenditori) e meno conosciuti (il collegamento tra diritti sociali e il sistema del commercio internazionale) della riflessione dottrinale. L'intenzione è far emergere il valore positivo del loro impiego come "modelli per l'azione" e "criteri di valutazione dei comportamenti". Nella prospettiva dell'Autore i concetti in esame esprimono dei *valori riconosciuti dal sistema giuridico* che entrano in conflitto con l'analisi economica del diritto (*rectius*, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro), senza per questo perdere il loro contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento e delle scienze sociali più in generale.

The Author deals with the use of several qualitative concepts as rational/reasonable, standard and fair on labour law.

In particular he evaluates the use of these concepts in the context of employer's power and in the context of relationship between social rights and global trade.

The main point is to discover the positive value of these concepts as "models for action" and as "behavior's evaluation criteria". In the author's perspective it could be found in these concepts the values known by the juridical system, which are in conflict with the law's economics analysis (especially with the criteria of labour law's economic efficacy) but at the same time these values don't lose their identity and their effectiveness in the system, and, more generally, in social science.

³⁹ Per una visione non pessimistica cfr. CASSESE, *op. cit.*

Vania Brino

Spiragli di *fair trade* nel commercio internazionale*

SOMMARIO: **1.** Lo scenario tra luci e ombre. **2.** L'isolamento violato del commercio internazionale alla luce di alcuni recenti pronunciamenti dell'Organo di appello del *Wto*. **3.** Sinergie possibili tra commercio internazionale e diritti fondamentali.

1. *Lo scenario tra luci e ombre*

Fin dalla sua formazione il sistema *Gatt-Wto* si è imposto come un insieme di principi e di norme prevalentemente impermeabili ad istanze extraeconomiche e, di conseguenza, avverso a qualsiasi intervento volto a limitarne o condizionarne l'applicazione in nome di razionalità altre rispetto a quelle che animano il mercato globale. Si è parlato, in questo senso, di un'innata autoreferenzialità o, altrimenti, di un deficit di democraticità¹ che plasma l'ambito degli scambi commerciali dominato, come è noto, da istanze sostanzialmente avaloriali.

Il presunto "isolamento"² del commercio internazionale è certamente dipeso, per buona parte, anche dalle criticità insite nei processi di defini-

* Il testo riproduce, con qualche integrazione e l'aggiunta di note, l'intervento al Seminario internazionale di Diritto del lavoro tenutosi a Venezia il 5-6 maggio 2011.

¹ HOWSE, *How to begin to think about the "democratic deficit" at the Wto*, in GRILLER S. (ed.), *International economic governance and non economic concerns*, Spinger ed., 2003, p. 79. Per la dottrina italiana v. in particolare PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in LD, n. 1, 2011, p. 13; ID., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, 1999.

² V. COTTIER, *Trade and human rights: a relationship to discover*, in *Journal of International economic law*, n. 5, 2002, p. 111 secondo il quale il diritto internazionale in materia di diritti umani e del lavoro e il diritto del commercio internazionale si sono sviluppati in "splendid isolation" anche se entrambi i sistemi normativi sono stati creati nello stesso momento e perseguono finalità parzialmente comuni come la promozione di più elevati standard di vita per le persone. Sul punto v. anche ZAGEL, *The WTO and Trade-Related Human Rights Measures: trade sanctions vs. trade incentives*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2004, 119.

zione, a livello sovranazionale, degli standard minimi in materia di diritti fondamentali³. Lo dimostrano chiaramente le difficoltà incontrate dall'Organizzazione internazionale del lavoro (di seguito *ILO*) nell'acquisizione del consenso sui *core labour standard* che solo con la Dichiarazione del 1998 hanno trovato nuova legittimazione imponendosi a tutti gli Stati membri a prescindere dalla ratifica delle relative convenzioni⁴. Ulteriore elemento critico, nel percorso di affermazione di “una globalizzazione dal volto umano”, per usare le parole dell'*ILO*, discende dal fatto che gli Stati membri del *Wto* non sempre parlano un linguaggio comune in materia di diritti umani e del lavoro in quanto non sono vincolati al rispetto delle stesse convenzioni. Conseguentemente emerge il problema dell'efficacia giuridica degli *standard* sociali sia nell'ambito delle relazioni commerciali plurilaterali tra Stati sia quando entrano in gioco i principi e le norme del *Gatt-Wto*.

Da qualche tempo, tuttavia, pare essersi realizzato un significativo cambiamento di rotta⁵. Il sistema ha manifestato inaspettate aperture verso l'esterno e, in particolare, verso istanze di tutela di valori e principi dichiaratamente *non trade*. Siamo ancora lontani da una vera e propria presa di coscienza del *Wto* rispetto alla questione sociale ma al contempo emergono segnali incoraggianti che sembrano andare, ancorché lentamente, in quella direzione⁶.

Se già il Preambolo dell'accordo costitutivo del *Wto* induce a dubitare della portata autoreferenziale del sistema, per esempio quando si afferma

³ Sul punto la più recente dottrina tende ad identificare i diritti sociali fondamentali come parte del corpus dei diritti umani fondamentali. In questo senso COMPA, *Trade Unions and Human rights*, in *Bringing Human rights home*, 2, 2008; analogamente FUDGE, *The new discourse of labour rights: from social to fundamental rights?*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 29, 2007 secondo il quale si registra una tendenza a considerare sempre più i diritti sociali ed economici in termini di diritti fondamentali/diritti umani. Cfr. ALSTON, *Core labour standards and the Transformation of the International Labour rights regime*, 15, in *European Journal of International law*, 2004, 457). Per una ricostruzione del dibattito v. KOLBEN, *Labour rights as Human rights?*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 2010, p. 449.

⁴ V. BORZAGA, *Core labour standards (Diritto internazionale del lavoro)*, in PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico giuslavoristico, Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bup Editore, 2011, p. 61.

⁵ Va sin d'ora precisato che scopo del saggio è quello di esaminare a livello generale le interazioni tra commercio internazionale e diritti fondamentali, in particolar modo alla luce di alcuni recenti casi affrontati dagli organi di appello del *Wto*.

⁶ V. SALOMONE, *Core labour standards (Diritto del commercio internazionale)*, in PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico giuslavoristico, Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bup Editore, 2011, p. 75.

che “le regole in materia di commercio devono risultare compatibili con l’obiettivo dello sviluppo sostenibile” (concetto, questo, che per interpretazione condivisa, si declina in obiettivi non solo di crescita economica ma altresì di crescita sociale e di tutela ambientale⁷), allo stesso modo rilevano previsioni come la *Enabling clause* che legittima la concessione di preferenze tariffarie agli stati in via di sviluppo qualora tali trattamenti preferenziali rispondano positivamente alle loro esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali. Così l’art. xx del *Gatt* che ammette la possibilità per uno Stato di introdurre misure restrittive degli scambi in nome, tra le altre, di esigenze di tutela della moralità pubblica, della vita dell’uomo, degli animali e delle piante, o nel caso di beni realizzati con lavoro carcerario⁸.

Per le previsioni evocate si può a giusto titolo parlare di una sorta di ponte di collegamento, sia pur ancora in via di costruzione, tra le ragioni del commercio internazionale e le ragioni dei diritti fondamentali. L’introduzione di sanzioni positive (le prime) e negative (le seconde) risulta funzionale ad implementare valori diversi, ma direi non necessariamente contrapposti, a quelli che animano il commercio internazionale⁹.

⁷ V. la Dichiarazione WTO a Doha del novembre 2001 sia pur con particolare riferimento alla tutela ambientale; ma soprattutto la Dichiarazione WTO a Johannesburg del 2002 ove si identifica lo sviluppo sostenibile nell’integrazione di tre pilastri quali lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la protezione ambientale. In ambito europeo si segnala il reg. del Consiglio europeo del 22 luglio 2008 sul sistema di preferenze generalizzate che identifica il concetto integrale di sviluppo sostenibile in “convenzioni e strumenti internazionali come la dichiarazione delle Nazioni unite sul diritto allo sviluppo, la dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo, la dichiarazione dell’Oil riguardante i principi e i diritti fondamentali, la dichiarazione delle Nazioni Unite per il millennio, la dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile”. Di estremo interesse la Dichiarazione dell’*International Law Association* del 2002 ove si individuano una serie di principi che dovrebbero essere considerati parte integrante del concetto di sviluppo sostenibile e, tra questi, si fa riferimento al principio di equità e di lotta contro la povertà nonché al principio di integrazione in particolare tra diritti umani, diritti sociali, obiettivi economici e ambientali. Sulle potenzialità dello sviluppo sostenibile come obiettivo generale del *Wto* e quindi in grado di condizionare l’applicazione delle norme *Gatt-Wto v. IRISH, Special and Differential Treatment, Trade and Sustainable Development*”, Draft Conference, Australia, Ottobre 2010, www.lawanddevelopment.net/img/irish.pdf.

⁸ Sulla portata della disposizione v. in particolare PERULLI, *Lavoro e commercio internazionale*, in *Digesto Discipline privatistiche - Sezione commerciale*, Utet, 2000, p.444.

⁹ Non sarà oggetto di approfondimento il sistema delle sanzioni e i noti problemi di effettività degli strumenti adottati e di identificazione del corpo giudiziario competente nella risoluzione dei conflitti normativi a livello globale. Sul punto si rinvia, tra molti, a CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009 e ivi ampi riferimenti bibliografici.

Se, quindi, guardando all'ambito normativo, vi sono delle disposizioni che potrebbero giocare un ruolo rilevante in una prospettiva di tutela, sia pur indiretta, di valori e principi sociali, analogamente alcuni recenti pronunciamenti degli "organi giudiziari"¹⁰ del *Wto* lasciano presagire interdipendenze nuove tra la sfera del commercio internazionale e quella dei diritti fondamentali.

Mi riferisco, *in primis*, agli interventi nei quali si riconosce espressamente che il *Gatt* "*is not to be read in clinical isolation from public international law*"¹¹ e, da qui, trova legittimazione il rinvio ai principi tratti dal diritto internazionale, alle convenzioni internazionali, al corpus degli standard di condotta elaborati a livello sovranazionale sia pur in materie non attinenti al commercio e agli scambi. Come osserva Cassese, in simili circostanze "i giudici hanno sfruttato la differenza tra *jurisdiction* e *applicable law*. La loro giurisdizione è limitata dal trattato che istituisce il giudice. Ma il trattato non limita l'ambito del diritto applicabile"¹² innescandosi prassi virtuose di trapianto di principi e valori tra i differenti assetti normativi che coabitano nello spazio globale.

Secondariamente, rilevano una serie di pronunce nelle quali le previsioni del *Gatt-Wto* sono state interpretate in senso meno restrittivo rispetto al passato evidenziandosi un'attenzione verso finalità di tutela di interessi

¹⁰ Nel sistema *Gatt-Wto* l'organo legittimato alla risoluzione delle controversie è il *Dispute settlement body* (Dsb) che interviene qualora le parti non riescano a trovare una soluzione in sede conciliativa. Ciascuna delle parti può infatti chiedere la costituzione di un *Panel* di esperti che avvierà una procedura simile a quella prevista negli arbitrati internazionali e al termine della quale elaborerà un *Report* da sottoporre al voto del Dsb. Il *Report* può essere impugnato davanti all'Organo di appello (*Appellate body*) che esprimerà un giudizio, sotto forma di decisione, sulla legittimità del *Report* adottato dal *Panel*. Sul punto v. PERONI, *La tutela degli interessi privati nel sistema Omc ed il possibile concorso di giurisdizione con altri ordinamenti ad esso esterni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 725.

¹¹ V. *Panel Report*, European Communities—Measures affecting the approval and marketing of biotech products, WT/DS291-292-293/R, 29 settembre 2006 nel quale si fa espresso riferimento, tra le altre, alla Convenzione di Vienna e alla Dichiarazione di Rio al fine di interpretare le questioni legali poste dall'accordo *Wto* in materia sanitaria. In quell'occasione si è riconosciuto espressamente che gli accordi sul libero commercio non vanno considerati come oggettivamente separati dal diritto internazionale pubblico. Ancora nel caso Korea (*Appellate body Report*, Korea—Measures Affecting Imports of fresh, chilled and frozen beef, WT/DS169/AB/R, 11 dicembre 2000) lo stesso organo riconosce l'applicazione del diritto internazionale consuetudinario alle relazioni economiche tra gli Stati quando non espressamente escluso dal trattato commerciale.

¹² CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, 2009, p. 147.

generali, e per buona parte anche sociali, che stridono con l'idea di un sistema dominato esclusivamente dai paradigmi del libero mercato (casi *US-Shrimp*¹³; *Korea-Beef*¹⁴; *EC-Asbestos*¹⁵; *EC-Tariff Preferences*¹⁶).

Sullo sfondo del ragionamento emerge il tema, antico ma mai superato, dei collegamenti tra commercio internazionale e diritti fondamentali ovvero quell'idea di *fair trade*¹⁷ quale deriva ideale di un commercio internazionale non più sordo dinanzi alle pressioni della comunità internazionale. Esemplicativo è quanto dichiarato dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali secondo il quale “la liberalizzazione del commercio, degli investimenti e della finanza non crea necessariamente l'ambiente favorevole alla realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali. Non si pone, in altri termini, come fine in sé bensì come strumento per realizzare il benessere della collettività in combinazione con la previsione di strumenti di tutela dei diritti umani nello scenario internazionale”¹⁸. In altri termini “commercio e diritti umani non devono essere letti come regimi in conflitto”¹⁹ ma piuttosto come ambiti tra loro complementari. Non solo le regole del commercio internazionale dovrebbero essere interpretate e applicate compatibilmente con le obbligazioni assunte dagli Stati in materia di diritti umani ma è lo stesso commercio internazionale che dovrebbe essere messo al servizio della giustizia sociale²⁰.

¹³ *Appellate body Report*, United States—Measures affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 aprile 2005.

¹⁴ *Appellate body Report*, Caso Korea, cit.

¹⁵ *Appellate body Report*, European Communities—Measures affecting asbestos and asbestos containing product, WT/DS135/AB/R, 12 marzo 2001.

¹⁶ *Appellate body Report*, European Communities—Conditions for the granting of Tariff Preferences to developing countries, WT/DS246/AB/R, 7 aprile 2004.

¹⁷ BHAGWATI JAGDISH, HUDEC, *Trade and Harmonization: Economic analysis*, v.I, 1996, Massachusetts Institute of Technology. Ma v. anche DUNOFF, *The Death of the trade regime*, in *European Journal of International law*, 10, 1999.

¹⁸ Doc.E/C.12/1999/9, par. 6 (documento del 26 novembre 1999 in occasione della terza conferenza del *Wto* tenutasi a Seattle).

¹⁹ HOWSE, MUTUA, *Protecting Human Rights in a Global Economy - Challenges for the World Trade Organisation*, International Centre for Human Rights and Democratic Development, 2000, www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/WtoRightsGlob.html.

²⁰ In questo senso si esprime SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, secondo il quale “concernant l'ordre international, retrouver le sens des limites conduirait à dessiner de nouvelles frontières propres à mettre le commerce international au service de la justice sociale”.

La questione risulta ampiamente dibattuta in letteratura emergendo un problema di razionalità parziali a confronto o, per meglio dire, di conflitti tra una presunta razionalità globale, della quale si fa portavoce il commercio internazionale e le sue logiche, e le razionalità parziali che ispirano gli altri ordini giuridici. E, da qui, inevitabilmente, la questione della definizione delle rispettive “aree di influenza” e dei relativi limiti. Come sostenuto da autorevole dottrina va perseguita “la compatibilità normativa anziché l’unità gerarchica del diritto”²¹ e, in questa prospettiva, risulta necessario adottare “meccanismi inclusivi che permettano di incorporare gli interessi dell’altro nelle norme interne alla sfera di razionalità”²². Su questo punto il sistema *Gatt-Wto* rappresenta un importante terreno di osservazione in quanto le deroghe ai principi che ispirano il commercio internazionale, e che possiamo identificare come misure restrittive, rappresentano un canale di accesso preferenziale per istanze *non trade* e, di conseguenza, aprono possibili percorsi di equità e di giustizia sociale negli scambi commerciali.

2. *L’isolamento violato del commercio internazionale alla luce di alcuni recenti pronunciamenti dell’Organo di appello del Wto*

Le interazioni problematiche tra le razionalità parziali che dominano lo spazio globale hanno trovato una particolare declinazione nelle disposizioni del *Gatt-Wto* che legittimano l’adozione, da parte degli Stati, di misure restrittive agli scambi qualora perseguano interessi generali e sempreché non risultino discriminatorie e non riflettano intenti protezionistici (art. XX *Gatt*, art. XVI *Gats*²³).

Le disposizioni derogatorie, anche descritte come “*safety valves*”²⁴ e “*affirmative defences*”²⁵, sono state oggetto di interpretazioni plurali e spesso contrapposte. Al contempo, però, è condivisa l’opinione secondo la quale si tratta di previsioni che hanno indotto gli Stati ad essere parte del *Wto* sul

²¹ TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Riv. giuridica degli studenti dell’Università di Macerata*, 2010, p. 52.

²² TEUBNER, *op. cit.*, 56.

²³ Si differenzia dall’art. XX *Gatt* solo per il rinvio a restrizioni giustificate da motivi di ordine pubblico.

²⁴ DELIMATIS, *Protecting Public Morals in a Digital Era: Revisiting the Wto Rulings in US-Gambling and China-Publications and Audiovisual Products*, in *Journal of International Economic Law*, Oxford, vol. 14, 2011.

²⁵ *Appellate Body Report, US - Gasoline, WT/DS/AB/R, 22-23.*

presupposto che le deroghe potevano risultare lo strumento attraverso il quale affermare ed imporre le proprie scelte di politica interna a tutela degli interessi generali della collettività.

Sulla portata delle clausole derogatorie insistono una serie di criticità, sia di ordine interpretativo che applicativo. Anzitutto manca una lista chiusa di eccezioni, rinviando le norme a concetti generali e flessibili e, di conseguenza, suscettibili di essere interpretati più o meno restrittivamente; secondariamente, quando parliamo di morale pubblica, di tutela della salute, di ordine pubblico entrano in gioco interessi diffusi ed istanze di politica interna agli Stati che trovano accoglimento in seno al *Gatt-Wto* solo qualora superino un test di necessità e si attesti l'uso non protezionistico della deroga. Da ultimo non è chiaro se le politiche nazionali e gli interessi invocati dagli Stati a giustificazione delle misure restrittive possano imporsi anche al di fuori del territorio di riferimento e, da qui, il noto problema dell'extraterritorialità della deroga²⁶.

Al contempo, tuttavia, si tratta di previsioni che hanno dimostrato, guardando in particolare ad alcuni recenti pronunciamenti dell'organo di appello del *Wto*, inaspettate potenzialità tanto da essere oggetto di un rinnovato interesse in letteratura²⁷ identificandosi in esse "spazi per interpretazioni ispirate ad una logica di priorità di valori fondamentali non economici rispetto agli obblighi assunti dagli Stati in materia di libera circolazione delle merci"²⁸.

Tra tutte vorrei soffermarmi in particolare sulla clausola che ammette misure restrittive degli scambi se sussistono comprovati motivi di moralità pubblica (art. XIV *Gats*, ma nello stesso senso art. XX lett. a *Gatt*). La disposizione è risultata a lungo silente sia ai tavoli negoziali dell'Organizzazione,

²⁶ Ma su una lettura meno rigida del requisito della territorialità v. Caso *Shrimp Turtle* che ha ad oggetto la pesca dei gamberetti in acque internazionali con tecniche che compromettono la sopravvivenza delle tartarughe. Il caso è di estremo interesse in quanto il *Panel*, sulla base dell'interesse manifestato dagli Stati Uniti di salvaguardare la specie animale in pericolo, ha considerato legittime le restrizioni all'importazione di gamberetti anche se le tartarughe non risiedevano stabilmente all'interno del territorio statunitense ma si limitavano a transitare temporaneamente sulle coste americane. In dottrina v. PERULLI, *op. ult. cit.*

²⁷ In particolare v. VAN DER BOSSCHE, *The law and Policy of the World Trade Organisation - Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2008. Con riferimento alla possibilità di invocare l'art. XX a giustificazione dei sistemi di preferenze generalizzate v. HOWSE, *Back to Court after shrimp/turtle?*, in *American University International Law Review*, 18, 2003, p. 1367.

²⁸ MAZZONI, *Globalizzazione, commercio internazionale e giustiziabilità di pretese private fondate su norme internazionali*", in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, p. 260.

dove solo un paio di volte sono stati invocati interventi chiarificatori sulla portata e sui limiti dell'eccezione, sia nelle sedi giudiziarie; diversamente è stata ampiamente valorizzata da una parte della dottrina che vi ha intravisto un possibile meccanismo di penetrazione dei diritti fondamentali, e per alcuni interpreti anche dei diritti sociali fondamentali, nell'ambito del commercio internazionale²⁹. In questo senso, e partendo dall'idea che la moralità pubblica può declinarsi nel rispetto dei diritti fondamentali sia all'interno degli Stati sia in una prospettiva internazionale, è stata proposta una lettura estensiva della deroga al fine di includervi anche la tutela dei diritti dei lavoratori³⁰. Ma soprattutto è stata sottolineata la portata dinamica e non statica del concetto e da qui la possibilità di attribuirgli un'estensione diversa sia in ragione del momento storico di riferimento sia delle sue specificità.

La prospettiva dottrinale evocata ha trovato un primo parziale accoglimento nei pronunciamenti dell'*Appellate body* in occasione del ricorso presentato da Antigua e Barbados contro una legge statunitense che proibiva lo svolgimento di attività commerciali legate al gioco d'azzardo e alle scommesse via internet e nel quale viene per la prima volta in rilievo l'art. XIV *Gats*³¹.

La decisione non risolve del tutto le ambiguità e le incertezze insite nel concetto di "morale pubblica" ma si tratta indubbiamente di un caso che può aprire nuovi spiragli di riflessione sui possibili *linkages* tra commercio internazionale e diritti fondamentali.

Nel caso *US-Gambling ruling* l'*Appellate body* ha infatti stabilito, per la prima volta, il significato di "morale pubblica" identificandola in "*standards*

²⁹ In questo senso v. Wu, *Free trade and protection of public morals: an analysis of the newly emerging public morals clause doctrine*, in *Yale Journal International Law*, 33, 2008, p. 215.

³⁰ TREBILCOCK, HOWSE, *Trade policy & Labour standards*, in *Minnesota Journal Global Trade*, 14, 2005, p. 261. V. anche CLEVELAND, *Human rights sanctions and international trade: a theory of compatibility*, in *Journal International Economic Law*, 5, 2002, p. 133. Per una ricostruzione della portata e dei limiti della clausola che rinvia alla morale pubblica v. CHARNOVITZ, *The Moral Exception in Trade Policy*, in *Virginia Journal of International Law*, 38, 1998, p. 689.

³¹ *Appellate body Report*, United States-Measures affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 aprile 2005. V. anche, più recentemente, *Appellate body Report*, China-Publications and Audiovisual Product, WT/DS363/AB/R che ha riguardato un ricorso presentato dagli Stati Uniti contro la Cina a seguito dell'adozione da parte del governo cinese di una serie di misure restrittive all'importazione e distribuzione di pubblicazioni e prodotti digitali sulla base di una presunta violazione della morale pubblica ai sensi dell'art. XX *Gatt*.

of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation” ovvero, nel caso specifico, nella tutela della salute pubblica e, in particolare, di quella dei minori. Il tentativo definitorio va certamente apprezzato in quanto potrebbe rappresentare un primo passo verso il riconoscimento della clausola come viatico di implementazione dei diritti fondamentali. Se, infatti, si ammette che l’azione preventiva contro gli effetti negativi che una certa attività potrebbe produrre sulla salute pubblica, e dei minori in particolare, costituisce misura di protezione della moralità pubblica, nulla esclude che gli Stati potrebbero ricorrere in futuro alla deroga per proteggere altri diritti fondamentali. Viene in evidenza, sia pur tra le righe, un’interazione virtuosa tra la morale pubblica e i diritti fondamentali che trovano reciprocamente forma e consistenza. Da un lato la morale pubblica può declinarsi nel rispetto dei diritti fondamentali, che quindi contribuiscono a chiarirne il significato e la portata; dall’altro lato questi ultimi possono essere tutelati per effetto del rinvio a ragioni di morale pubblica³².

Altra considerazione che può essere svolta attiene alla portata della deroga. Non sembrano infatti emergere fattori tali da escludere l’individuazione, sia pur in una prospettiva *de jure condendo*, di una nozione di moralità pubblica di valenza generalizzata, per esempio sulla base del richiamo al rispetto di standard di comportamento in materia di diritti umani e del lavoro sui quali esiste un consenso diffuso in ambito internazionale. Del resto è lo stesso *Panel* intervenuto nella causa che riconosce la legittimità della restrizione anche in ragione del fatto che misure analoghe sono state prese da altri Stati membri. Ciò a dire che, pur se la deroga, per opinione condivisa, rimanda a standard di tutela elaborati a livello nazionale, un possibile sviluppo potrebbe essere quello di ammettere la deroga in nome di “*moral standards*” riconosciuti a livello internazionale³³.

In questo senso la letteratura ha sostenuto che “l’applicazione di san-

³² V. HOWSE, MUTUA, *op. cit.*, datt. 15 per i quali i *fundamental labour rights* riconosciuti dal *Wto* nella dichiarazione di Singapore del 1996 rilevano ai fini della definizione di morale pubblica.

³³ Sul punto v. MARCEAU, *WTO Dispute Settlement and Human rights*, in *European Journal of International law*, 13, 2002, p. 790 secondo la quale i *Panel* possono stabilire se la misura restrittiva degli scambi è necessaria rispetto al fine di tutelare la morale pubblica alla luce dell’adesione dei membri *Wto* ai trattati in materia di diritti fondamentali. L’autrice osserva che nella Dichiarazione di Singapore sono gli Stati stessi che identificano la protezione dei diritti sociali fondamentali come obiettivo di politica interna e internazionale oltre a riconoscere il ruolo dell’*Oil* in materia.

zioni commerciali a seguito della violazione di standard in materia di lavoro rientra nell'ambito della deroga per motivi di moralità pubblica quando le sanzioni si basano sul rispetto di quanto contenuto nella Dichiarazione *ILO* del 1998 oppure in altre fonti di carattere universale in materia di diritti fondamentali³⁴. Ancora c'è chi ha identificato nella Dichiarazione *ILO* un vero e proprio standard di “*public morals*”³⁵ in quanto introduce uno zoccolo minimo di diritti che dovrebbero essere garantiti sia a prescindere dalla ratifica delle relative convenzioni sia indipendentemente dal livello di sviluppo interno ai paesi. La stessa *ILO*, nella Dichiarazione del 2008 sulla mondializzazione equa, si pone in una posizione estremamente innovativa rispetto al passato nel punto in cui afferma che “la violazione dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro non può essere né invocata né utilizzata come un vantaggio comparato legittimo”. In sintesi, come osserva Howse, non vi sono ragioni sufficienti per escludere i diritti sociali fondamentali dall'ala protettiva della “morale pubblica”³⁶.

Da ultimo è apprezzabile il fatto che sia il *Panel* sia l'*Appellate body* propongono un'interpretazione dinamica del concetto di “morale pubblica” riconoscendone valenza plurale in ragione del momento temporale e dell'ambito territoriale di riferimento ma soprattutto dei valori sociali, culturali, etici sui quali lo stesso si fonda. Una deroga, in altri termini, che può essere diversamente riempita di significato anche in ragione delle istanze in costante trasformazione nello spazio globale. Ad analoghe conclusioni era pervenuto l'*Appellate body* nel caso *Shrimp* riconoscendo che la deroga di cui all'art. XX lett. g dev'essere “*interpreter in light of the contemporary concerns of the community of nations*”.

Quanto alle osservazioni critiche, va registrata l'incertezza insita nelle operazioni di bilanciamento tra le ragioni del commercio internazionale e

³⁴ HOWSE, *The World trade organisation and the protection of workers' rights*, in *The Journal of Small and Emerging Business Law*, 3, 1999, p. 169.

³⁵ RAZAVI, *Labour standards and WTO-Dilemma of Legitimacy and Efficacy*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 11, 2010. Cfr. HOWSE, *op. cit.*, 1999, per il quale la portata dell'eccezione in nome di esigenze di tutela della morale pubblica rischia di essere limitata se si escludono elementi di universalità. Da qui gli organi giudiziari del *Wto* dovrebbero utilizzare come test, al fine di verificare la legittimità di una misura restrittiva agli scambi, se la stessa risulta funzionale al rispetto della Dichiarazione *ILO* del '98 piuttosto che di ogni altro strumento di tutela dei diritti fondamentali (per esempio la Convenzione Onu sui diritti politici, sociali, economici).

³⁶ HOWSE, *op. cit.*, p. 1371.

gli interessi generali che legittimano la previsione di misure restrittive agli scambi. L'auspicio è che la lettura offerta nel noto caso *Schrimp*³⁷ non resti isolata in quanto potrebbe fornire un'innovativa e per molti versi più equilibrata bussola d'orientamento per gli organi del *Wto*. In quella circostanza, infatti, l'*Appellate body* evidenzia l'errore di prospettiva commesso dal *Panel* di esperti nel momento in cui non ha attribuito adeguata importanza, nel giudizio di bilanciamento, alle ragioni sottese alle deroghe *ex art. xx*³⁸. Per l'*Appellate body*, in particolare, la ratio dell'art. xx non risulta a priori subordinata al perseguimento delle finalità generali del sistema *Gatt-Wto* così riconoscendo che gli obiettivi economici, nello scenario globale, non devono necessariamente risultare prevalenti rispetto ad altre finalità³⁹.

3. Sinergie possibili tra commercio internazionale e diritti fondamentali

Ripensare al commercio internazionale in una logica di *fair trade* o di *trade with values* anziché di *free trade*⁴⁰ sembra essere, oggi più di ieri, un passaggio obbligato per garantire adeguati livelli di sviluppo sociale ed economico all'interno di un sistema che in più occasioni, basti pensare alla recente crisi, ha dimostrato di non poter funzionare "a briglie sciolte". In altri termini prende sempre più corpo e consistenza l'idea di una nuova geografia dei valori per effetto della quale la liberalizzazione degli scambi e l'integrazione dei mercati devono aprirsi anche a considerazioni di valore, ad istanze di giustizia distributiva e di equità⁴¹.

I fallimenti del mercato, i comportamenti opportunistici delle multinazionali, l'emersione di nuove potenze commerciali inclini a praticare il *cd. dumping normativo* non sono che alcuni dei fattori che dovrebbero in-

³⁷ V. nota 24.

³⁸ United States-Import Prohibition of certain shrimp and shrimp products, WT/DS58/R, 15 maggio 1998. V. *Appellate body Report* relativo al caso United States - Import Prohibition of certain shrimp and shrimp products, WT/DS58/AB/R del 22 ottobre 2001, pr. 129. Ma vedi anche il *Report* sul caso European Communities - Conditions for the granting of tariff preferences to developing countries, WT/DS46/AB/R, 7 aprile 2004.

³⁹ V. JACQUET, PISANI-FERRY, TUBIANA, *Gouvernance mondiale: les institutions économiques de la mondialisation*, in AA.VV., *Gouvernance mondiale*, La Documentation française, 2002, p. 80.

⁴⁰ LYON CAEN, *A proposito del dumping sociale*, LD, n. 1, 2011, p. 7.

⁴¹ V. l'ampia analisi di PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., p. 13 ss. Sulle possibili linee di intervento v. PERULLI, MARRELLA, *Manifesto di Venezia per la regolazione della globalizzazione economica. La globalizzazione virtuosa*, in RIDL, 2009, n. 3, p. 341.

durre a ragionare di equità negli scambi ovvero di una sorta di standardizzazione dei minimi di tutela quale strategia per uniformare sistemi diversi in un comune ideale di giustizia. Sullo sfondo permangono approcci prevalentemente funzionali al mercato ma in una prospettiva aperta alle influenze esterne e, di conseguenza, anche alle cd. *non trade issues*.

In questo senso va perseguita la ricerca di equilibri nuovi tra la pluralità dei soggetti che operano sulla scena mondiale ponendosi sia un problema di distribuzione diseguale del potere (pensiamo al rapporto tra paesi del nord e del sud del mondo così come tra gli attori istituzionali nazionali e le grandi multinazionali) sia un problema di forte diversificazione degli assetti di preferenze dei quali gli stessi sono portatori. Da qui l'esigenza di interventi volti a temperare i rapporti di forza e ad arginare l'autoritarismo del mercato e delle sue logiche soprattutto quando entrano in gioco il rispetto e la tutela dei diritti fondamentali. Adottando una prospettiva di lungo periodo equità e sviluppo sostenibile sono probabilmente i concetti che meglio identificano le future *guidelines* per la comunità internazionale rimandando non solo a considerazioni legate alla sostenibilità ambientale ma altresì all'efficienza economica e all'equità sociale⁴². In questa prospettiva l'equità assurge a mezzo per realizzare il miglioramento delle condizioni di vita della popolazione globale e superare i fattori che compromettono la libertà degli individui e, di conseguenza, il progresso economico e sociale della collettività.

Sul presupposto che il processo di liberalizzazione degli scambi e di integrazione dei mercati deve necessariamente dialogare con gli interessi altri che animano ciò che illustri studiosi hanno descritto come il "villaggio globale" del nostro tempo, le osservazioni sin qui svolte ci consentono, in primis, di valutare positivamente quelle letture evolutive delle norme *Gatt-Wto* tali per cui possono entrare in gioco anche valori e principi esterni al sistema⁴³. Se da un punto di vista strettamente normativo, "i regimi regolatori globali sono self-contained, dall'altro essi non sono in uno spazio giuridico vuoto, rispondono a principi generali, sono comuni-

⁴² DYLLICK, HOCKERTS, *Beyond the Business Case for Corporate Sustainability*, in *Business strategy and the environment*, 2002, p. 130; cfr. SALZMANN et al., *The Business Case for Corporate Sustainability: Literature Review and Research Option*, in *European Management Journal*, vol. 23, 1, 2005, p. 27.

⁴³ PERULLI, *Globalizzazione, governance e diritti sociali*, in SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, V&P, 2006, 3.

canti”⁴⁴ e, in questa prospettiva, dovrebbero essere individuate delle “*liens proceduraux*”⁴⁵ tra i differenti domini giuridici. Peraltro gli stati membri del *Wto*, nel momento in cui sottoscrivono trattati in materia di diritti fondamentali (ad esempio in quanto membri dell’*ILO*) dovrebbero rispettarli anche nelle loro relazioni commerciali. Emerge, qui, una grande responsabilità sia dei singoli stati sia, soprattutto, del *Wto* al quale si chiede, a gran voce, di essere parte attiva nel processo di affermazione di standard minimi di tutela sulla scena globale. Si può discutere sulle modalità e sulle forme del coinvolgimento, posto che il *Wto* resta un’organizzazione dedita al governo del commercio internazionale, ma non dovrebbero esservi dubbi sull’esigenza di una cooperazione–collaborazione effettiva soprattutto con l’*ILO*. Così come non si dovrebbe dubitare sull’esigenza di definire un sistema di limiti con basi giuridiche autonome ed indipendenti rispetto a quelle sulle quali si fonda il commercio internazionale. In questa prospettiva va intrapreso un percorso condiviso, che per molti versi può dirsi già iniziato con la sottoscrizione – pressoché all’unanimità – della Dichiarazione *ILO* del ’98, volto all’affermazione di una serie di standard minimi di trattamento dinanzi ai quali le logiche del commercio internazionale dovrebbero necessariamente fare un passo indietro.

Abstract

Partendo dalla presunta autoreferenzialità del sistema *Gatt-Wto*, impostosi fin dalle origini come un insieme di principi e di norme prevalentemente impermeabili ad istanze extraeconomiche e, di conseguenza, avverso a qualsiasi intervento volto a limitarne o condizionarne l’applicazione in nome di razionalità altre rispetto a quelle che animano il mercato globale, il saggio intende indagare le aperture del sistema verso istanze di tutela di valori e principi dichiaratamente “*non trade*”. Il saggio s’interroga, in particolare, sulle possibili nuove interdipendenze tra la sfera del commercio internazionale e quella dei diritti fondamentali sulla base di una serie di recenti pronunciamenti degli organi giudiziari del *Wto*.

This article discusses some aspects of the relationship between international trade law and human rights. The author examine the application of article xx Gatt and article xvi Gats by Appellate Body and discuss about the new trend concerning the linkages of human rights and Gatt-Wto provisions. The article argue that there are some feasible approaches to social dimension within the *Wto* system.

⁴⁴ CASSESE, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁵ FRISON ROCHE, *Le droit, source et forme de regulation mondiale*, in *Gouvernance mondiale. Rapport du Conseil d’Analyse economique*, La Documentation Française, n. 37, 2002, p. 313.

Laura Tebano

Ragionevolezza e potere di controllo del datore di lavoro*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La proporzionalità del potere di controllo nello Statuto dei lavoratori. **3.** I limiti al potere di controllo nella disciplina a tutela della *privacy*: quale proporzionalità? **4.** La proporzionalità nella dimensione collettiva.

1. Premessa

Il tema della ragionevolezza coinvolge varie discipline ed investe piani diversi: l'argomentazione giuridica, l'interpretazione del dato legislativo, il giudizio di legittimità costituzionale¹. In tale ultimo contesto la ragionevolezza riveste indubbiamente una posizione di dominio e ciò in quanto, se si conviene sulla consueta definizione della ragionevolezza come misura di razionalità rispetto al valore, la stessa rappresenta l'*higher-order value*, ossia un valore ordinatore di valori².

Al contempo il percorso argomentativo usuale e tipico del controllo di ragionevolezza non subisce variazioni significative in ragione dell'ambito

* Il testo riproduce, con qualche modifica e l'aggiunta di note essenziali, l'intervento al Seminario internazionale di Diritto del lavoro, tenutosi a Venezia il 5-6 maggio 2011, in collaborazione con l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense.

¹ La letteratura sul tema è ormai corposa. Si vedano tra molti: MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001; D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, 2003; MC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, 2001; PERELMANN, VANDER-ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984; PERELMANN, *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Einaudi, 2001; ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998; TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, 2005. Sul versante giust-lavoristico il tema è stato approfondito da FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010.

² Cfr. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, 26 ottobre 2009. Va tuttavia sottolineato che, già sul versante definitorio, si registrano posizioni molto eterogenee, v. LOI P., *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *RGL*, 2008, p. 482 ss.

in cui viene effettuato. A prescindere dall'intensità e dall'efficacia di alcuni strumenti, infatti, la struttura e l'ossatura tipica del test di ragionevolezza permangono inalterati³. Pur nelle molteplici varianti delle complesse ricostruzioni teoriche (che in questa sede non si pretende certo di riproporre) e semplificandone le diverse sfaccettature, si può ritenere che il controllo di ragionevolezza viene declinato secondo uno schema ternario⁴. Alla verifica di *coerenza*, che attiene alla funzionalità dei mezzi rispetto ai fini della legge, si affianca un controllo di *adeguatezza*, diretto ad accertare l'efficienza strumentale della previsione legislativa, e una valutazione di razionalità della legge alla stregua del criterio di *proporzionalità*⁵.

Quest'ultimo, sviluppato nella giurisprudenza costituzionale tedesca, implica, a sua volta, un controllo articolato in tre fasi: la prima mira ad accertare l'*idoneità* dell'atto, inteso come mezzo per il raggiungimento dei suoi scopi; la seconda, nota anche come *regola del mezzo più mite* (*Gebot des mildesten Mittels*), attiene alla *necessarietà* e comporta la verifica dell'*indispensabilità* del mezzo rispetto ad altri mezzi a disposizione che incidono in maniera più significativa sulle posizioni tutelate; la terza fase è quella del *bilanciamento* vero e proprio e consente una ponderazione tra beni ed interessi coinvolti nella previsione legislativa⁶.

Tutte le fasi del controllo di proporzionalità appena menzionate sottendono una comune esigenza: verificare che l'intervento statale, comprensivo delle libertà individuali in vista del raggiungimento di un determinato fine, risponda a canoni di non eccessività⁷. Il che spiega la capacità espansiva di tale controllo che, spingendo ad attenuare il rigore di una disciplina e a minimizzare i sacrifici che dalla stessa derivano, ha mostrato, come sottolineato dalla dottrina, una straordinaria forza di penetrazione in tutti i

³ Secondo BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in LA TORRE, SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, 2002, p. 59 ss. il giudizio di ragionevolezza si compone di uno strumentario argomentativo ben noto alla tradizione ermeneutica dei giuristi e la cui struttura resta invariata nel passaggio dall'attività di interpretazione delle leggi al giudizio di legittimità delle stesse.

⁴ Per un quadro delle variegate ricostruzioni teoriche in ordine alla struttura dei giudizi di ragionevolezza v. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *DDP*, XII, Utet, 1997, p. 350 ss. Con specifico riguardo al diritto del lavoro, v. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 5 ss.

⁵ Sul punto v. *amplius*, PERULLI, *op. cit.*

⁶ Cfr. LUTHER, *op. cit.*, p. 345; PERULLI, *op. cit.*, p. 25.

⁷ In questi termini LOI P., *op. cit.*, p. 494.

campi dell'esperienza giuridica in cui vengono in gioco diritti fondamentali, compresi i rapporti interpretati⁸.

Ed è proprio per tale specifica caratteristica che il sindacato di proporzionalità riveste un ruolo centrale in ambito giuslavoristico, ove emerge nitidamente l'implicazione della persona del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali, tant'è che ogni previsione legislativa si atteggia come il punto di arrivo di una complessa dialettica compromissoria tra interessi contrapposti⁹. Sul piano della tecnica normativa, infatti, il diritto del lavoro reca impressa nel proprio DNA una precisa finalità di mediazione tra la potenziale pervasività del potere imprenditoriale e gli interessi dei lavoratori che ne risultano implicati. In piena sintonia con tale logica di contemperamento, l'esercizio del potere disciplinare viene, ad esempio, ancorato al criterio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ed un analogo aggancio al canone della proporzionalità traspare nella disciplina legislativa del potere di controllo (basti pensare alle "esigenze organizzative e produttive" che giustificano il controllo a distanza dei lavoratori tramite l'installazione di impianti audiovisivi).

Del resto se si guarda allo Statuto dei lavoratori si percepisce appieno lo sforzo di realizzare un compromesso tra la legittimazione di ogni controllo datoriale e la sua totale paralisi; compromesso tradottosi nella previsione di limiti (sovente racchiusi in formule che evocano profili di ragionevolezza) diretti a garantire effettività, anche nei rapporti interpretati, ad alcuni valori personali dei lavoratori (libertà, riservatezza e dignità)¹⁰. Non diversamente nella disciplina generale in materia di *privacy* di tutti i cittadini (l. 675/96 e successivamente d.lgs. 196/2003 - Codice della *privacy*) sono presenti richiami ai criteri di necessità, pertinenza e non eccedenza dei controlli; criteri che contribuiscono ad arricchire ed integrare i presupposti di legittimità dell'esercizio del potere datoriale di controllo previsti nella disciplina settoriale¹¹.

⁸ V. ancora PERULLI, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.Vv., *Lavoro. Giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989 - 31 dicembre 2005)*, IX, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2006, p. 42.

¹⁰ Sul punto v. DE LUCA TAMAJO, *I controlli sui lavoratori*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Cedam, 2002, p. 27.

¹¹ Invero, come ha osservato RODOTÀ, *Prefazione*, in PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2006, p. VII "alla protezione dei dati personali è toccato il singolare destino d'essere una disciplina settoriale che ha progressivamente assunto un significato ed una portata generale".

Alla luce dei rilievi sin qui svolti, occorre adesso guardare più da vicino alle formule ampie ed indeterminate utilizzate dal legislatore in occasione della regolazione del potere datoriale di controllo sia per comprendere, da un angolo visuale privilegiato, se ed in quale misura esse si differenziano nei diversi interventi normativi appena menzionati, sia per valutare il grado di interazione che si è realizzato tra i soggetti coinvolti nell'operazione di contemperamento degli interessi in gioco.

2. La proporzionalità del potere di controllo nello Statuto dei lavoratori

Il potere di controllo trova, come noto, una prima regolamentazione normativa nella legge del '70, ove, allo scopo di tutelare la libertà e la dignità dei lavoratori, il legittimo esercizio del controllo datoriale viene ancorato al rispetto di criteri che, in varia guisa, sottendono una valutazione di proporzionalità¹².

Accanto alle “esigenze organizzative e produttive” richieste per il controllo a distanza dei lavoratori tramite l'installazione di impianti audiovisivi (art. 4) si rinvergono la prudente limitazione delle visite personali ai casi in cui le stesse risultino “indispensabili” per la tutela del patrimonio aziendale (art. 6) e la lungimirante restrizione della facoltà di accesso ai locali produttivi da parte delle guardie giurate alla presenza di “specifiche e motivate esigenze” (art. 2). Già ad uno sguardo superficiale, le differenti formulazioni rivelano le diverse “porte di ingresso” del controllo di ragionevolezza – cioè gli specifici aspetti sui quali può intervenire la valutazione di proporzionalità del potere datoriale – e riflettono le molteplici sfumature che assumono i criteri in cui si articola la proporzionalità nei vari ambiti normativi in cui diventano operativi.

Sotto questo profilo appare emblematico l'art. 6 St. lav. che, nel legittimare i controlli “in uscita”, li circoscrive, come accennato, alle ipotesi in cui l'esercizio del potere datoriale risulti *indispensabile*¹³. Ora tale valutazione di indispensabilità è affidata all'autonomia collettiva, che può altresì introdurre e specificare le *modalità* di realizzazione del controllo, fissando

¹² Da ultimo FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in RIDL, 2011, I, p. 74, il quale ricorda che il potere di controllo poteva essere desunto in via interpretativa dalle norme del codice civile, ma la disciplina statutaria mirava a limitarne le implicazioni più profondamente illiberali.

¹³ Sul punto sia consentito il rinvio a TEBANO, *Le visite di controllo “in uscita” nel diritto vivente*, in questa rivista, 2010, p. 613 ss.

condizioni *aggiuntive* rispetto a quelle minime indicate dalla legge (garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore, nonché imparzialità della scelta che avviene tramite sistemi di selezione automatica).

Con riferimento all'indispensabilità delle visite personali di controllo (e senza soffermarsi sul più ampio dibattito relativo alla sindacabilità dei prodotti dell'autonomia collettiva alla stregua del criterio di ragionevolezza¹⁴) sembra possibile ritenere, sulla falsariga della tassonomia suggerita dalla giurisprudenza tedesca, che tale concetto rappresenti una *sottospecie* della più generale valutazione di *necessità* dell'esercizio del potere datoriale. È il caso di precisare, infatti, che, nell'architettura dell'art. 6, la necessità si declina in modo particolarmente rigoroso nel senso che implica non solo l'assenza di un mezzo più mite, ma altresì la presenza di particolari situazioni di tipo oggettivo.

L'esclusione dall'alveo del canone dell'indispensabilità di presupposti soggettivi si desume *a contrario* sia dal richiamo alla qualità degli strumenti di lavoro, delle materie prime o dei prodotti sia indirettamente dalla regola legale dettata con riguardo alle modalità del controllo¹⁵. In particolare, il limite della selezione automatica, che priva di discrezionalità il datore di lavoro nella scelta dei lavoratori da assoggettare a controllo, contribuisce a chiarire che le "ipotesi" in cui le visite personali possono essere effettuate potranno essere *soltanto* ancorate a parametri *oggettivi* (si pensi alla sistematica sottrazione di materiali da un determinato reparto). Per converso l'individuazione delle ipotesi non potrà mai essere ancorata a presupposti di tipo soggettivo, ad esempio concreti sospetti nei confronti di un determinato lavoratore. E analogamente la selezione automatica preclude ogni controllo di tipo "preventivo" che, inevitabilmente, presenterebbe quei caratteri dell'estensione sistematica a tutti i lavoratori (cd. controlli "a tappeto") tale da svuotare sostanzialmente di significato il requisito dell'indispensabilità.

Se, dunque, nel microsistema dell'art. 6 il requisito dell'indispensabilità pare assumere la fisionomia di una necessità *emergenziale* che gli indicatori normativi agganciano a dati oggettivi, ben diversa appare la tonalità in cui il

¹⁴ Su cui v. DE LUCA TAMAJO, *Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza*, in questo numero della rivista.

¹⁵ Del resto il requisito dell'indispensabilità è stato valutato in relazione all'intrinseca qualità delle cose da tutelare (v. Cass. 19 novembre 1984 n. 5902) ed un rilievo non secondario si ritiene assuma l'agevole asportabilità del prodotto (v. VENEZIANI, Sub *art. 6*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, p. 57; Isp. lav. Bergamo 17 ottobre 1971, in OGL, 1972, p. 30; Isp. lav. Milano 4 maggio 1971, *ibid.* 1972, p. 31).

principio di proporzionalità viene declinato con riguardo alle “esigenze organizzative, produttive ovvero di sicurezza del lavoro” richieste per il controllo a distanza tramite l’installazione di impianti audiovisivi (art. 4, co. 2).

Tale formula legislativa sembra orientare il controllo dell’esercizio delle prerogative datoriali esclusivamente sul profilo tecnico-organizzativo ovvero sul ruolo essenziale ed imprescindibile dell’apparecchiatura o del meccanismo di controllo (preterintenzionale) ai fini del funzionamento del sistema produttivo, ruolo attestato e suggellato dalla procedura autorizzatoria di natura sindacale o amministrativa prescritta dalla legge (si pensi, ad esempio, all’installazione di telecamere per monitorare alcune fasi di lavorazione particolarmente delicate ovvero per rilevare anomalie o manutenzioni)¹⁶. Eppure una sostanziale alterazione delle sembianze di tale interesse organizzativo e produttivo deriva dalla costruzione giurisprudenziale che fa rientrare nel perimetro della disposizione statutaria, i controlli “difensivi”¹⁷. La giurisprudenza del lavoro degli ultimi anni, infatti, riconosce sempre più spesso la legittimità, seppure nei limiti e con le procedure dell’art. 4 co. 2, dei controlli diretti all’accertamento e alla repressione di condotte illegittime del lavoratore siano esse di rilievo penale o di carattere civile (di tipo extracontrattuale, ma anche contrattuale)¹⁸.

Sullo sfondo di tale processo interpretativo è agevole scorgere una dilatazione delle maglie del canone di proporzionalità: l’interesse organizzativo e produttivo contemplato nell’art. 4 co. 2 viene slabbrato fino a farvi

¹⁶ Come noto, infatti, l’installazione di un impianto di controllo è condizionata all’accordo sindacale ovvero al provvedimento autorizzatorio della Direzione provinciale del lavoro.

¹⁷ In tema v. da ultimo SALIMBENI, *Il controllo a distanza sull’attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell’art. 4 sugli impianti audiovisivi*, in questa rivista, 2010, p. 585 ss.; TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Cedam, 2010; EAD., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in RIDL, 2009, I, p. 323 ss.

¹⁸ In questo senso TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in RIDL, 2011, II, p. 86 ss. spec. p. 90 ove si osserva che il controllo difensivo viene indirizzato anche verso illeciti contrattuali di carattere disciplinare, quando sia ravvisabile una stretta connessione tra l’adempimento lavorativo e l’eventuale condotta illecita del lavoratore. Sulla nozione giurisprudenziale di controllo difensivo v. DE LUCA TAMAJO, *I controlli sui lavoratori*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell’impresa*, Cedam, 2002, p. 29 ss.; TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 327 e 330-331; ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione*, cit., p. 162 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375, in RIDL, 2010, II, p. 564, con nota di GALARDI e in RGL, 2010, II, p. 462, con nota di BELLAVISTA; Cass. 17 luglio 2007 n. 15892 in RIDL, 2008, II, p. 714, con nota di VALLAURI.

rientrare l'interesse creditorio alla prestazione ovvero, come rilevato dalla dottrina, si fa coincidere l'interesse organizzativo e produttivo con l'interesse creditorio alla sorveglianza sull'attività lavorativa¹⁹. Il che si traduce in uno spostamento dell'asse del bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco a tutto vantaggio di quello datoriale al controllo, che viene legittimato quand'anche sfoci in un monitoraggio sulla diligenza e sul corretto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro.

Può ben dirsi, in definitiva, che oggi le forme di controllo datoriale tramite impianti audiovisivi non passano necessariamente attraverso il filtro della legge del '70, prospettandosi una serie di varianti: ai controlli diretti sull'attività che confluiscono nel divieto di cui al co. 1 dell'art. 4, si affiancano quelli difensivi in senso stretto, ossia i controlli volti a preservare l'integrità del patrimonio aziendale che fuoriescono dallo specchio precettivo della disposizione statutaria e i controlli difensivi in senso lato, vale a dire tesi ad "accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso" che rientrano nella previsione del divieto "flessibile" di cui al co. 2 dell'art. 4²⁰.

Analogamente una revisione del dosaggio degli interessi in gioco alla luce del principio di ragionevolezza traspare dall'orientamento giurisprudenziale che, al cospetto di esigenze di conservazione del patrimonio aziendale, ricorre all'*escamotage* di disattivare le disposizioni statutarie collocando il controllo datoriale fuori dall'orbita delle norme del titolo I dello Statuto²¹. Così ad esempio la Cassazione ha "bypassato" i limiti fissati nell'art. 2 St. lav. riconoscendo la legittimità delle indagini realizzate da un'agenzia investigativa in quanto dirette non già a controllare l'attività lavorativa vera e propria, bensì i comportamenti del dipendente che sfocino in illeciti, ovvero che diano adito a sospetti che illeciti siano in corso di esecuzione²².

¹⁹ Così TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 331; SALIMBENI, *op. cit.*, p. 593-594.

²⁰ Cfr. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi*, cit., p. 86 ss. spec. p. 90; VALLAURI, *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in RIDL, 2008, II, p. 718 ss., spec. p. 725.

²¹ Sul punto v. DE LUCA TAMAJO, *Introduzione*, in TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione*, cit., p. 5 e 7 che sottolinea come dall'interpretazione giurisprudenziale traspare una lettura della disposizione statutaria nel senso di disciplinare le facoltà riconosciute alle guardie giurate e non già di selezionare i soggetti abilitati al controllo; ID., *I controlli sui lavoratori*, cit., p. 30.

²² In tal senso v. da ultimo Cass. 8 giugno 2011 n. 12489; Cass. 14 febbraio 2011 n. 3590;

3. I limiti al potere di controllo nella disciplina a tutela della privacy: quale proporzionalità?

Non sempre sintonica con l'interpretazione giurisprudenziale appare la declinazione del principio di proporzionalità operata dal Garante della *privacy*. Se, come anticipato, la normativa sulla protezione dei dati personali ha integrato con i principi di necessità, correttezza, pertinenza e non eccedenza (artt. 3 e 11) la disciplina statutaria, pure espressamente richiamata (artt. 113 e 114, nonché 171 e 179), grande interesse stanno suscitando alcuni recenti interventi del Garante in tema di controlli a distanza che propongono un'innovativa applicazione di tali principi aggiuntivi e del cd. bilanciamento di interessi (art. 24, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 196/2003)²³.

Il riferimento è, *in primis*, alle notissime Linee guida per l'utilizzo di *internet* e della posta elettronica nel rapporto di lavoro deliberate nel marzo 2007, ma non si può fare a meno di segnalare anche il provvedimento in materia di videosorveglianza dell'aprile 2010 e quello sui sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro dell'ottobre 2011²⁴. Senza addentrarsi in questa sede in un'analisi dettagliata, va rilevata la tendenza di tali interventi a ridisegnare la proporzione tra ragioni aziendali e tutela della sfera privata.

In particolare le regole del Garante in materia di *internet* e posta elettronica, nel sancire il divieto di lettura e registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica, nonché la riproduzione e memorizzazione sistematica delle pagine *web* visualizzate dal lavoratore, introducono, secondo taluno, un inedito limite ai poteri organizzativo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro, che comporterebbe un vero e proprio superamento delle regole giuslavoristiche²⁵. A ben vedere le Linee guida non sembrano trascurare del tutto le esigenze aziendali: al generale riconoscimento del

Cass. 18 novembre 2010 n. 23303. Sull'orientamento estensivo formatosi in ordine all'ammissibilità dei cd. controlli umani, v. ZOLI, *Il controllo a distanza*, cit., p. 165-166.

²³ Sull'inversione della tendenza alla separazione fra diritto del lavoro e sistema civilistico apportata dalla legge del 1996 e poi dal d.lgs. 196/2003, v. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *ADL*, 2007, p. 1211, spec. p. 1219.

²⁴ Delibera del Garante, 1° marzo 2007 n. 13, in *GU*, 10 marzo 2007, n. 58; Provvedimento in materia di videosorveglianza, 8 aprile 2010, in *GU*, 29 aprile 2010, n. 99, doc. *web* n. 1712680; Provvedimento gen., 4 ottobre 2011, doc. *web* n. 1850581.

²⁵ Cfr. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *DI*, 2007, p. 497 ss., spec. p. 506 e 509.

principio secondo cui il controllo datoriale sull'“effettivo adempimento della prestazione lavorativa e, se necessario, sul corretto utilizzo degli strumenti di lavoro” persegue finalità legittime, si affianca, infatti, la connotazione di liceità dei trattamenti aziendali “in relazione all'introduzione o alla modifica di sistemi automatizzati per la raccolta e l'utilizzazione dei dati, nonché in caso di introduzione o di modificazione di procedimenti tecnici destinati a controllare i movimenti o la produttività dei lavoratori”²⁶.

Al contempo non può sottacersi che il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi tracciato nel provvedimento impone all'imprenditore di destreggiarsi tra i vincoli generali e quelli settoriali²⁷. Se è vero, infatti, che il Garante interviene a ribadire il divieto di controllo diretto sull'attività dei lavoratori, già esplicitato nell'art. 4 co. 1, sicuramente lo fa in maniera più incisiva e penetrante vuoi perché ricomprende espressamente nelle apparecchiature vietate le “strumentazioni *hardware* e *software* mirate al controllo dell'utente di un sistema di comunicazione elettronica”, vuoi perché potenzia la regola statutaria qualificando in termini di illiceità il trattamento dei dati che ne consegue, “a prescindere dall'illiceità dell'installazione” e “anche quando i singoli lavoratori ne siano consapevoli”²⁸. Il che assume un significato di particolare rilievo se si considera che di regola il fulcro dell'intervento del Garante si rinviene negli obblighi strumentali e, segnatamente, nella preventiva informazione del soggetto passivo, nella trasparenza circa le modalità di effettuazione dei controlli e nel consenso del singolo lavoratore²⁹. Dal canto suo, proprio la centralità della prevenzione, precipitato del principio di necessità, ha avallato il ridimensionamento dell'area di operatività dei controlli difensivi che si rivelano illegittimi “quando si dimostri che erano esperibili misure di prevenzione degli abusi o modalità meno intrusive, senza incidere – in modo eccedente e non pertinente – sulla sfera riservata dei lavoratori”³⁰.

²⁶ In questo senso TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 334. Cfr. punti 4 e 5.1 delle linee guida del 2007, cit.

²⁷ Cfr. GRAGNOLI, *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'Autorità garante*, in TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione*, cit., p. 69.

²⁸ V. punto 4 delle linee guida. Sottolinea che viene ribadito il divieto di controllo diretto SALIMBENI, *op. cit.*, p. 597. Nel senso che si conferma l'interpretazione estensiva del divieto TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 334.

²⁹ Sulla centralità degli obblighi strumentali v. GRAGNOLI, *L'uso della posta*, cit., p. 60-61.

³⁰ Così TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 337 che richiama il provvedimento dell'Autorità garante del 2 aprile 2009. Sulla distanza tra le direttive del Garante e gli orien-

Non molto diversa appare l'impostazione adottata nel provvedimento in materia di videosorveglianza ove, pur facendo salvi i controlli preterintenzionali, viene reiterato il divieto di controlli diretti ed espressamente vietato di effettuare "riprese al fine di verificare l'osservanza dei doveri di diligenza stabiliti per il rispetto dell'orario di lavoro e la correttezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa (ad es. orientando la telecamera sul badge)".

Più recentemente, con riguardo ai sistemi di localizzazione dei veicoli, il Garante è intervenuto a dettare una "regolazione" di dettaglio di tale forma di controllo a distanza realizzando un contemperamento degli interessi in gioco improntato ancora una volta al cumulo dei limiti ai poteri imprenditoriali. Così si ammette, in applicazione del cd. bilanciamento di interessi, il trattamento dei dati acquisiti riconoscendo che tale forma di controllo possa soddisfare esigenze organizzative e produttive (consentendo ad esempio di impartire tempestive istruzioni al conducente o di assicurare una più efficiente gestione e manutenzione del parco veicoli o, ancora, di commisurare i costi da imputare alla clientela)³¹. Parallelamente, oltre all'esplicita salvezza delle garanzie contemplate dall'art. 4, co. 2, si impone a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei dipendenti da un lato che, in ossequio al principio di necessità, la posizione del veicolo non sia monitorata continuativamente, dall'altro che, in virtù dei criteri di pertinenza e non eccedenza, i tempi di conservazione dei dati siano limitati e commisurati alle finalità perseguite³².

Più in linea con l'interpretazione giurisprudenziale appare, invece, la conformazione del principio di proporzionalità prospettata dal Garante con riguardo al ricorso alle agenzie investigative. Avallando l'impostazione estensiva elaborata dai giudici del lavoro, l'Autorità di garanzia ha, infatti, ritenuto legittimo e corretto il trattamento dei dati personali di un lavoratore acquisiti dal datore tramite investigatori, valutando altresì il trattamento disposto pertinente e non eccedente rispetto alle finalità per cui i dati erano stati raccolti ed utilizzati³³.

tamenti giurisprudenziali v. SANTONI, *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 48-49.

³¹ Punto 2 del provvedimento gen., 4 ottobre 2011, cit.

³² Punto 3 del provvedimento gen., 4 ottobre 2011, cit.

³³ Provvedimento del 5 ottobre 2006, doc. web n. 1357375. Per un commento v. FALERI, *Sulla tutela della riservatezza del lavoratore nelle indagini preliminari al procedimento disciplinare: un intervento del Garante per la protezione dei dati personali*, in RIDL, 2007, II, p. 374 ss.

4. La proporzionalità nella dimensione collettiva

Chiarita l'attitudine polifonica del principio di proporzionalità, è opportuno ora svolgere un rapidissimo accenno al grado di interazione che si è realizzato tra i soggetti coinvolti nell'operazione di contemperamento degli interessi in gioco.

A tal proposito va innanzitutto ricordato che la disciplina in materia di protezione dei dati personali non riserva uno specifico spazio al sindacato³⁴. Per converso le organizzazioni sindacali ricoprono, come noto, un ruolo centrale nella dinamica dell'art. 4 St. lav. che prevede un loro significativo coinvolgimento, tant'è che la legittimità dei controlli preterintenzionali viene ancorata al rispetto della procedura codeterminativa ivi disciplinata. In tal modo il legislatore affida all'accordo sindacale l'individuazione delle ragionevoli esigenze aziendali che giustificano il controllo, nonché la determinazione delle modalità di effettuazione dello stesso, così rimettendo al sindacato la valutazione di ragionevolezza e proporzionalità dello spazio di intrusione datoriale³⁵.

Nondimeno le organizzazioni sindacali, come da più parti denunciato, hanno sovente trascurato il tema della tutela della *privacy* sul luogo di lavoro disinteressandosene o, al più, assumendo una strategia di retroguardia³⁶. Eppure quest'atteggiamento di noncuranza viene compensato dagli interventi giudiziali e dai provvedimenti del Garante che, in più occasioni, non ha esitato a bloccare il trattamento dei dati personali in quanto effettuato tramite sistemi di controllo installati in violazione della procedura autorizzatoria prescritta dall'art. 4, co. 2, St. lav.³⁷.

Dunque, in materia di controlli a distanza il saldo appare senz'altro positivo, nel senso che l'interazione tra i soggetti deputati alla declinazione

³⁴ Cfr. da ultimo LATTANZI, *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, in RIDL, 2011, p. 151 ss., spec. p. 157, nota 25.

³⁵ V. BELLAVISTA, *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 St. lav.*, in RGL, 2008, p. 363 ss., spec. p. 366 ove si sottolinea che solo la procedura co-determinativa del comma 2 dell'art. 4 St. lav. sarebbe in grado di assicurare che il controllo sia ragionevole e proporzionato alla pur legittima finalità perseguita.

³⁶ Cfr. BELLAVISTA, *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?*, in TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., p. 177; GRAGNOLI, *L'uso della posta*, cit., p. 59.

³⁷ In questo senso Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375, cit. Sul versante della *privacy*, v. Provvedimento del Garante 10 giugno 2010, doc. web n. 1736167 *No alla webcam in negozio senza tutele per i lavoratori*; Provvedimento del Garante 7 ottobre 2010, doc. web n. 1763071 *Bloccata la localizzazione dei dipendenti di un'azienda*.

del principio di proporzionalità ha innescato un circolo virtuoso che contribuisce, sia pure con talune contraddizioni e ambiguità, alla vivacità e vitalità delle operazioni di bilanciamento degli interessi in gioco.

Più complessa e delicata appare la valutazione qualora l'attenzione si sposti sui cd. controlli "in uscita". Anche qui, come anticipato, il legislatore ha affidato alla decisione collettiva il compito di completare e concretizzare il precetto legislativo individuando le ipotesi in cui i controlli risultino indispensabili per la tutela del patrimonio aziendale. Anche qui, dunque, le organizzazioni sindacali sono chiamate a valutare la necessità e proporzionalità dell'esercizio del potere datoriale. Ciò nonostante le previsioni contrattuali non risultano significative né dal punto di vista quantitativo né da quello qualitativo, registrandosi un sostanziale arretramento del sindacato³⁸.

In definitiva, tale scenario, combinato con l'assenza di una norma di chiusura applicabile in mancanza di una soluzione concordata, comporta che la potenziale declinazione polifonica del principio di proporzionalità rimane inespressa o, meglio, affidata alla sola voce del giudice, eventualmente adito dal singolo lavoratore³⁹.

Abstract

Il contributo esamina le differenti formule legislative utilizzate in occasione della regolazione del potere datoriale di controllo, concentrandosi innanzitutto sulla declinazione della proporzionalità nello Statuto dei lavoratori ed in particolare nella disciplina delle visite di controllo "in uscita" e dei controlli a distanza. L'indagine si sposta, quindi, sulla conformazione del principio di proporzionalità operata dal Garante della *privacy*, ove emerge una tendenza a ridisegnare il rapporto tra esigenze aziendali e tutela della sfera privata. Infine, l'A. traccia un bilancio del grado di interazione che si è realizzato tra i soggetti coinvolti nella modulazione del principio di proporzionalità, sottolineando il modesto contributo offerto dai soggetti collettivi.

The article gives an overview of the different legal rules to govern the employer's control power. The author evaluates the use of the proportionality criteria in Statuto dei lavoratori (Law n. 300 of 1970) and also in the documents elaborated by Privacy Authority in which we can find a new way to consider the balance between employer's interests and the protection of workers and their human dignity. Finally, the author develops a reflection on the relationship between the several actors involved in the application of proportionality criteria and she observes the modest role of collective actors.

³⁸ Cfr. TEBANO, *op. cit.*, p. 619-620.

³⁹ FERRANTE, *op. cit.*, p. 89-90.

Fiorenzo Liguori

Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*

SOMMARIO: **1.** Autorità, libertà. **2.** I vetrai di Napoli e l'interpretazione evolutiva della norma. **3.** La legittimazione all'iniziativa. Pericolosità sociale e atto permissivo necessario. **4.** La riduzione degli interessi e l'erosione della discrezionalità. **5.** Il decreto attuativo della direttiva servizi e la cd. manovra di ferragosto. **6.** Diritti soggettivi, potere amministrativo e tutela del terzo. **7.** Attività liberalizzate "a Costituzione invariata".

1. *Autorità, libertà*

Le coordinate per regolare la dialettica autorità-libertà in campo economico sono dettate dall'art. 41 della Costituzione¹, in una disposizione

* Il testo pubblicato è frutto della rielaborazione della conversazione tenuta il 30 settembre 2011 presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, in occasione dell'incontro interdisciplinare sul tema "Costituzione economica, lavoro, mercato". Non è stato possibile dare conto delle misure di liberalizzazione del Governo Monti, essendo il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 intervenuto quando il presente lavoro era già in bozze ed essendo ancora aperta ed incerta la discussione parlamentare finalizzata alla conversione in legge.

¹ In tema, oltre alle opere che saranno citate nel prosieguo della trattazione, si segnalano qui quanto meno: AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di DELLA CANANEA e NAPOLITANO, il Mulino, 1998; AMORTH, *Sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *DE*, 1958, p. 1123 e ss.; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *ED*, XXI, Giuffrè, 1971, p. 582; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, IV ed., Laterza, 2011; CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *RTDP*, 1998, p. 629 e ss.; DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, 2003; ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *GCost.*, 1962, p. 40 e ss.; GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *RDCom*, 1959, p. 322 e ss.; ID., *Economia (disciplina della)*, in *ED*, XIV, Giuffrè, 1965, p. 276 e ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, 1995, spec. p. 20 e ss.; GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, 1962, p. 143 e ss.; ID., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Economia e diritto del terziario*, 1992, p. 7 e ss.; LIGUORI, *Attività liberaliz-*

della quale il quarto governo Berlusconi ha tentato una riscrittura, che avrebbe dovuto avere, secondo i promotori, un ruolo rilevante per rendere più competitivo il sistema produttivo e combattere la crisi economica².

La proposta consiste in una rivisitazione in senso dichiaratamente liberista della norma, che ruota intorno a due idee-base: si può fare tutto ciò che non è vietato; per farlo, la regola non deve essere quella del permesso preventivo bensì quella del controllo successivo da parte dell'autorità.

L'art. 41 nel testo originario e vigente ruota invece intorno a tre cardini: il riconoscimento della libertà di iniziativa economica; la previsione di un limite negativo, quanto alle sue modalità di svolgimento, avendo riguardo all'utilità sociale nonché alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; la previsione di un limite positivo per quanto attiene alle sue finalità, potendo la legge indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività imprenditoriale (pubblica e privata)³.

zate e compiti dell'amministrazione, II ed., Editoriale scientifica, 2000; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *EGT*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*; MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Giuffrè, 1968; PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *AA.VV.*, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, Cedam, 1997; SPAGNUOLO VIGORITA V., *A proposito di una "Introduzione al diritto amministrativo dell'economia"*, in *RADP*, 1956, III, p. 3, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, p. 319 e ss.; ID., *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *DP*, 1962, p. 348, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II, p. 449 e ss.; ID., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, 1959, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I; ID., *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II; SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Giappichelli, 2006; ID., *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Editoriale scientifica, 2007, p. 1465; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, 2007; VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata: profili generali*, Giuffrè, 1974.

² Il ddl di riforma dell'art. 41 Cost., approvato dal Consiglio dei Ministri in data 9 febbraio 2011, può essere letto sul sito istituzionale del Governo: www.gov.it.

³ La dottrina aveva inizialmente praticato una lettura *disgiunta* del primo e del terzo comma dell'art. 41 Cost., ritenendo che altro fosse l'iniziativa (afferente al momento iniziale dell'intrapresa economica), oggetto di una libertà costituzionalmente presidiata, altro l'attività (afferente al successivo svolgimento dell'attività di impresa), e sottoponibile dalle legge a programmi e controlli onde canalizzarla verso la realizzazione di fini sociali. In questo senso vedi: ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *RDA*, 1949, p. 157 e ss., spec. 184, e MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Roma, 1956, p. 157. La giurisprudenza costituzionale, nondimeno, fin dalle prime occasioni in cui ha avuto modo di pronunciarsi su questioni di costituzionalità in cui fosse dedotto come parametro di giudizio l'art. 41 Cost., evidenziò la necessità di una lettura *congiunta* dei vari commi di cui la norma costituzionale si componeva. In questo senso si veda ad esempio Corte cost., 25 gennaio 1957 n. 29, in *GCost*, 1957, p. 504.

La proposta del Governo di centro destra della XVI Legislatura – le cui *chances* di approvazione, ove mai ve ne siano state anche nel passato⁴, sembrano quasi svanite in seguito ai recenti eventi politici – non contempla più il limite positivo: del resto il terzo comma è la disposizione più “datata” della Carta, che evoca idee di pianificazione economica quanto meno irrealistiche, ed infatti se ne è sostenuta l’implicita abrogazione ad opera della legislazione europea di principio⁵.

Anche in dottrina non mancarono letture unitarie della norma in parola: la lettura disgiunta – si riteneva – contrasta con la lettera e lo spirito dell’art. 41. Sotto il primo aspetto, poiché l’uso dell’espressione “attività economiche” in seno al terzo comma dell’art. 41 Cost. si spiega in relazione all’intendimento del Costituente di dettare la disciplina (non solo dell’attività d’impresa da parte dei privati, ma anche) dell’azione economica dei pubblici poteri; sotto il secondo aspetto, “perché l’art. 41 parla di iniziativa privata in tono di polemica o dialettica contrapposizione alla gestione pubblica o diretta dall’alto dell’economia, rispetto alla quale vuol tutelare appunto – con la relativa affermazione di libertà – i valori dell’impulso conferito dall’interesse privato alla produzione”, con la conseguenza che “non può intendersi pertanto, per una ingannevole assonanza di radici verbali, come allusiva alla mera fase iniziale delle singole intraprese in cui si snoda tale processo produttivo”. In questo senso vedi SPAGNUOLO VIGORITA V., *L’iniziativa economica privata*, cit., spec. p. 219. Di particolare interesse la lettura offerta da SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, 1969, spec. p. 40 e ss., il quale, chiarito preliminarmente che il parlare dell’attività economica privata come libera nei mezzi ma vincolata nel fine si risolve in un *artificio logico*, ritiene che l’intenzione del Costituente sia stata quella di riconoscere la libertà di iniziativa economica *a metà*, “lasciando aperta al legislatore la porta della pianificazione di attività economiche pubbliche e private”.

⁴ La dottrina costituzionalista ha infatti in modo pressoché unanime denunciato la natura di “norma slogan” della futuribile versione dell’art. 41 Cost.: cfr., oltre a DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell’articolo 41 della Costituzione*, in *www.amministrazioneincammino.it*; GIOVAGNOLI, A., *Art. 41 e libertà di impresa*, in *La Repubblica* 19 giugno 2010; RODOTÀ, *Chi svuota la Costituzione*, in *La Repubblica* 21 giugno 2010; AINIS, *L’impresa e l’alibi dell’art. 41*, in *La Stampa* 8 giugno 2010; RESCIGNO P., *Se il centrodestra gioca con la Costituzione*, in *La Repubblica* 18 febbraio 2011. In senso complessivamente favorevole alla riforma, cfr. invece PERNA, *L’Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica*, in *www.astrid-online.it*.

⁵ In questo senso vedi quanto rilevato da CORSO, *Attività economica privata*, cit., p. 629, con segnato riguardo al sistema delle partecipazioni pubbliche, un tempo “*orgoglio del sistema italiano* [...] è oggi tendenzialmente squalificato sul piano della legittimità, come forma surrettizia di aiuto di Stato”; nonché da CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *RTDP*, 2003, p. 91, che parla di “ibernazione” del comma 3 e contemporaneo “risveglio” del comma 1 dell’art. 41 Cost. In termini diversi vedi SPATTINI, *Poteri pubblici*, cit., spec. p. 102 e ss., il quale richiamando le norme della “Costituzione economica comunitaria”, e rilevata, sulla base di questa, la permeabilità della Comunità ai fini sociali – il diritto comunitario non si risolve cioè nella tutela potremmo dire incondizionata della concorrenza – conclude nel senso che “non solo il ‘principio fondamentale’ della libertà di

Il testo ribadisce invece i limiti negativi, esprimendo però una chiara opzione per la loro riduzione allo stretto necessario – il che costituisce un *leit motiv* anche della più recente normativa in tema di attività economiche, di cui si dirà – e per il modello del controllo successivo da parte dell'autorità pubblica.

Se tuttavia si considera, quanto a quest'ultimo aspetto, che alla progressiva estensione dell'ambito applicativo di modelli autoconformativi si è finora provveduto a Costituzione invariata e, quanto al primo, che l'affidare al legislatore il ruolo di decisore di ciò che è vietato (e, di converso, di tutto ciò che non essendo vietato è consentito) potrebbe vanificare la stessa tutela costituzionale dell'iniziativa economica⁶, la prospettata riforma costituzionale potrebbe dunque essere perfino dannosa, ma è di certo inutile per cogliere gli obiettivi indicati.

Anche una lettura dichiaratamente liberista (quale quella che sta alla base della futuribile versione dell'art. 41) non può, d'altro canto, prescindere dalla dialettica della libertà con l'autorità: la questione sta nel dosaggio di questi due fattori, e quindi, per un verso, nella delimitazione degli interessi pubblici realmente opponibili all'attività privata, e, per altro verso, nella scelta tra le diverse possibili tecniche in virtù delle quali deve esprimersi il controllo di conformità tra l'attività e tali interessi.

*iniziativa economica dell'aline a art. 41 Cost. è in piena sintonia con la Costituzione europea quale risulta dai Trattati vigenti, ma che anche il II e III comma, che nei confronti del primo sono sostanzialmente ancillari [...], non contrastano radicalmente con essa. Dunque, non nella loro, e specialmente nel terzo di essi, più o meno tacita abrogazione si dovrebbe parlare, bensì di una forse più plausibile interpretazione 'adeguatrice' alla luce di un ripristino del corretto rapporto tra Stato e mercato nell'ambito di una comune economia sociale di mercato". Vedi inoltre MERUSI, La nuova disciplina dei servizi pubblici, in *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, il Mulino, 2002, il quale rileva che "il paradosso è soltanto apparente: la programmazione e gli atti di indirizzo similari contenevano norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica, la regolazione stabilisce soltanto le regole processuali perché tutti i cittadini possa esercitare ad armi pari la stessa libertà consistente nella possibilità di concorrere in un mercato 'rilevante' cioè in un luogo giuridico nel quale si possa formare un litisconsorzio tra tutti gli interessati al contraddittorio". Di recente vedi anche MERUSI, La disciplina pubblica delle attività economiche, intervento al Convegno *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 6 dicembre 2011, ancora inedito, il quale rileva che "l'art. 41 della Costituzione risulta così abrogato per incompatibilità con la normativa comunitaria, a meno che non si voglia sostenere che 'programmi e controlli' sono costituzionalmente legittimi solo se servono a tutelare l'iniziativa imprenditoriale privata che si realizza, in quanto libertà economica in un mercato concorrenziale".*

⁶ DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it.

Il rapporto tra autorità e libertà in campo economico è considerato emblematico dell'intreccio tra queste due entità. Come scriveva Giannini – cogliendo plasticamente il problema della coesistenza tra regole e libertà dal punto di vista del cittadino che intenda intraprendere un'attività – *“l’impiantare uno stabilimento industriale, lo svolgere ‘libere’ professioni, l’aprire un esercizio di commercio, perfino lo svolgere una attività di venditore ambulante, costituiscono indubbiamente manifestazioni della libertà [...]”. Pur tuttavia chi voglia svolgere queste attività deve assoggettarsi ad un numero tutt’altro che trascurabile di interventi delle pubbliche autorità, quali autorizzazioni, iscrizioni, licenze, permessi, ispezioni, accessi coattivi, ordini di esibizione, imposizione di tributi, e così via, e deve vincolarsi a norme – talvolta assai minuziose – concernenti le modalità di manifestazione delle attività medesime*⁷.

Anche le libertà, dunque, hanno bisogno di regole poste dall'autorità nell'interesse generale e “diritti fondamentali e guarentigie di libertà” – per dirla ancora con Giannini – *“non sono mezzi di tutela della libertà che formino una barriera rigida, sono mezzi di tutela che salvaguardano estrinsecazioni circoscritte della libertà medesima (e non è senza significato che nella dialettica autorità-libertà, sia solo quest’ultima ad aver bisogno di tutela, non l'altra)”*⁸.

In effetti, al di là delle contrapposizioni retoriche tra ordine giuridico e ordine naturale (del mercato)⁹, anche le stesse teorie liberali non sono teorie dell'estinzione dello Stato, bensì teorie del governo limitato, e lo stato di natura è solo lo strumento per affermare il dover essere di tale modello.

Il punto è invece quello di stabilire la qualità e l'estensione della presenza di pubblici poteri; e non basta ritenere necessario l'intervento pubblico per giustificare ogni tipo di condizionamento dell'economia, dal codice civile agli strumenti di indirizzo del mercato¹⁰.

L'estensione è variabile e anche i meccanismi possono essere diversi: tra questi ci sono anzitutto, come rilevava Giannini, la riserva di legge e la garanzia dell'atto amministrativo formale.

Con la prima si affida unicamente al Parlamento il potere di limitare, con leggi generali, la libertà (prevedendo, ad esempio, che l'esercizio di

⁷ GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. 1, Giuffrè, 1950, p. 70 e ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ In questi termini, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2003, spec. p. 39, il quale in particolare rileva che *“l'economia di mercato, al pari di altri regimi di produzione e scambio, è costituita dal diritto; non è in rerum natura, ma edificata per volontà degli uomini e decisione politica”*.

¹⁰ MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, 2000, p. 164.

un'attività imprenditoriale è sottoposta ad autorizzazione); con la seconda, si impone al potere amministrativo, creato dalla legge, un percorso obbligato per esprimersi (ad esempio, sulla richiesta di autorizzazione), e che prevede la partecipazione degli interessati, la motivazione della decisione, la sua impugnabilità davanti all'autorità giudiziaria.

Questo tipo di garanzia, per una serie di motivi legati essenzialmente all'inefficienza delle pubbliche amministrazioni, si tende negli ultimi tempi a superare con moduli autoconformativi a controllo successivo.

Ma anche la generalizzazione della regola del controllo successivo, tipica della d.i.a./s.c.i.a., e che si vorrebbe costituzionalizzare, non cancella di per sé i regimi amministrativi cui le attività sono sottoposte a tutela dell'interesse generale.

Nei modelli autoconformativi, del tipo di quello previsto dall'art. 19 della l. 241 del 1990, il momento del potere (e quindi dell'autorità) non è, come meglio si dirà, del tutto estromesso dalla fattispecie: l'autoritatività da preventiva e necessaria infatti riemerge sotto forma di controllo successivo ed eventuale inibizione dell'attività non conforme alla legge.

A fatica e non senza qualche contraddizione¹¹ il legislatore si è da ultimo orientato nel senso che la d.i.a./s.c.i.a. non costituisce un provvedimento tacito impugnabile [cfr. art. 6, comma 1, lett. c) del d.l. 138 del 2011, conv. in l. 148 del 2011].

Ma gli argomenti per distinguere il modello autoconformativo dal silenzio-assenso – al di là degli accostamenti impropriamente praticati dalla giurisprudenza al fine di assicurare una tutela del terzo esattamente identica a prescindere dal titolo (d.i.a. o provvedimento abilitativo) sulla base del quale l'attività in questione fosse stata intrapresa – erano già evidenti: anzitutto, il rilievo che gli istituti sono disciplinati, a livello generale, in due norme diverse, i cui ambiti applicativi, peraltro, sono delineati dal legislatore in termini di non sovrapposizione, come si desume dall'*incipit* dell'art. 20, trovando la s.c.i.a., a differenza del silenzio assenso, possibilità applicative solo con riguardo a procedimenti privi di discrezionalità; in secondo luogo, la considerazione che l'istanza in caso di procedimenti passibili di si-

¹¹ Si pensi all'introduzione del silenzio assenso in materia di istanza volta all'ottenimento del permesso di costruire [art. 5, comma 2, lett. a), n. 3 del d.l. 70 del 2011, conv. in l. 106 del 2011] ed alla previsione, in funzione di contrappeso alla misura semplificatoria, di precise responsabilità (anche di ordine penale, attraverso l'introduzione di una specifica fattispecie di reato, del tutto assimilabile a quella oggi prevista e punita dall'art. 19 della l. 241).

lenzio assenso viene presentata affinché su di essa si pronunci l'amministrazione, che assume su di sé la responsabilità della relativa decisione, e non affinché su di essa si formi un titolo abilitativo tacito¹²: e quindi che, in definitiva, il silenzio assenso si colloca pur sempre in un ambito procedimental-provvedimentale, laddove la d.i.a. è diretta a surrogare questa fase con un atto di autoconformazione.

Nel caso del silenzio assenso non ci può essere una *ontologica equivalenza*, sotto il profilo della buona amministrazione, tra decisione espressa e decisione tacita giacché la valutazione rimessa all'amministrazione non integra – come accade nel caso della d.i.a./s.c.i.a. – una ripetizione di scelte già fatte altrove¹³.

Diverso è quindi anche il modo in cui il rapporto tra autorità e libertà si esprime nell'uno e nell'altro modello. Nei procedimenti assentibili *per silentium* l'istanza del privato dovrebbe fisiologicamente saldarsi ad un provvedimento a carattere discrezionale che, se non interviene espressamente (evento disfunzionale), si considera (per rimediare alle disfunzioni) comunque tacitamente rilasciato: è una *finzione di autorità*, ma è essa ad integrare il titolo legitimante, non l'istanza; nel modello della s.c.i.a., invece, è la segnalazione del privato a carattere autoconformativo a produrre l'effetto abilitante, facendo le veci di una manifestazione provvedimentoale considerata in sé superflua perché risultano già svolte nella legge o nell'atto amministrativo generale le infungibili valutazioni sugli interessi in gioco, mentre

¹² Come sembra ritenere, ad esempio, LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva "servizi"*, Jovene, 2008, spec. p. 46.

¹³ Vedi al riguardo C. Cost. 1° ottobre 2003 n. 303, in *GCost*, 2003, p. 2675 dove si chiarisce che le fattispecie nelle quali, in alternativa alle concessioni e autorizzazioni edilizie, si può procedere, a scelta dell'interessato, alla realizzazione di opere tramite d.i.a. "*integrano il proprium del nuovo principio dell'urbanistica*". Se l'attività assentiva puntuale è di carattere vincolato (al più involgendo delle valutazioni tecnico discrezionali) – come ha di recente ribadito la giurisprudenza: vedi per esempio T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 17 giugno 2008 n. 314, in *FA T.A.R.*, 2008, c. 1649, e più di recente T.A.R. Puglia, Bari, 25 novembre 2011 n. 1807, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che sul presupposto della natura vincolata del procedimento di che trattasi ha ritenuto che il g.a. possa, nell'ambito di una *giurisdizione di spettanza* (quale è quella risultante dalle recenti riforme della normativa processuale e dalle evoluzioni della giurisprudenza), accertare il *diritto al rilascio del provvedimento* (illegittimamente negato) in capo al ricorrente – e l'opera è conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, se ne deve ricavare che l'istituto risponde al principio di non duplicazione delle valutazioni già effettuate (a monte negli atti pianificatori) dall'amministrazione.

l'autorità si manifesta direttamente solo nel caso di carenza delle condizioni legittimanti l'attività.

Il modello della d.i.a./s.c.i.a. fa riferimento a *libertà regolate*¹⁴, con modalità che non fanno residuare ambiti da riempire con valutazioni discrezionali, e avendo di mira interessi negli ultimi tempi più circoscritti (salute, ambiente, sicurezza). Certamente il rapporto tra autorità e libertà resta pur sempre al centro della scena, anche quando la tendenza è ad eliminare l'interposizione di un potere amministrativo autoritativo, come dimostrano, per un verso, la presenza di discipline che regolano l'attività e, per altro verso, la previsione di un potere di controllo e di inibizione.

Sul piano ideologico e normativo prevale nondimeno la convinzione che *“l'autorità può stabilire ciò che è indispensabile stabilire nell'interesse della comunità ma non di più; l'affermazione autoritativa è uno spazio essenziale del vivere in società, ma è pur sempre un sacrificio della libertà, come tale da imporre nei limiti dello stretto necessario”*¹⁵.

Il movimento pendolare dei rapporti tra diritto ed economia non è però unidirezionale né privo di contraddizioni, come dimostra, in un clima che, come detto, invoca ancora privatizzazioni e liberalizzazioni, la vitalità del movimento dei “beni comuni” e la denuncia di un *deficit* di potere pubblico, e di amministrazione in particolare, considerato da molti alla base della crisi economica di questi anni.

2. I vetrai di Napoli e l'interpretazione evolutiva della norma

Il momento dell'autorità può essere ridimensionato ma non può scomparire del tutto. Occorre perciò individuare cosa è veramente “indispensabile stabilire nell'interesse della comunità”, e cioè la tutela di quali interessi generali può giustificare la limitazione della libertà di impresa.

Anzi, per meglio dire, e valorizzando il testo costituzionale, quali interessi possono condizionare le modalità di svolgimento dell'attività, non la libertà di impresa in sé considerata.

¹⁴ DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, 1992, spec. p. 420. Sul modello della d.i.a., fondamentale la ricostruzione di FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, 1996. Anche per una completa bibliografia sul tema, si rinvia a SANDULLI M. A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2010, sub art. 19, commenti di Paolantonio-Giulietti e Liguori

¹⁵ STELLA RICHTER, *Urbanistica e libertà*, in *DA*, 1997, p. 374.

Una decisione, emessa nel 1818 dalla Gran Corte dei Conti del Regno di Napoli, sembra bene testimoniare come le esigenze possono cambiare e il ruolo dell'autorità in campo economico conseguentemente rimodellarsi, senza che sia cambiata la legge¹⁶.

I consoli dell'arte dei vetrai, invocando le antiche capitolazioni della corporazione, avevano chiesto all'intendente della Provincia di Napoli di vietare ai commercianti di cristalli di vendere le *lastre* da applicarsi a balconi e finestre. L'intendente aveva accolto la richiesta, imponendo il divieto, nel presupposto che l'attività fosse effettivamente riservata ai vetrai. Poiché il Consiglio d'intendenza, adito dai *mercantanti di cristalli* aveva rigettato il ricorso, confermando la decisione intendentizia, venne proposta l'impugnativa innanzi alla Gran Corte dei Conti (il massimo giudice amministrativo dell'epoca).

Dietro i commercianti di cristalli e ed i consoli dell'arte del vetro si scorgono due concezioni economiche antitetiche: da una parte vi era l'ideologia del libero mercato, degli scambi commerciali affidati alla capacità dell'operatore economico; dall'altra il regime del privilegio corporativo, proprio degli ordinamenti d'antico regime. La questione, però non era di semplice soluzione, perché l'art. 5 della capitolazione del 1674 invocata dagli artigiani, espressamente riservava ad essi la vendita dei "vetri, *seu lastre* per dette invetriate". E questa norma non era stata formalmente abrogata, nonostante la politica di favore per lo sviluppo dei commerci voluta dal governo napoletano in continuità con le scelte del Decennio francese.

Senonché, pur permanendo invariata la normativa, il giudice amministrativo provvede a circoscrivere gli interessi che possono giustificare una privativa: non il protezionismo, quale mero privilegio di chi già opera nel mercato, ma solo una politica di indirizzo dell'economia, e solo "*quando le arti erano rozze ancora e da pochi conosciute, onde professarle ed universalizzarle per assicurare gli ingegni alla scoperta di nuove arti; di metodi novelli per la preparazione di quelle cha già esistevano. Ma per le arti note e facili ad essere apprese ed esercitate da chiunque ne avesse avuto il pensiero*", è col "*concorso che promuovesi la prosperità dello Stato*".

Un caso antico di interpretazione evolutivo-sistematica – che conduce alla "disapplicazione" della capitolazione – utile per cogliere come le esi-

¹⁶ Il caso è ricordato da ABBAMONTE O., *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, EST, 1997, p. 142 e ss., dal cui commento riprendo più di un'osservazione.

genze possano mutare, perfino a norma invariata, e l'autorità ridimensionarsi, attraverso la delimitazione degli interessi da curare.

Se oggi il giudice usasse lo stesso metro per le farmacie, dovrebbe porsi, come suggerisce Merusi¹⁷, l'elegante questione dell'abrogazione implicita delle previsioni protezionistiche che limitano il numero degli esercizi farmaceutici attraverso una rigida programmazione territoriale, giustificata, all'epoca della loro introduzione, dall'esigenza di assicurare la produzione dei farmaci (un tempo affidata ai farmacisti) in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale¹⁸.

Oggi questa esigenza non c'è più, perché i farmaci sono prodotti dalle multinazionali, e vengono capillarmente distribuiti; così come, una volta divenuta diffusa la fabbricazione delle "lastre", non v'era più motivo di mantenere la privativa del commercio a favore dei vetrai del Regno di Napoli.

3. *La legittimazione all'iniziativa. Pericolosità sociale e atto permissivo necessario*

Anche una volta superata, almeno sul piano degli enunciati, la logica dei privilegi corporativi, in ordinamenti come il nostro, ben prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, la regola tradizionalmente seguita, ai fini della legittimazione allo svolgimento delle attività private, è quella che sottopone l'attività al preventivo vaglio del potere amministrativo. Ed è la sua ritenuta *pericolosità sociale* a rendere necessario tale passaggio, che si esprime attraverso un provvedimento permissivo formale, spesso a contenuto discrezionale, e giustificato da molteplici interessi (anche, in taluni casi, nei fatti, corporativo-protezionistici).

Si tratta dei provvedimenti di autorizzazione, variamente denominati, che hanno la funzione di legittimare il richiedente all'esercizio di un pro-

¹⁷ *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, 2007, p. 148.

¹⁸ Al riguardo vedi tuttavia quanto statuito da CGCE 1° giugno 2010 n. 570, in cause riunite C-570 e 571/07, in *Ragiufarm*, 2010, 118, 42: "in quanto idonea ad ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte dei cittadini dell'Unione costituisce una restrizione ai sensi dell'art. 49, T.f.u.e. una normativa nazionale che contingenti il numero delle farmacie sul territorio rapportandolo a moduli di popolazione e che richieda il rispetto di una distanza minima tra gli esercizi. Tale normativa tuttavia è giustificata da motivi imperativi di interesse generale quale, ai sensi dell'art. 52, n. 1), T.f.u.e., la tutela della sanità pubblica che si realizza attraverso il perseguimento dell'obiettivo di assicurare alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità".

prio diritto, dopo aver verificato in concreto la compatibilità con l'interesse pubblico.

Nelle ipotesi di autorizzazioni a carattere discrezionale l'autorità opera una valutazione puntuale della compatibilità dell'attività privata con gli specifici interessi pubblici protetti dall'ordinamento; mentre nelle fattispecie vincolate, l'autorità si limita ad accertare la sussistenza dei requisiti prescritti in via generale ed astratta, che, se sussistono, garantiscono che quell'attività non è in grado di pregiudicare gli specifici interessi pubblici protetti dall'ordinamento.

Nell'uno e nell'altro caso è il provvedimento amministrativo che abilita all'esercizio dell'attività privata: l'autorizzazione ha funzione legittimante e, se manca, l'attività è svolta *sine titulo*, cioè abusivamente.

Spesso il controllo autorizzatorio è per di più utilizzato al fine di permettere non solo il controllo di "non contrasto" in senso stretto – in termini, per così dire negativi e di conservazione – ma anche la conformazione dell'attività privata, ponendo obblighi di condotta nello svolgimento della stessa.

In particolare, con il moltiplicarsi delle funzioni dell'intervento pubblico sull'economia, si fa luogo pure alla introduzione di vincoli all'economia privata per esigenze di tutela dell'economia¹⁹ che rendono più complesso il fenomeno autorizzatorio. Se prima il modello egemone era quello delle autorizzazioni di polizia (in cui è essenziale la qualificazione di un'attività in termini di non pericolosità e la contestuale individuazione dei requisiti che deve in concreto presentare perché il rischio per l'interesse generale sia minimo), in seguito il modello si diversifica avendo riguardo specificamente alle "autorizzazioni con esame del bisogno" per quelle attività suscettibili, nel loro ordinato esercizio, di generare un'utilità sociale²⁰.

¹⁹ Cfr. al riguardo SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II, p. 135 e ss.

²⁰ Vedi al riguardo SPAGNUOLO VIGORITA V., *op. ult. cit.*, p. 150 e ss., il quale addita tali autorizzazioni come lo strumento del dimensionamento dell'attività economica, sul presupposto che l'iniziativa privata sia per così dire nella disponibilità del soggetto pubblico. Laddove il "bisogno" non sia regolamentato da atti generali di natura programmatica (nel qual caso la discrezionalità sussiste e viene spesa a monte) è assai esteso lo spazio di manovra di cui gode l'amministrazione che "gode [...] di un'ampia discrezionalità nel valutare se ed in che modo, attese certe circostanze 'ambientali', l'economia si giovi dell'ingresso di nuove forze produttrici o del compimento di nuove intraprese e dunque possiede una larga facoltà di scelta politica (evidenziazione dell'Autore) delle soluzioni ottime, in una data situazione di fatto ed in rapporto ad un interesse generale indeterminato". Con il che le autorizzazioni con esame del bisogno risultano piena-

Per queste ultime il potere discrezionale si esprime non solo riguardo alla compatibilità dell'iniziativa con l'interesse generale, ma anche alla selezione tra i destinatari, quando l'esercizio sia contingentato e cioè a "numero chiuso", nonché alla stessa conformazione dell'attività autorizzata.

Nonostante la diversità delle figure emergenti dall'evoluzione accennata il minimo comune denominatore del modello è dato pur sempre – secondo la prevalente scienza pubblicistica – dal riconoscimento in capo al privato di una preesistente posizione giuridica di diritto, il cui esercizio è tuttavia subordinato alla previa verifica della compatibilità dell'attività con l'interesse pubblico rimessa in via esclusiva al potere amministrativo autorizzatorio²¹.

Col tempo, e grazie al contributo di una dottrina innovativa, ci si renderà conto di come sia problematico parlare di un diritto preesistente se l'attività non è lecita in mancanza di un espresso e preventivo titolo permissivo²².

mente ricollegabili alla "causa economica" in quanto trattasi di misure dirette a realizzare come scopo tipico la manovra politico-economia dei settori o zone considerate, in questi agendo (come può dirsi) nell'interesse dell'economia" (op. ult. cit., 65). In tema, più di recente, cfr. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in PD, 1992, p. 1 e ss.: ad avviso di tale A. l'organizzazione dell'economia risultante dalle norme costituzionali è di tipo "misto" in quanto coesistono il modo di conduzione pubblico (art. 43) con quello dell'iniziativa privata (art. 41). Anche quando sussiste l'organizzazione dell'economia ad iniziativa privata, peraltro, non è precluso al legislatore di assoggettare un determinato settore a programmi e controlli al fine di assicurare esigenze di carattere generale. Per questo motivo, il primo ed il terzo comma dell'art. 41 "non esprimerebbero forme di organizzazione economica tra loro alternative, ma si compongono all'interno di un'unica forma, quella che è identificata dall'iniziativa privata" (p. 15): ma questo implica la necessità di individuare un criterio che valga a verificare la compatibilità delle misure di cui al terzo comma con la permanenza di quella forma. L'A. quindi osserva che tra le varie forme di regolazione del mercato dovrebbero ritenersi incompatibili con l'organizzazione dell'economia "ad iniziativa privata" tutte le misure che sostituiscono alla libertà di accesso "il dosaggio autoritativo dell'offerta [...]. Quando la suddivisione del mercato tra gli operatori diviene il risultato di un calcolo dell'autorità viene meno istituzionalmente – e non solo di fatto – il dinamismo del mercato: si esce dal quadro dell'art. 41" (p. 18).

²¹ RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in GI, 1894, IV, c. 7 e ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Jovene, 1992, p. 35 e ss.; e più di recente SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, XIV ed., Napoli, 1984, pp. 605-606, nonché ID., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in RDP, 1958, p. 1 e ss.

²² La negazione che il criterio distintivo tra autorizzazioni e concessioni vada ravvisato nella preesistenza o meno di un diritto al provvedimento amministrativo si ritrova in ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni amministrative*, in DDP, II, Utet, 1987, p. 57 e ss., nonché in GIAN-

Ciò vale in particolare per le autorizzazioni discrezionali, che presentano un chiaro contenuto costitutivo (una situazione giuridica nuova, similmente a ciò che accade sui procedimenti concessori), ma anche per i procedimenti vincolati: pur essendo il diritto allo svolgimento dell'attività attribuito dalla legge, il suo esercizio lecito necessita di un previo provvedimento formale.

Se occorre un atto permissivo necessario per svolgere l'attività in maniera non abusiva, il cittadino non è titolare di un diritto, che come tale si può esercitare liberamente, ma di un interesse legittimo e cioè di una posizione la cui soddisfazione dipende dall'esercizio del potere amministrativo, ed è perciò incerta.

4. La riduzione degli interessi e l'erosione della discrezionalità

Nel mentre la scienza giuridica affinava le concezioni in tema di autorizzazioni, il quadro generale prendeva significativamente ad evolversi in direzione della liberalizzazione per effetto di molteplici fattori: l'attuazione dei principi comunitari, la crisi della finanza pubblica, la lotta alla corru-

NINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1993, spec. p. 611, dove si rileva che anche quando la legge subordina l'intrapresa di un'attività economica al rilascio di un'autorizzazione “non per ciò vi sono situazioni soggettive del privato prima dell'autorizzazione, ossia c'è sempre un potere di fatto e semmai è l'autorizzazione che è costitutiva di situazioni soggettive”; in senso analogo vedi inoltre VILLATA, *Autorizzazioni amministrative*, cit. In termini parzialmente differenti, vedi SORACE, MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *DDP*, III, Utet, 1987, p. 280 e ss., spec. p. 300, che osservano che la critica alla concezione tradizionale circa la preesistenza all'autorizzazione di una situazione giuridica soggettiva qualificata in termini di diritto soggettivo se è per un verso condivisibile, per altro verso “non potrebbe più essere seguita nella parte in cui ritenesse di aver con ciò esaurito il punto relativo alle modalità di rilevanza degli interessi e di poter di conseguenza proporre, al riguardo una integrale assimilazione tra autorizzazione e concessione”. Ed infatti “la definizione dell'autorizzazione come atto costitutivo di diritti non è del tutto soddisfacente”: sia che si consideri la disciplina costituzionale dell'iniziativa economica e della proprietà privata nella prospettiva dello Stato liberale (dove ciò che rileva nelle vicende autorizzatorie non è tanto il rilascio del titolo, quanto il relativo diniego, con la conseguenza che la posizione dedotta dal privato in giudizio avrebbe semmai la consistenza dell'interesse oppositivo), sia che si guardi alla disciplina costituzionale dei diritti economici nella prospettiva dello Stato sociale (dove l'autorizzazione è atto conformativo di un diritto, che è pur sempre nella titolarità dell'amministrato), si deve conclusivamente rilevare che “non si tratta di affermare la ‘preesistenza’ (rispetto all'atto) di quella situazione soggettiva che è costituita dall'autorizzazione, né di negare il ruolo costitutivo (appunto) dell'autorizzazione ma di prendere atto che tutto ciò non significa e non comporta identità, sotto ogni e qualsiasi profilo, della rilevanza di interessi correlati all'uno o all'altro tipo di potere”.

zione (che si annida nelle “incrostazioni burocratiche”), la spinta verso la competitività del sistema produttivo nazionale, ecc.

In particolare l’Autorità Antitrust, istituita nel 1990, assumeva nei fatti la guida di tale processo, segnalando al Governo i settori dove intervenire e raccomandando soluzioni più rispettose delle libertà economiche²³.

La tendenza, da almeno un ventennio, è a circoscrivere ai soli interessi fondamentali (salute e sicurezza della persona, tutela della sua libertà e dell’ambiente in cui vive) l’opponibilità degli interessi pubblici all’esercizio dell’attività economiche.

Le forme di questa così circoscritta tutela vengono sempre più sottratte a valutazioni discrezionali dell’attività, per esprimersi attraverso la previsione di requisiti standardizzati, norme e prescrizioni tecniche indirizzate agli operatori economici, senza definire in via autoritativa la struttura dei mercati.

La discrezionalità da amministrativa si trasforma in tecnica (o meglio la discrezionalità risulta sostituita dalla tecnica²⁴): gli interessi, pubblici e

²³ Vero è però che il passaggio “dall’attività di gestione a quella di regolazione” (in questo senso vedi ROSSI, *Pubblico e privato nell’economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottant’anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di AMOROSINO, Giuffrè, 1995, p. 223, spec. p. 238) non sempre è stato presidiato da autorità neutrali (scettico in generale sulla idoneità di tali autorità a realizzare un modello ideale di mercato concorrenziale nei fatti spesso inesistente o inefficiente il MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un Romanzo “quasi” giallo*, il Mulino, 2000, *passim*, spec. p. 20 e ss.). In particolare, la dottrina osserva che “il buon funzionamento del mercato è già di per sé un elemento di forte interesse pubblico a prescindere dalle finalizzazioni esterne” (LOLLI, *L’amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bononia University Press, 2009, spec. p. 17) e che quindi l’attività dell’Autorità non si compendia esclusivamente nell’accertamento e nella repressione dei comportamenti abusivi ma anche nella promozione *in positivo* delle condizioni favorevoli ad un mercato ispirato alle logiche della *fair competition*. Su questo aspetto vedi in specie BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, 2006. In generale sui rapporti tra regolazione ed eterodeterminazione dei fini del mercato, vedi CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. Com. Reg.*, 2002, p. 266; RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 Cost.*, in *Annuario AIPDA*, 2007; DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *DA*, 2002, c. 169. Attesa questa funzione *lato sensu* di politica della concorrenza, manifestano dubbi sulla costituzionalità del modello SCOCA EG. e DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*.

²⁴ Su tale aspetto sia consentito rinviare ai miei: *Attività liberalizzate*, cit.; *La segnalazione certificata (già dichiarazione) di inizio attività e la discrezionalità tecnica*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale scientifica, 2010, spec. p. 91 e ss. In particolare, il

privati, vengono sempre più spesso composti non più occasionalmente col provvedimento, ma in termini generali, con atti regolatori, ovvero nella posizione in via preventiva della regola, anche solo mediante la fissazione dei valori e delle scelte di base cui ancorare le determinazioni future (come accade in generale in materia di distribuzione di incentivi pubblici ai sensi dell'art. 12 della l. 241 del 1990)²⁵.

Anche le attività riservate (in via originaria, come nel caso delle telecomunicazioni; o per effetto di una scelta legislativa, come la produzione e distribuzione di energia elettrica) sono investite da questa evoluzione: la cancellazione del monopolio pubblico è infatti accompagnata dall'apertura dei mercati (un tempo riservati) a tutti i soggetti idonei, purché in possesso di requisiti prefissati. In questi settori abbiamo le innovazioni più forti, con il passaggio da un regime concessorio contraddistinto dall'emanazione di provvedimenti discrezionali, e che presuppone la riserva in mano pubblica, ad un regime autorizzatorio non discrezionale (che presuppone la libertà di iniziativa, pur all'interno di regole prefissate), nell'ambito di un mercato aperto, presidiato da Autorità indipendenti.

Sono proprio i settori riservati a segnare il più significativo cambiamento nel dosaggio tra autorità e libertà, a chiaro vantaggio di quest'ultima.

superamento dell'idea che le valutazioni tecnico-discrezionali siano riservate all'amministrazione si apprezza nel passaggio, che si registra nella giurisprudenza in materia a partire dal 1999, da un sindacato estrinseco ad uno di tipo intrinseco, che peraltro non sfocia mai in un intervento di tipo sostitutivo da parte del giudice. Vero è però che il surriferito passaggio non è lineare, ma segue piuttosto un andamento ondivago, in quanto al progressivo affinamento dei criteri gnoseologici di cui può servirsi per sindacare alcune valutazioni complesse (ad esempio quelle espresse da Autorità amministrative indipendenti) fa da contraltare la giurisprudenza in tema di giudizi medico-legali o di valutazioni di prove di concorso da parte di commissioni esaminatrici, che modula la profondità del grado di penetrazione del vaglio giudiziale secondo il consueto schema del controllo estrinseco di ragionevolezza, completezza istruttoria e della motivazione, proprio dell'eccesso di potere. Sul versante più specificamente normativo possono ricordarsi gli emblematici settori dell'edilizia e delle comunicazioni elettroniche, dove si assiste alla progressiva consumazione della discrezionalità di cui sono espressione gli atti abilitativi (sempre più momento attuativo di scelte pianificatorie operate a monte) ed alla valorizzazioni di strumenti autoconformativi come la denuncia di inizio attività. Anche in questo frangente, nondimeno, il percorso seguito non è lineare, ma esprime una certa qual contraddittorietà nel punto in cui si accostano indebitamente forme di semplificazione e forme di liberalizzazione, da dover tenere (come prima precisato) concettualmente distinte.

²⁵ Su tali aspetti vedi POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, EST, 1997, nonché VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1990.

5. Il decreto attuativo della direttiva servizi e la cd. manovra di ferragosto

La progressiva riduzione della sfera dell'autorità, che poi significa progressiva riduzione degli interessi opponibili all'iniziativa economica privata, è recentemente testimoniata a livello normativo – ma anche questo ambito è caratterizzato da un andamento non lineare – dalle disposizioni del d.lgs. 59 del 2010, di recepimento della direttiva 123/2006 (cd. direttiva servizi o anche direttiva Bolkestein), e del d.l. 138 del 2011.

Quanto al primo intervento normativo, sembrano rivestire interesse ai fini del discorso che qui si va compiendo le disposizioni contenute negli artt. 10 e ss. del citato decreto.

Dopo aver sancito il principio per cui l'accesso alle, e l'esercizio delle, attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica privata (art. 10), il legislatore delegato specifica i requisiti che non possono condizionare siffatto accesso ed esercizio: la lett. e) in specie contempla l'ipotesi dell'applicazione “caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti”, con la precisazione che il divieto non riguarda i requisiti di programmazione più strettamente collegati a motivi imperativi di carattere generale. La valutazione circa il “bisogno economico” di una certa attività, quindi, non può essere compiuta a valle nell'atto puntuale, ma trova collocazione, al più, negli atti di natura programmatica.

Nel segno di una progressiva riduzione della presenza dell'autorità si colloca pure la previsione (art. 14) che subordina l'istituzione o il mantenimento di regimi autorizzatori alla sussistenza di “motivi imperativi di interesse generale”²⁶, sempreché siano rispettati i principi di non discriminazione e di proporzionalità: il quale ultimo segnatamente investe non solo la scelta dei fini ma anche quella dei mezzi, che devono essere quelli comparativamente meno invasivi per il raggiungimento del fine pubblico²⁷.

²⁶ In giurisprudenza vedi già CGCE 18 luglio 2007 n. 134, in causa C-135/05, in *EA C.d.S.*, 2007, c. 1992.

²⁷ Al riguardo, vedi CGCE 19 maggio 2009 n. 171, in cause riunite C-171 e 172/07, in *Rass. diritto farmaceutico*, 2009, 5, 1149, dove si è fatta questione della compatibilità comunitaria di una normativa nazionale (tedesca) che riservava il possesso e la gestione delle farmacie ai soli soggetti che hanno il titolo di farmacista (cd. regola di esclusione dei non farmacisti).

Oltre che per la ricorrenza di motivi imperativi – elencati dall’art. 8, lett. h), con una disposizione che in buona parte riprende il catalogo contenuto nel considerando n. 40 della direttiva servizi – la previsione o la conservazione di regimi autorizzatori è ammessa anche quando ciò sia imposto dalle regole di un regime differenziato, come ad esempio quello che caratterizza il servizio pubblico di interesse economico generale [art. 2, comma 1, lett. c)²⁸].

Ma al di là delle discipline espressamente fatte salve dall’applicazione del d.lgs. 59 del 2010, il rapporto autorità libertà potrà essere rimodulato, con prevalenza dell’uno piuttosto che dell’altro estremo, sulla base dell’interpretazione evolutiva della nozione di motivi imperativi di interesse ge-

La questione veniva sollevata in via pregiudiziale da una società stabilita in Belgio che effettuava vendita di medicinali per corrispondenza, società cui la competente amministrazione tedesca aveva rilasciato l’autorizzazione occorrente allo svolgimento di tale attività in Germania, a condizione di assumere un farmacista incaricato di dirigere personalmente la farmacia con assunzione delle relative responsabilità. Nel risolvere la riferita questione pregiudiziale, il giudice comunitario ha ritenuto che *“una normativa nazionale che subordina lo stabilimento, nello Stato membro ospitante, di un operatore economico di un altro Stato membro al rilascio di una previa autorizzazione e che riserva l’esercizio di un’attività autonoma a taluni operatori economici che soddisfano requisiti predeterminati il cui rispetto condiziona il rilascio di detta autorizzazione contrasta con l’art. 43. Ce qualora una tale restrizione alla libertà di stabilimento, pur essendo applicabile senza discriminazioni in base alla cittadinanza, non sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale e non sia atta a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito senza, peraltro, andare oltre quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo”*; ha peraltro ritenuto che sussistesse nella specie un motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare l’imposizione di una restrizione all’accesso o all’esercizio di una simile attività (e che la Corte individua nel carattere *“del tutto particolare”* dei medicinali rispetto alle altre merci, considerati gli effetti terapeutici che essi inducono e correlativamente i rischi che comporta una loro assunzione disennata: vedi al riguardo CGCE 21 marzo 1991, in causa C-369/88, in *Racc.*, p. I-1487, punto 54), e che la misura fosse, in concreto, idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo da essa perseguito e non sproporzionata rispetto a quanto necessario per conseguirlo”. Sulla tematica vedi MERUSI, *Sui limiti delle restrizioni degli Stati membri nel mercato concorrenziale dei farmaci nell’Unione europea*, in *Ragiusan*, 2005, n. 253/254, p. 440 e ss.

²⁸ Su tale aspetto vedi di recente SORACE, *I servizi pubblici economici nel diritto nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *DA*, 2010, p. 1 e ss., il quale pone particolarmente l’attenzione sull’evoluzione della nozione (peraltro volutamente lasciata indefinita nei contorni dal legislatore europeo) di servizio economico di interesse generale e sul “protagonismo” dei legislatori nazionali in materia, come evincibile oltretutto anche dal diritto derivato e da ultimo dalla cd. direttiva servizi che *“lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere SIEG, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti (art. 1, § 3, comma 2)”*.

nerale²⁹ – espressamente ammessa dal considerando n. 40 della direttiva³⁰ – secondo uno schema logico-giuridico non dissimile da quello seguito dalla Gran Corte dei Conti nell'esempio ricordato.

²⁹ Eventualità questa che conduce la dottrina (SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, V ed., Giuffrè, 2010, spec. pp. 123-124) ad osservare che “la circostanza che la prescrizione di un'autorizzazione da parte delle leggi nazionali sia giustificata da un motivo non riconducibile agli elenchi di cui sopra non potrà essere di sé sufficiente né per ritenere tacitamente abrogata la legge che la contiene né per considerarla disapplicabile”. La previsione esplicita di un motivo imperativo di carattere generale, quindi, non costituisce una condizione imprescindibile per la permanenza in vigore della legge preesistente che non lo contenga, “ma costituisce piuttosto un elemento da prendere in considerazione nell'applicazione di qualsiasi legge”. Simile funzione integrativa sembra peraltro difficilmente configurabile allorché la legge in questione sia incompatibile con il “motivo imperativo” preso in considerazione. Più verosimilmente sarà confermato il trend di una progressiva restrizione del catalogo degli interessi in ragione dei quali l'iniziativa economica privata può subire condizionamenti da parte dell'autorità amministrativa, come sembra potersi evincere da una recente sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., l'art. 2 della l. R. Campania n. 11 del 2010 (autoqualificata in termini di norma di interpretazione autentica, per quanto le norme oggetto di siffatta interpretazione siano norme statali), che nel disporre che le norme relative al rinnovo delle concessioni demaniali per la ricerca ed utilizzazione delle acque termali e minerali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente (l. R. Campania n. 8 del 2008) fossero “afferenti alle attività sanitarie” sottraeva le suddette attività all'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. 59 del 2010 che invero nulla prevede in materia di demanio idrico: ne è derivato che “la disposizione censurata [...] incide sulla disciplina relativa ai servizi nel mercato interno, che rientra nella competenza legislativa statale, in quanto è diretta a tutelare la concorrenza, assicurando il corretto e uniforme funzionamento del mercato”: C. Cost. 22 luglio 2011 n. 235, in *GDA*, 2011, p. 1118.

³⁰ Che richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione agli artt. 43 e 49 del Trattato (il riferimento è alle pronunce *Dassonville*, *Cassis de Dijon* e soprattutto *Keck e Mithouard*). Si è al riguardo notato che la teoria delle ‘cause di forza maggiore’ – formulata inizialmente in materia di libera circolazione delle merci, e successivamente estesa alle libertà di stabilimento e di servizi, e quindi concernente le restrizioni quantitative alle importazioni ed esportazioni – sia richiamata per “fornire la garanzia di una dottrina accreditata e indiscutibile a casi che non hanno alcuna relazione con il testo, né con il contesto in cui nacque questa dottrina” (DE LA QUADRA, FERNANDEZ DE CASTILLO, *La direttiva sui servizi e sulla libertà di impresa*, trad. it. TANZARELLA, in *FA T.A.R.*, 2010, c. 1904). Nella direttiva il riferimento ai motivi imperativi di interesse generale non ha lo scopo di stigmatizzare le misure di uno Stato membro che risultino discriminatorie di un bene prodotto o di un servizio erogato da un operatore straniero, ma, in modo più generale, serve a verificare la legittimità di una misura che, senza effetti di discriminazione tra operatori nazionali e stranieri, limita l'accesso a, o l'esercizio di, un'attività economica anche riguardo ai cittadini (ed alle imprese) dello Stato interessato. La direttiva quindi “supera il campo delle libertà comunitarie ed entra a pieno titolo nella regolamentazione della libertà di impresa, facendolo, inoltre, attraverso l'individuazione di criteri che comportano l'applicazione del più rigoroso test di proporzionalità” (*ibidem*).

In un altro recente intervento normativo, il legislatore ha previsto che i Comuni, le Province, le Regioni e lo Stato (entro un anno dall'entrata in vigore della l. 148 del 2011, di conversione del d.l. 138 del 2011, cd. manovra di ferragosto) provvedano ad adeguare i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere, ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", che potrà prevedere limitazioni soltanto laddove sussistano degli interessi preminenti che trovano fondamento nella Costituzione³¹.

Detto principio è definito come "fondamentale" in relazione allo sviluppo economico ed all'attuazione della piena tutela della concorrenza tra le imprese (comma 2): ciò è tanto vero che, laddove la riferita attuazione non avverrà nel termine previsto, "sono in ogni caso soppresse le disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto nel medesimo comma, con diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio attività e dell'autocertificazione con controlli successivi" (comma 3).

Sembra quindi che il legislatore abbia già dato corso, pur in difetto della riforma costituzionale³², al proposito della *semplificazione estrema* annunciato dal ministro ideatore della proposta di modifica dell'art. 41³³.

Si prevede inoltre che le disposizioni che prevedono restrizioni in tema di accesso ed esercizio delle attività professionali sono abrogate quattro mesi dopo l'entrata in vigore del presente decreto, fermo restando quanto previsto al comma 1 del presente articolo" (comma 8), fermo restando il potere di esclusione da siffatta abrogazione riconosciuto (comma 11) al Presidente del Consiglio dei Ministri (che lo esercita con decreto, su

³¹ Si fa infatti riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario; al contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale (che invero sembra superfluo); disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; disposizioni relative alle attività di raccolta di giuochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica (art. 3, comma 1).

³² In tema vedi AULETTA, *Sulla capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista nel Diritto*, 2011, p. 1358 e ID., *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it.

³³ TREMONTI, *Liberalizzare: le troppe leggi sono la tirannia da abbattere. Risposta a Piero Ostellino*, ne *Il Corriere della Sera* 11 gennaio 2011, dove si legge che "il nodo di Gordio, la mefitora millenaria della semplificazione, non si scioglie ma si taglia con un colpo di spada".

proposta del Ministro competente di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato), in specie laddove: la limitazione sia funzionale a ragioni di interesse pubblico, tra cui in particolare quelle connesse alla salute umana; la restrizione rappresenti un mezzo idoneo ed indispensabile alla tutela di detto interesse pubblico, nei limiti della *ragionevole proporzionalità*; la restrizione non introduca una discriminazione fondata direttamente o indirettamente sulla nazionalità o la sede legale dell'impresa.

La definizione di cosa costituisca “restrizione” ai fini delle richiamate norme (contenuta nel comma 9) è stata oggetto di una rimodulazione in sede di conversione del decreto legge in virtù della quale l'effetto abrogativo automatico non riguarderà più le attività professionali; nel mentre il comma 11-*bis* (anch'esso introdotto dalla legge di conversione) chiarisce che in conformità alla direttiva 2006/123 “sono invece esclusi dall'abrogazione delle restrizioni disposta ai sensi del comma 8 i servizi taxi e noleggio con conducente non di linea [...]”.

Sembra dunque che i propositi di liberalizzazione siano pur sempre costretti a confrontarsi con istanze che sarebbe semplicistico ricondurre all'attuale sistema costituzionale³⁴.

Lo “sfiatamento” ormai ciclico delle intenzioni riformistiche per un verso trova una qualche giustificazione nell'interpretazione estensiva delle deroghe comunque ammesse e per altro verso si riconnette a resistenze cui non è estranea una componente corporativa, che sarebbe improprio radicare nel dettato costituzionale.

³⁴ Riguardo ad esempio alle attività di bar e simili, la restrizione costituita dal loro assoggettamento nella maggior parte dei comuni ad una pianificazione attuativa di principi generali potrebbe essere esclusa dall'abrogazione automatica ai sensi dell'ottavo comma laddove il regolamento governativo ravvisi ragioni di interesse pubblico che la giustifichino. Non è ben chiara la *sorte* di simili discipline restrittive laddove – come è altamente probabile attesa la particolare complessità del procedimento di approvazione, in cui si inserisce anche il parere dell'*Antitrust* – il riferito regolamento non sia adottato entro quattro mesi dall'entrata in vigore dalla legge: prevarrà l'effetto abrogativo *automatico* ovvero (più verosimilmente) si attenderà l'adozione del regolamento per la piena entrata a *regime* della disciplina?. Analogamente può dirsi per quanto concerne le tabaccherie ed i distributori di carburante (la cui attività coinvolge almeno in parte la finanza pubblica), anche se, relativamente ai secondi, deve considerarsi il disposto dall'art. 28 del d.l. 98 del 2011 (cd. manovra correttiva), la cui applicazione porterà ad una significativa riduzione del numero di operatori abilitati. E ciò ha condotto taluno a parlare di *liberalizzazioni annacquate*: cfr. FOSSATI e SELMIN, *Liberalizzazioni annacquate: taxi salvi ancora una volta*, in *Il Sole 24ore* 11 settembre 2011.

6. Diritti soggettivi, potere amministrativo e tutela del terzo

Come appare evidente dall'evoluzione normativa sommariamente delineata, la generalizzazione del modello a controllo successivo (su cui punta, a Costituzione invariata, il legislatore della cd. manovra di ferragosto), mentre non elimina la presenza pubblica (nella fissazione di regole – la cui opera di sfoltimento è risultata fino ad oggi tutt'altro che efficace, ponendosi sempre più come complicazione della semplificazione³⁵ – e nel controllo del rispetto delle stesse), trasforma la posizione del privato, la cui soddisfazione non è più eventuale perché rimessa a valutazioni discrezionali puntuali (o comunque “costituita” da un provvedimento amministrativo, ancorché vincolato³⁶), ma certa, quante volte ricorrano le condizioni obiettive normativamente dettate ed egli possieda i requisiti richiesti.

La legge riscopre la sua funzione garantista, riconoscendo il diritto al cittadino senza l'interposizione del potere amministrativo. Ne risulta rafforzato il principio di certezza, che dà agli operatori diritti univoci e prevedibili nel loro spazio economico³⁷.

La posizione dell'operatore economico non consiste più in un interesse legittimo – la cui soddisfazione è subordinata all'esercizio del potere amministrativo – ma in un diritto soggettivo – la cui soddisfazione è già prevista con certezza dalla legge – che può coesistere con la permanenza del potere pubblico, posto che questo viene esercitato *a monte* ovvero *a valle*, ma non interferisce direttamente con l'espressione dell'autonomia privata³⁸.

³⁵ In tema vedi FERRARA R., *Le 'complicazioni' della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323 ss.

³⁶ V. al riguardo SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *DA*, 1995, p. 1 e ss., spec. p. 33, dove si rileva che il potere viene in rilievo non soltanto come potere di scelta, ma anche come “potere di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere concretamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere) l'effetto”.

³⁷ In tema cfr. AMATO, *La nuova costituzione*, cit., p. 18 e COASE, *Impresa, mercato e diritto*, trad. it. Marchesi, Da Empoli, il Mulino, 1995.

³⁸ La riconosciuta compatibilità tra il potere *che qui si esprime in forma eventuale e successiva* ed il diritto dell'amministrato impone di guardare problematicamente alla soluzione (oggi da ritenersi superata per le ragioni che diremo) indicata dal Consiglio di Stato nella nota sentenza n. 717 del 2009: nel riconoscere (condivisibilmente) la natura privatistica (con innesto soltanto eventuale di una fattispecie provvedimentale) della fattispecie disciplinata dall'art. 19 della l. 241 del 1990, la Sesta Sezione individuava nell'azione di accertamento autonomo (circa la sussistenza effettiva dei presupposti e requisiti dichiarati) la tecnica di tutela del terzo controinteressato, fissando nondimeno – quasi si trattasse di una conseguenza ne-

La crescita della libertà non elimina la presenza del potere, ma la ricolloca e la ridimensiona: il privato, mediante un sistema di autoconformazione, può direttamente esercitare il suo diritto, come definito dalla legge e dagli atti amministrativi generali.

La manifestazione autoritativa è solo successiva ed eventuale, e si connota di un carattere più sanzionatorio che conformativo³⁹.

Nelle ipotesi normali, libertà e potere non si incontrano, perché il privato ha rispettato le regole e l'amministrazione che esercita il potere di controllo, il cui esito resta fondamentalmente inespresso, non ha fatto altro che verificarlo⁴⁰.

cessitata alla qualificazione in termini di interesse legittimo della posizione dedotta in giudizio – al ricorrente il termine di decadenza di sessanta giorni per proporre la relativa domanda. La critica a questa soluzione (che è comunque apprezzabile nella parte in cui supera gli inconvenienti connessi alla qualificazione della fattispecie (del mancato esercizio dei poteri inibitori) in termini di silenzio inadempimento (soluzione oggi riproposta, come si dirà, dal legislatore) può quindi muoversi su due piani: il primo è relativo alla modulazione della disciplina dell'azione di accertamento (a tutela dell'interesse legittimo) sullo schema dell'azione impugnatoria, con la conseguenza che la (pur dichiarata) uscita dallo schema del giudizio sull'atto è più apparente che reale (la dottrina ha quindi proposto come soluzione *ragionevole* quella di fissare il termine di tale azione in un anno, similmente a quanto previsto in materia di silenzio inadempimento: FORMICA, *DIA e accertamento nel processo amministrativo*, in *UA*, 2009, p. 572; VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *DPA*, 2009, p. 1245); il secondo è – più radicalmente – relativo all'opportunità di sganciarsi dallo schema dell'interesse legittimo ritenendo che oggetto dell'accertamento sia il diritto (ad esempio lo *ius aedificandi*) vantato dal dichiarante, con quanto ne consegue in termini di regime giuridico applicabile (secondo una soluzione accolta da T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 18 febbraio 2009 n. 219, in *FA T.A.R.*, 2009, 377).

³⁹ E ciò vale anche con riguardo al caso in cui il potere interdittivo sia esercitato dopo il decorso del termine di sessanta giorni previsto in termini generali (fa eccezione la materia edilizia, dove il termine è ridotto a trenta giorni) dall'art. 19 della l. 241 del 1990: il riferimento alle norme in tema di autotutela, quando non voglia essere inteso come rivolto ai momenti provvedimentali rinvenibili nella fattispecie (ma di questo si dirà meglio in seguito), può essere inteso come diretto a circondare l'intervento sanzionatorio di maggiori garanzie.

⁴⁰ In questo senso vedi anche GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, in *DPA*, 2008, p. 244, spec. p. 258, dove si afferma che "l'effetto finale scaturente dal procedimento disciplinato dall'art. 19 della l. n. 241/1990, ovvero la legittimazione del privato allo svolgimento dell'attività denunciata, non discende direttamente dalla legge né da un atto di assenso implicito, bensì dalla concomitanza e dalla corrispondenza dei suindicati elementi", tanto che "se si vuole definire più esattamente la situazione giuridica derivante dallo spirare dei ter-

Dove il quadro delineato si complica – e non poco – è con riguardo all'ipotesi in cui il dichiarante abbia forzato i limiti del consentito, specie quando si tratta di selezionare le tecniche di tutela a favore del terzo.

Non si può qui ripercorrere, se non per generici richiami, la complessa (ed in alcuni casi contraddittoria) evoluzione della giurisprudenza sul punto: dalla configurazione dell'inerzia in rapporto all'esercizio del potere inibitorio in termini di silenzio assenso (così però tradendo la diversa natura della misura di liberalizzazione costituita dalla dichiarazione in funzione legittimante), alla sua qualificazione in termini di silenzio inadempimento (con vanificazione dell'istanza di una tutela equivalente e parimenti efficace rispetto al caso in cui l'attività fosse stata avviata sulla base di un previo provvedimento formale), alla ricostruzione in termini di silenzio diniego (dovendosi però risolvere la non semplice questione della tutela del terzo nel periodo antecedente alla formazione di tale provvedimento tacito); in tutti i casi ricorrendo alla individuazione di diverse ragioni giustificative circa la previsione in capo all'amministrazione di poteri di *autotutela* ovvero della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Volendo limitare l'attenzione all'ultima fase di questa tormentata vicenda, va segnalata la pronuncia con cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴¹, dopo aver precisato la natura privatistica della segnalazione certificata (un tempo dichiarazione) di inizio attività, ha qualificato l'inerzia serbata dall'amministrazione in relazione all'esercizio dei poteri inibitori in termini di diniego, riaffermando quindi, sulla scorta delle indicazioni della dottrina⁴², che la tutela del terzo si compendia, dopo la scadenza del termine per l'esercizio dei riferiti poteri, nella domanda di annullamento del provvedimento tacito (non già di assenso in relazione alla legittimità dell'opera o dell'attività, ma) di diniego circa la sussistenza dei presupposti onde dare corso all'intervento inibitorio. In questa logica hanno trovato una soddisfacente (e più *naturale*) collocazione sistematica anche le norme

mini di cui al terzo comma dell'art. 19, si può ritenere che, al verificarsi di tale condizione, si forma un 'silenzio adempimento' il quale, a differenza del silenzio assenso e similmente alla nota figura del silenzio inadempimento, non possiede natura decisoria; qui il comportamento inerte, tenuto dall'amministrazione, attesta semplicemente, in virtù del contesto normativo in cui è inserito, che il controllo è stato eseguito".

⁴¹ Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011 n. 15, in *www.giustamm.it*.

⁴² GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso ed il silenzio inadempimento non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *www.giustamm.it*, nonché in *DPA*, 2011, p. 359 e ss.

sui poteri di autotutela, che verosimilmente riguarderebbero, come si è già avuto modo di notare⁴³, i provvedimenti inibitori, espressi o (il che costituisce una novità) taciti di rigetto (in relazione tuttavia ad una istanza *implicita*) che siano.

Dove il percorso seguito dalla Plenaria si fa meno lineare è con riferimento alla individuazione della tutela attingibile da parte del controinteressato, laddove questi intenda contestare l'iniziativa del dichiarante prima che sia spirato il termine per l'adozione del provvedimento inibitorio, *condicio sine qua non*, all'evidenza, perché possa formarsi il silenzio diniego: richiamando i più significativi passaggi della pronuncia n. 3 del 2011⁴⁴, in tema di azione risarcitoria autonoma (ma solo a metà!), la Plenaria evidenzia che la giurisdizione del g.a. può riempirsi di contenuti ulteriori e più pregnanti rispetto alla *mera* tutela di annullamento, siccome quel giudice può erogare, ove ciò occorra a dare idonea protezione alla posizione di interesse legittimo vantata dal ricorrente, la tutela di accertamento – la quale costituisce, anche alla luce del dettato costituzionale, il *proprium* di ogni attività giurisdizionale⁴⁵ – e (limitatamente ai procedimenti che non involgano valutazioni discrezionali⁴⁶) quella di condanna.

Vero è però che, ai sensi dell'art. 30, primo comma, del Codice del processo amministrativo⁴⁷, l'azione di condanna può essere presentata, al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e dei casi previsti dallo stesso art. 30 (domanda risarcitoria, anche in forma specifica, ai sensi e per gli ef-

⁴³ LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi, e nuova denuncia di inizio attività*, in www.giustamm.it.

⁴⁴ Si tratta di Cons. St. Ad. Plen., 23 marzo 2011 n. 3, in www.giustamm.it, con commento di PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*.

⁴⁵ Così come ritiene CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *DPA*, 2005, p. 557, e più di recente ID., *Le azioni, in Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *GDA*, 2010, p. 1121 e ss., spec. pp. 1123-1124, il quale ricorda che secondo le ricostruzioni più moderne anche la sentenza di annullamento si caratterizza per un contenuto di accertamento, “*in assenza del quale non troverebbero una giustificazione gli effetti ripristinatori e conformativi, ormai pacificamente ammessi*”.

⁴⁶ Come ribadito da ultimo da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *FA T.A.R.*, 2011, c. 1491.

⁴⁷ Norma di cui la dottrina processualistica e quella amministrativistica hanno all'unisono – e già prima della sua formale adozione – denunciato la debolezza sistemica: v. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutela e ai poteri del giudice*, in *DPA*, 2010, p. 800 e MERUSI, *In viaggio con Laband*, in www.giustamm.it.

fetti dei commi 2 e ss.), soltanto “contestualmente ad altra azione”: nell’ipotesi che interessa, quindi, contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento (tacito) di diniego, nel senso più sopra evidenziato.

Riguardo al periodo antecedente alla formazione *per silentium* dell’atto da impugnare (periodo durante il quale il terzo può ben subire un pregiudizio, specie laddove, come oggi accade di regola, l’attività sia stata avviata contestualmente alla presentazione della segnalazione certificata), deve trovare esplicazione la tutela atipica di accertamento che è “*corollario indefettibile dell’effettività della tutela*”. Ferme restando le numerose ragioni testuali e sistematiche che conducono all’ammissibilità dell’azione atipica di accertamento, occorre tuttavia ricercare una chiave di lettura che consenta di superare le strettoie imposte dalla norma (art. 34, comma 2) che fa divieto al giudice di pronunciarsi sui “poteri non ancora esercitati”⁴⁸: la Plenaria così distingue tra presupposti processuali e condizioni dell’azione, ritenendo che la scadenza del termine di sessanta giorni previsto per l’esercizio dei poteri inibitori vada annoverata tra queste ultime piuttosto che tra le prime. In quanto condizione dell’azione, lo spirare di questo termine incide sulla “decidibilità” in merito della controversia e deve pertanto sussistere nel momento della decisione e non in quello della proposizione della domanda.

Una lettura, quella fornita dalla Plenaria, senz’altro volta a congegnare il sistema di tutela più efficace possibile; ma che sembra – nello stesso contesto in cui se ne illustrano i solidi fondamenti costituzionali e sistematici – depotenziare considerevolmente l’affermazione circa l’ammissibilità della tutela atipica di accertamento, non fosse altro che per l’assorbente ragione che la relativa domanda costituisce per così dire soltanto un *veicolo* per anticipare la tutela, una tutela che peraltro sarà (al momento della decisione) quella tipica di annullamento (del provvedimento tacito frattanto eventualmente formatosi) e non già quella (anche questa volta assai decantata) atipica di accertamento.

I risultati cui è pervenuta la recente giurisprudenza – di per sé non insoddisfacenti, quanto al grado di effettività della tutela che li caratterizza –

⁴⁸ Così come già prevedeva l’art. 36, terzo comma, dell’articolato licenziato dalla Commissione di studiosi insediata presso il Consiglio di Stato l’11 febbraio 2010, dedicato specificamente all’azione di accertamento, ed oggetto, insieme ad altre norme particolarmente qualificanti sotto il profilo della sistematica del Codice, di espunzione dall’articolato definitivo per non meglio precisate ragioni di finanza pubblica.

sono stati almeno in parte contraddetti dal legislatore del 2011, allorché, nell'introdurre il comma 6-ter dell'art. 19 della l. 241, ha sì definitivamente riconosciuto la natura non provvedimentale della segnalazione certificata di inizio attività, della denuncia e della dichiarazione di inizio attività⁴⁹, ma ha pure disposto che la tutela attingibile dal terzo sia *esclusivamente* quella disciplinata dai primi tre commi dell'art. 31 del Codice di rito, e cioè l'azione avverso il silenzio inadempiuto⁵⁰. È probabile (o forse auspicabile) che il legislatore abbia operato tale scelta in considerazione del fatto che il giudice del silenzio può immediatamente condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento (inibitorio) dovuto⁵¹: pare tuttavia indubitabile che in questo modo si posticipa la tutela ad una fase nella quale lo *iussum iudicis* potrebbe rivelarsi intempestivo (ad esempio per l'avvenuta ultimazione dell'opera) e quindi sostanzialmente inutile nell'ottica di una tutela pienamente soddisfacente (in quanto immediata); nel mentre l'incertezza cui è esposto il dichiarante (considerato il termine per l'esercizio di tale azione) costituisce un elemento che si pone in palese distonia con il più volte annunciato proposito di implementare la competitività del sistema economico, favorendo modelli autoconformativi⁵².

⁴⁹ Espressioni che il legislatore riprende ad usare promiscuamente pur dopo aver decretato, tramite l'art. 49 del d.l. 78 del 2010, la sostituzione della seconda e della terza, ovunque esse ricorressero, con la prima.

⁵⁰ L'avverbio è comparso in sede di conversione del decreto, quasi a sottolineare che tale forma di tutela non concorrerà con le altre finora pensate dalla giurisprudenza.

⁵¹ È vero però che la Plenaria aveva ammesso che in questi casi potesse essere utilmente esercitata l'azione di condanna, per quanto necessariamente associata ad altra domanda, in forza di quanto disposto dal primo comma dell'art. 30 del Codice del processo amministrativo.

⁵² Il contrasto tra la giurisprudenza dalla Plenaria e la scelta del legislatore dell'ultima (?) riforma dell'art. 19 è stato unanimemente evidenziato dai primi commentatori di questa inusuale sovrabbondanza di soluzioni (che in quanto contrastanti tra loro è difficile percepire come) definitive. In particolare, cfr. GIULIETTI, LONGOBARDI, *ACIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *www.giustamm.it*, i quali sottolineano la non pregevole fattura del nuovo comma 6-ter, che per esempio non chiarisce quale potere vada sollecitato se quello originario, quello di autotutela o quello sanzionatorio, e che in definitiva rischia di "compromettere i risultati raggiunti dall'Adunanza Plenaria, proponendo una soluzione confusa e foriera di incertezza". Sul tema con identico accento critico, v. anche SANDULLI M.A., *Brevi considerazioni a prima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, ivi, la quale sottolinea il carattere "regressivo" dell'intervento del legislatore, del quale non è dato conoscere, quanto alla scelta della particolare soluzione indicata, il tasso di volontarietà e consapevolezza. V. inoltre GALLO, *L'articolo 6 della manovra*

7. Attività liberalizzate “a Costituzione invariata”

L'evoluzione appena tracciata, che ha travolto come detto anche le categorie dogmatiche tradizionali (indispensabilità del potere sia pure solo al fine di costituire un effetto interamente predeterminato a monte dalla legge; qualificazione della posizione giuridica soggettiva dell'interessato in termini di interesse legittimo), è avvenuta nel corso degli ultimi due decenni.

Non di una liberalizzazione in senso proprio si tratta, posto che non risultano cancellate le regole che disciplinano l'attività, e che continuano ad essere troppe e confuse, ma è certo che cambia il modo di applicarle, la tecnica di controllo, e il tempo in cui tale controllo deve avvenire.

In specie, una volta fissati in maniera obiettiva e univoca i requisiti è possibile l'autoconformazione del privato, e risulta semplificata la verifica dell'attività, al punto che diventa inutilmente gravoso l'esercizio puntuale del potere permissivo a fronte della possibilità di una produzione automatica degli effetti.

L'esercizio puntuale del potere deve essere limitato ai soli casi in cui, per la presenza di profili discrezionali e/o di previsioni di contingentamenti, eventualità da ridurre (come si evince anche dalla più recente normativa) in termini di eccezionalità, costituisce la sola forma possibile per proteggere gli interessi generali, in conformità al principio di proporzionalità e di sussidiarietà⁵³.

Ma la riduzione dei profili valutativi riservati all'attività, nel mentre consente il passaggio a “meccanismi automatici” di acquisto della legittimazione, “*non determina una abdicazione allo svolgimento di una funzione pubblica di regolazione ‘a monte’ e di controllo ‘a valle’ dell’iniziativa privata. Si tratta, infatti, di interventi diretti ad ottimizzare le forme dell’intervento pubblico, ovvero a migliorare la qualità della regolazione*”⁵⁴.

economica d'estate e l'adunanza planaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente, in www.giustamm.it e LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla DIA (a margine di C.d.S.A.P., 29 luglio 2011, n. 15)*, in *UA*, 2011, p. 1185.

⁵³ Non è un caso che nel ddl di riforma costituzionale più volte richiamato vi sia anche la proposta di modificare l'art. 118 nel senso che le azioni in sussidiarietà devono essere *garantite* e non soltanto *favorite*, nel segno di una progressiva (questa volta necessaria) valorizzazione delle formazioni sociali e di un corrispondente arretramento dello Stato.

⁵⁴ GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, 2008, p. 25.

È liberalizzato in altre parole il solo momento dell'avvio dell'attività, ma la libertà convive con le regole, e con l'autorità che deve farle rispettare: per dirla con la Plenaria il modello prescelto è quello di una *liberalizzazione temperata*.

Si tratta – giova ribadirlo – di *libertà regolate*, ma libertà economiche effettive, perché rese *certe* dalla predeterminazione dei criteri.

Tutto questo è avvenuto a Costituzione invariata, avendo la normativa ordinaria circoscritto l'ambito di interessi opponibili allo svolgimento delle iniziative economiche ai sensi del secondo comma dell'art. 41.

A ben vedere, i soli interessi opponibili, e che si possono dire fondamentali, hanno tutti a che fare con il limite individuato nella Carta, quando garantisce la dignità, la libertà e la sicurezza della persona umana, poiché appunto di sicurezza, salute ed ambiente si tratta.

Del resto il riferimento all'altro concorrente valore dell'utilità sociale presenta un certo grado di indeterminatezza tale da garantire un ampio spazio per scelte politiche adeguate alla necessità del passaggio storico.

In particolare, l'utilità sociale può essere utilmente invocata per *alleggerire* il carico regolatorio e favorire le iniziative imprenditoriali, perché appunto utili allo sviluppo delle persone e della società in una fase critica della nostra economia⁵⁵. È nota al riguardo l'autorevole dottrina che ha individuato il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza proprio nell'utilità sociale⁵⁶.

Ed è stato in nome della concorrenza, e per seguire le raccomandazioni dell'autorità che la tutela, che si sono avute le liberalizzazioni nel nostro Paese, quella del commercio, delle telecomunicazioni, e così via.

D'altronde non è nell'età repubblicana che la visione autoritaria si

⁵⁵ Al contrario si sottolinea come l'introduzione della regola per cui "è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge" ha la funzione di "attenuare, se non azzerare, il vincolo dell'utilità sociale, grazie al quale l'iniziativa economica non è un diritto garantito in assoluto, perché suscettibile di arretrare dinanzi a esigenze sociali sovra-individuali reputate dal legislatore prevalenti rispetto alla finalità lucrativa. Se con il nuovo si vuole affermare la filosofia del 'tutto consentito', propria del più intransigente Stato liberale, in ragione di quale valore costituzionale sarà ancora difendibile la normativa antitrust?". In questo senso DE MINICO, *Cambiare gli articoli 41 e 118 vuol dire annullare lo Stato*, in *Il Riformista* 22 febbraio 2011.

⁵⁶ OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *RDC*, 1993, p. 543 e ss.; LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, vol. III del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Cedam, 1979; C. Cost., 15 maggio 1990 n. 241, in *GC*, 1990, p. 1467.

manifesta, giacché l'idea della *pericolosità sociale* dell'attività privata, la sottoposizione a controlli preventivi di non contrasto con i più svariati interessi è propria già dello Stato liberale, poi rafforzata in epoca fascista, e posta in discussione solo in epoca repubblicana avanzata in virtù di una lettura "liberale" dell'art. 41 Cost., frutto di una diffusa sensibilità alimentata dagli indirizzi europei.

Non convince neppure quanto si legge negli studi che accompagnano il citato ddl di riforma dell'art. 41 della Costituzione, e cioè che la norma se non ha finora precluso alcuna legge di semplificazione, per altro verso non ha impedito la permanenza in vigore di misure di complicazione o di misure restrittive variamente atteggiate: quest'ultima affermazione infatti pare smentita dall'esame della giurisprudenza costituzionale che in più occasioni ha censurato disposizioni limitative dell'iniziativa economica⁵⁷.

Si può quindi in conclusione ribadire che l'art. 41 non è di ostacolo alle liberalizzazioni e che anzi il fondamento costituzionale di un tale indirizzo va rinvenuto proprio nel primo comma di tale disposizione, nonché nella clausola di utilità sociale, che si presta ad essere riempita di contenuti adeguati ad una realtà in continuo movimento; ed è anche nella precisazione che il limite negativo eventualmente opponibile *non attiene* alla libertà di iniziativa economica in sé, ma unicamente alle modalità di svolgimento dell'attività che non possono essere tali da violare i diritti umani né l'utilità sociale.

Abstract

Il dosaggio degli elementi del rapporto autorità-libertà, con segnato riferimento al governo delle attività economiche private, è storicamente condizionato. Da ultimo, anche se il processo non è unidirezionale né senza contraddizioni, il sistema si evolve in senso dichiaratamente liberista, tanto che si è proposta la riscrit-

⁵⁷ Si vedano al riguardo le seguenti decisioni della Consulta: C. Cost. 10 luglio 1974 nn. 225 e 226, in *RDI*, 1981, II, p. 13; C. Cost. 17 ottobre 1985 n. 231, in *FI*, 1985, I, c. 2829, tutte in materia di telecomunicazioni. V. inoltre C. Cost. 21 maggio-3 giugno 1970 n. 78, in *GC*, 1970, p. 1037; 28 ottobre-6 novembre 1998, n. 362, in *FI*, 1999, I, c. 42, con nota di SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà di impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte Costituzionale* (in termini con la pronuncia del 1998, cfr. C. Cost. 13 marzo 2001 n. 54, in *GCost*, 2001, p. 336; 24 ottobre 2001 n. 339, *ivi*, 2001, p. 2900; 30 dicembre 2003 n. 375, *ivi*, 2003, p. 3840); 6-26 giugno 2001 n. 207, in *UA*, 2002, 47, con nota di DE PAULI, *La Corte costituzionale e i sistemi regionali di qualificazione: la 'boccatura' della valle d'Aosta*.

tura dell'art. 41 Cost., norma attorno alla quale ruota la c.d. Costituzione economica. Si vorrebbe dare rango costituzionale, per un verso, al principio secondo cui "è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"; per altro verso, al regime del controllo successivo (ed eventuale inibizione di quanto realizzato *contra legem*) che sostituirebbe in via generale, salve (sempre più limitate) eccezioni, quello del previo (e necessario) atto di assenso da parte dell'autorità. Si può tuttavia legittimamente dubitare della necessità e della utilità di una tale riforma costituzionale. La direzione intrapresa, già da qualche tempo, dal legislatore ordinario è – per quanto sia dato osservare un "ciclico sfiatamento" dei propositi di liberalizzazione – quella della progressiva riduzione dell'intervento pubblico nell'economia. O meglio di una sua rimodulazione: la discrezionalità rimane presente nella fattispecie, sebbene si collochi nell'atto generale di natura programmatica e non nell'atto puntuale a valle, dove al più residuano valutazioni di natura tecnica, anch'esse non infungibili. Il novero degli interessi opponibili all'iniziativa economica privata si assottiglia. I diritti (economici) riconosciuti al cittadino risultano compatibili con il potere, che si manifesta in forma successiva ed eventuale. Le implicazioni problematiche connesse all'attuazione di un tale disegno non sembrano poter essere superate con la revisione del dettato costituzionale.

The measurement of elements of the relationship authority/freedom, with particular reference to the administration of private economic activities, has been historically conditioned. Nowadays, the system has been evolving towards a liberalistic direction, so that the amendment of Article 41 of the Constitution – a key-provision of the s.c. economic Constitution – has been planned. The proposal concerns the recognition, as constitutional rules, both of the principle according to which "all that is not forbidden by the law is permitted" and of the regime of the subsequent control, which would substitute generally, apart from some limited exceptions, the regime of the previous (and necessary) consent deed coming from the authority. Nevertheless, it is possible to mistrust the necessity and usefulness of such constitutional reform. The route followed by the ordinary lawmaker has been the progressive reduction of public intervention in economy or, more precisely, a remodulation of that intervention. As a matter of fact, administrative discretion is still on the facts, even if it resides in the general deed that has the characteristic of a programme and not in the subsequent precise deed, where some technical evaluation can only be done. The number of interests that can be raised against economic private enterprise has been reducing. The (economic) rights entitled to citizens can be considered as consistent with the power, which proves itself in a subsequent and incidental manner. The problems coming from the realisation of such a plan do not seem that can be overcome by the amendment of the Constitution.

Alberto De Vita

La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda *ThyssenKrupp* tra “Formula di Frank” e *recklessness*

SOMMARIO: **1.** La tragedia della *ThyssenKrupp* di Torino e la riforma della normativa antinfortunistica italiana. **2.** L'individuazione del “datore di lavoro”: differenze tra la nozione penalistica e quella giuslavoristica. La posizione del consiglio di amministrazione. **3.** Il “nodo” del dolo eventuale. **4.** (*Segue*). Il precedente giurisprudenziale richiamato dalla Corte d'Assise e la “svolta volontaristica” inaugurata dalla sentenza delle Sezioni unite “Nocera”. **5.** (*Segue*). La (parziale) applicazione della “svolta volontaristica” nella sentenza *ThyssenKrupp*. **6.** Il dolo eventuale nei progetti di riforma del codice penale. **7.** La “tipicità da rischio illecito” come modello ascrittivo alternativo al dolo eventuale (e alla colpa cosciente) per gli illeciti compiuti nella gestione dei rischi da produzione: cenni.

1. *La tragedia della ThyssenKrupp di Torino e la riforma della normativa antinfortunistica italiana*

Quando, all'una di notte del 6 dicembre 2007, sette operai della *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA* sono investiti dal *flash fire*, cioè immersi in una nube incandescente innescata dalla nebulizzazione di olio idraulico ad alta pressione su di un focolaio d'incendio, sul treno di laminazione dello stabilimento di Torino, a Roma lo schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 123 del 2007 sembra ormai arenato su di un binario morto. Ma la tragedia di Torino è troppo grande e scuote profondamente l'opinione pubblica: nella vampata di fuoco muore subito, tra atroci sofferenze, uno degli otto addetti alla linea di ricottura e decapaggio “APL 5”, seguito, nei giorni successivi, da altri sei compagni di lavoro, che muoiono anch'essi dopo lunghe e non meno atroci sofferenze per le ustioni subite. Uno solo si salva, per un caso del tutto fortuito, perché al momento della vampata di fuoco era chinato dietro un carrello per srotolare il manicotto dell'acqua.

A partire da quel momento, il cammino dello schema di decreto legislativo, che stava procedendo tra molte difficoltà dovute soprattutto al veto delle Regioni – in una materia che, come riconosce lo stesso art. 1 del d.lgs. n. 81/2008, è oggetto di competenza concorrente Stato-Regioni – si riattiva e, nonostante la crisi di Governo e lo scioglimento delle Camere, dà vita al nuovo “testo unico”¹ che viene emanato quattro giorni prima delle elezioni politiche.

Intanto le indagini sull’incidente alla *ThyssenKrupp AST* di Torino accertano che lo stabilimento di Torino era da tempo oggetto di una lenta dismissione che avrebbe dovuto portare al trasferimento della produzione da Torino a Terni. Tuttavia, per varie ragioni – tra le quali un disastroso incendio nell’impianto *ThyssenKrupp Nirosta* di Krefeld, in Germania, “miracolosamente” senza vittime², che aveva imposto di dirottare la produzione negli altri stabilimenti del gruppo *ThyssenKrupp Stainless*, fra cui quello di Torino – il trasferimento era stato sempre rinviato. La imminente dismissione aveva comunque comportato, secondo la sentenza, un progressivo disinteresse della dirigenza verso lo stabilimento piemontese, i cui effetti sono sintetizzati dalla Corte d’Assise in quattro punti: “1) la riduzione degli interventi di manutenzione e di pulizia sulle linee, con conseguenti perdite di olio dai tubi e accumuli di carta non rimossa in prossimità e sotto i macchinari, su un pavimento piano privo della pendenza necessaria per il deflusso; 2) i frequenti incendi di varie proporzioni; 3) la mancanza di una effettiva organizzazione dei percorsi informativi e formativi nei confronti dei lavoratori; 4) la drastica riduzione del numero dei dipendenti ed il venir meno delle professionalità più qualificate e, in particolare, sia dei capituorno manutenzione cui era demandata secondo le procedure aziendali la gestione dell’emergenza incendi, sia degli operai più esperti e specializzati”³.

¹ Sulla natura di “testo unico” o di mero “codice della sicurezza” del d.lgs. 81/2008 v. CARINCI, *Habemus il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in AA.VV., *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Aggiornato al d.lgs. 3 agosto 2006, n. 106*, a cura di ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO, Ipsoa, p. XXXVI ss., che parla di un “testo unico anomalo”.

² Nel marzo 2007, durante un incontro della *ThyssenKrupp* in Messico, a proposito dell’incendio del 22 giugno 2006 sulle linee di ricottura e decapaggio KL3 e GBL3 dello stabilimento tedesco di Krefeld della *ThyssenKrupp Nirosta*, in un documento aziendale si osservava: “è stato un miracolo che nessuno si sia ferito gravemente o non abbia perso la vita” (v. Ass. Torino, II, 15 aprile – 14 novembre 2011, n. 31095, Espenhahn e altri, p. 231).

³ Ass. Torino, II, 31095/2011 n. 31095, cit., p. 98.

È in questo contesto, secondo i giudici di Torino, che sarebbe maturata la decisione del *board* di ThyssenKrupp AST “di non investire nulla a Torino in *fire prevention*”⁴, “decisione razionale e, sotto il profilo economico, giustificata: mettere “in sicurezza” gli impianti (...), compresa la linea 5, dopo il loro spostamento nella sede in cui continueranno la produzione; perché la decisione è di chiudere quel sito produttivo; spendere quanto stanziato in via straordinaria dalla capogruppo per *fire prevention* in interventi duraturi”⁵. Pertanto, dopo aver esaminato “da un lato gli obiettivi che Espenhahn perseguiva e dall’altro le condizioni di lavoro nello stabilimento di Torino, il rischio incendio in quello stabilimento, il rischio incendio sulle linee di trattamento come emerso dopo l’incendio di Krefeld”, la Corte d’Assise, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 10411/2011, secondo la quale “nel dolo eventuale il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l’agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro”⁶, conclude: “nel nostro caso, il bene subordinato è quello della incolumità dei lavoratori nello stabilimento di Torino; il bene sovraordinato sono gli obiettivi economici aziendali”⁷. La Corte d’Assise sembrerebbe quindi condividere la dottrina – già implicitamente citata dalla Corte di Cassazione nella pronuncia 10411/11 – che, anche sulla scorta della fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, individua nella nozione di “scelta” il connotato della colpevolezza dolosa⁸. Secondo tale indirizzo dottrinale, il discrimine tra colpa cosciente e dolo eventuale non è dato dall’ “accettazione del rischio”⁹, che ne costituisce piuttosto il comune denominatore, bensì dalla “scelta per l’illecito” che caratterizzerebbe il dolo eventuale e che si propone come l’esito di un bilanciamento d’interessi, nel quale l’agente dà prevalenza ad un bene in conflitto con quello tutelato dalla norma incriminatrice. Si afferma infatti che “ciò che distingue dolo eventuale e colpa con previsione, non è l’accettazione del rischio di produrre l’evento, che esiste sempre, quanto piuttosto il senso di tale accettazione: è necessario cioè appurare se il rischio è stato accettato a seguito di un bilanciamento, di una valutazione d’interessi, quale prezzo per il raggiungimento di uno

⁴ *Ivi*, p. 346.

⁵ *Ivi*, p. 347.

⁶ Cass., I, 10 febbraio – 15 marzo 2011 n. 10411, in *RIMDL*, 2011, 2, 517, con nota di CARRELLA.

⁷ Ass. Torino, sent. n. 31095/11, cit., pp. 350-351.

⁸ DE MURO, *Il dolo*, II, *L’accertamento*, Giuffrè, 2010, p. 5 ss.

specifico risultato intenzionalmente perseguito, cui l'agente ha consapevolmente, deliberatamente, ritenuto valesse la pena di sacrificare altro bene, associando mentalmente l'eventuale sacrificio al risultato, o invece per effetto di un atteggiamento psicologico riconducibile nella sua essenza al concetto di mera imprudenza o negligenza. In breve – conclude questa dottrina – la differenza è data dalla presenza nel dolo eventuale di un momento di scelta consapevole, assente invece nella colpa con previsione¹⁰.

Sotto il profilo strutturale, non v'è dubbio che si sia trattato di condotta omissiva, benché la sentenza la qualifichi come parzialmente commissiva. Anche la decisione di rinviare l'applicazione sulla Linea 5 delle misure antincendio, già finanziate dalla casa madre *ThyssenKrupp Stainless*, fino alla decisione definitiva di continuare, nelle more del trasferimento della stessa linea da Torino a Terni, a produrre in condizioni di obiettivo pericolo, non sembra infatti integrare una condotta commissiva, come invece ritenuto dall'Assise torinese¹¹. Invero, l'illecito non è consistito nel *continuare la produzione*, attività penalmente neutra, ma nell'averlo fatto *senza* approntare le necessarie misure di prevenzione e *senza* effettuare la valutazione dei rischi, tutte condotte chiaramente omissive perché realizzate in violazione degli obblighi giuridici di agire gravanti sui vari soggetti che, in organizzazioni complesse come la *ThyssenKrupp AST*, rivestono la qualità di datore di lavoro¹².

⁹ Per la teoria dell'accettazione del rischio v. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Ann. Univ. Catt. del Sacro Cuore*, 1932, ora in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, 1976, p. 449 s.

¹⁰ DE MURO, *op. cit.*, p. 92, che sul punto aderisce a PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, 1993, p. 35 ss.; cfr. altresì ID., voce *Reato doloso*, in *DDPen*, vol. IX, Utet, 1996, p. 244: "Dolo eventuale si configura se il rischio è stato accettato non per pura avventatezza, leggerezza, trascuratezza, indolenza, ma a seguito di un bilanciamento, di una ponderata valutazione degli interessi in gioco, quale "prezzo" del raggiungimento di uno specifico risultato, intenzionalmente perseguito, cui l'agente ha consapevolmente, deliberatamente ritenuto valesse la pena di sacrificare altro bene, associando mentalmente, secondo un criterio di carattere "economicistico", l'eventuale sacrificio al risultato desiderato". In senso sostanzialmente conforme, CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Giappichelli, 2004, p. 283.

¹¹ Ass. Torino, II, 31095/11, cit., p. 353: "il comportamento commissivo dell'imputato Espenhahn (...) riguarda proprio la decisione definitiva di non adottare alcuna misura antincendio nello stabilimento di Torino, sulla linea 5, contemporaneamente decidendo di continuare a produrre in quelle condizioni".

¹² Sui problemi relativi all'individuazione del datore di lavoro nelle imprese collettive v. STOLFA, *Le definizioni*, in AA.VV., *Le nuove regole*, cit., p. 66 ss.

Nel caso in esame, però, il coefficiente psicologico che avrebbe caratterizzato l'atteggiamento dei membri del Comitato esecutivo (cd. *Board*)¹³ della *ThyssenKrupp AST* nei confronti del gravissimo incidente è stato valutato in modo diverso, ritenendo sussistente il dolo eventuale in capo al solo Amministratore delegato e la colpa cosciente per gli altri due amministratori¹⁴, con assenza di qualsiasi ascrizione di responsabilità penale a carico del resto del Consiglio di Amministrazione.

2. *L'individuazione del "datore di lavoro": differenze tra la nozione penalistica e quella giuslavoristica. La posizione del consiglio di amministrazione*

Dopo l'*impasse* determinata dalla definizione di datore di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 626/94 come titolare del rapporto di lavoro con i dipendenti e, al tempo stesso, responsabile dell'impresa o dello stabilimento¹⁵, già con il decreto "correttivo" n. 242/96 (ancora vigente all'epoca dell'incidente della *ThyssenKrupp*) tale definizione era stata modificata, prevedendo che il datore di lavoro fosse, anche *alternativamente*, il titolare del rapporto di lavoro

¹³ Il comitato esecutivo, presente in tutte le società del gruppo *ThyssenKrupp*, era stato abolito, solo nella *ThyssenKrupp AST*, nel 2005 con l'attribuzione delle deleghe al solo Amministratore Delegato Espenhahn. La Corte d'Assise ha ritenuto che tale abolizione fosse stata meramente formale e finalizzata "allo scopo di concentrare su di una sola persona il "rischio" connesso alla materia della sicurezza sul lavoro", in seguito alla condanna inflitta, in primo grado, anche ai due membri del Comitato esecutivo diversi dal Presidente, per un incendio avvenuto nel 2002 sempre nell'impianto di Torino (*Ass. Torino*, II, cit., p. 269 ss.).

¹⁴ Per escludere il dolo nei confronti degli altri due componenti del *Board*, la Corte d'Assise fa ricorso al concetto di "ragionevole" speranza (anch'esso espressamente ricavato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 10411/2011): in capo agli amministratori Priegnitz e Pucci tale "ragionevole" speranza viene ravvisata "nell'essersi essi "affidati" all'esperienza ed alla professionalità, in materia di produzione come di sicurezza sul lavoro, di Espenhahn; affidamento" che, se non costituisce scriminante alcuna rispetto ai doveri derivanti dalla loro posizione di garanzia (unita alla loro conoscenza, come sopra esposta), può invece considerarsi quale elemento psicologico sufficiente a ritenere che essi confidassero sul fatto che le proposte operative ed il "controllo" esercitato da Espenhahn in qualche modo evitassero il verificarsi dell'evento previsto". Il ricorso al "principio di affidamento" nel caso in esame non risulta convincente ma, comunque, non può essere affrontato in questa sede.

¹⁵ In sede di stesura del d.lgs. 626/94 la fretta determinata dall'imminente scadenza del termine per il recepimento della direttiva-quadro 391/89 indusse il legislatore a trasporre nel diritto interno la definizione di datore di lavoro contenuta nella direttiva comunitaria, una definizione che poco si adattava alla mancanza, nel nostro ordinamento dell'epoca, di alcun forma di responsabilità penale o para-penale, delle persone giuridiche.

o il soggetto *comunque*¹⁶ provvisto di poteri decisionali e di spesa, che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, avesse la responsabilità della stessa, *ovvero* di una sua unità produttiva, intesa come lo stabilimento o la struttura finalizzata alla produzione di beni e servizi e dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale. La formulazione originaria, che richiedeva la presenza congiunta dei due requisiti, era del tutto incongrua in un ordinamento come il nostro, nel quale il sistema repressivo delle violazioni prevenzionali imputabili ad una struttura organizzativa complessa, sia pubblica che privata, richiede di procedere innanzitutto all'esatta individuazione della persona fisica da sottoporre alle relative sanzioni. Titolare del rapporto di lavoro, invero, può essere (e, di fatto è spesso) anche una persona giuridica, sicché, nella vigenza del testo originario dell'art. 2 d.lgs. 626/94, diventava necessario ricercare ogni volta il soggetto fisico che, all'interno dell'impresa, fosse effettivamente provvisto dei poteri di rappresentanza e avesse la capacità di esprimerne la volontà all'esterno. Dopo la modifica del 1996, come fu tempestivamente osservato¹⁷, all'iniziale criterio di imputazione, di natura prevalentemente giuridico-formale, basato sul binomio "titolarità del rapporto di lavoro - responsabilità dell'impresa", se ne sostituì un altro, di carattere più sostanziale, che faceva leva soprattutto sull'effettività dei poteri decisionali e di spesa attribuiti al soggetto investito della responsabilità della gestione dell'impresa o di una sua autonoma unità produttiva. La conseguenza è che "ai fini delle disposizioni di cui al d.lgs. 626, la qualifica di datore di lavoro non è intesa nel senso esclusivamente civilistico e giuslavoristico, e quindi limitata a chi è titolare del rapporto di lavoro, ma si estende a chi ha la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva ed è titolare dei poteri decisionali e di spesa"¹⁸.

¹⁶ L'uso dell'avverbio "comunque" significa che il legislatore ha voluto privilegiare un *criterio sostanziale* che trova applicazione soprattutto quando vi è discordanza tra la situazione formale e quella reale: sia consentito rinviare a DE VITA, *La delega di funzioni nel diritto penale. Il paradigma della sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008, p. 33 ss.

¹⁷ Da CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in RIDPP, 1996, p. 957.

¹⁸ Cass., IV, 5 dicembre 2003 - 6 febbraio 2004 n. 4981, in DPL, 2004, 1919. V. anche Cass., IV, 15 marzo - 26 aprile 2011 n. 16311: "Secondo la univoca giurisprudenza di questa Corte, pertanto, (cfr., tra le altre, Cass., Sez. 4, Sent. n. 49819 del 5.12.2003) il dato normativo consente di distinguere un datore di lavoro in senso giuslavoristico da uno o più datori di lavoro (sussistendo distinte unità produttive) in senso prevenzionale. È evidente che la responsabilità del soggetto preposto alla direzione dell'unità produttiva è condizionata alla congruità dei suoi poteri decisionali e di spesa rispetto alle concrete esigenze prevenzionali".

In seguito all'entrata in vigore del c.d. t.u. n. 81/2008 la nozione di datore di lavoro risulta ancor più aderente al principio di effettività (o sostanzialità)¹⁹, poiché designa come tale (art. 2, co. 1°, lett. b) non più soltanto chi ha di fatto “la responsabilità dell'impresa”, come disponeva la legge precedente, ma anche colui che più in generale ha di fatto “la responsabilità dell'organizzazione”, utilizzando un concetto, quello appunto di “organizzazione”, che costituisce, com'è stato opportunamente osservato, “sinonimo di contesto ambientale nel quale diventano operative le prescrizioni di prevenzione: in poche parole, sinonimo di ‘ambiente di lavoro’”²⁰. Un ambito, quindi, assai più ampio dell'“impresa”, anche nell'accezione di impresa di fatto²¹.

¹⁹ Il principio di effettività è peraltro ben consolidato nella giurisprudenza penale che si è occupata della materia. Già prima che i decreti legislativi degli anni Novanta intervenissero a riformare il diritto penale del lavoro, disegnanone il “nuovo volto” che ha dato il titolo ad un importante intervento di Padovani (PADOVANI, *Il “nuovo volto” del diritto penale del lavoro*, in *RTDPE*, 1996, p. 1157 ss.), per l'individuazione di dirigenti e preposti la giurisprudenza faceva ricorso al criterio dell'effettività dell'attribuzione di funzioni d'un dato tipo o livello, e di poteri sufficienti a svolgerle (cfr. PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *DDPen*, vol. VI, Utet, 1992, p. 109). Sui possibili fraintendimenti cui può dar luogo l'accoglimento del principio di effettività nelle pronunce della giurisprudenza v. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Giuffrè, 2006, p. 218. Sull'equiparazione tra investitura formale ed esercizio di fatto dei poteri inerenti alle “posizioni di garanzia” nell'art. 299 d.lgs. 81/2008 v. BRUNELLI, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, cit., p. 287.

²⁰ Da NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro*, in AA.Vv., *La sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili della responsabilità datoriale*, a cura di DE VITA e ESPOSITO, Esì, 2009, p. 28.

²¹ In termini, VENTURI, *I datori di lavoro privati*, in AA.Vv., *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, a cura di TIRABOSCHI, Giuffrè, 2008, p. 153. Non è questa la sede per enumerare tutte le novità introdotte dal d.lgs. 81/2008, i problemi di coordinamento e le modifiche che ben presto si sono rese necessarie ad opera del decreto “correttivo” 3 agosto 2009, n. 106. Qui è possibile solo accennare al modello di ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici adottato dal legislatore del 2008 che ha confermato il tradizionale principio cardine dell'effettività della posizione di garanzia (cfr. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici*, in AA.Vv., *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626*, a cura di GALANTINO, Giuffrè, 1995, p. 56 ss.) e dell'organizzazione secondo il modello quadripartito. Ciò vuol dire che in sede normativa sono previste quattro figure soggettive – datore di lavoro, dirigente, preposto e lavoratore – tra le quali viene ripartito il cd. debito prevenzionistico, secondo una tecnica di scomposizione che è stata definita “a cascata” (PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *RTDPE*, 1988, p. 138): al fine di perseguire l'obiettivo di una diffusa tutela della salute e dell'incolumità sui luoghi di lavoro, è stato costruito un sistema di “sicurezza partecipata” che prevede il coinvolgimento di tutti coloro che, ai vari livelli gerarchici, risultano inseriti nell'impresa o nelle imprese impegnate sul luogo di lavoro.

Ne deriva che, anche secondo la normativa precedente al t.u. del 2008, ai fini prevenzionali, la stessa azienda o il medesimo ente collettivo potevano già avere contemporaneamente più figure di “datore di lavoro”, dato che tale poteva essere legittimamente qualificato non solo il titolare del rapporto di lavoro con i dipendenti, ma anche chi, indipendentemente da tale requisito, fosse stato posto a dirigere un’unità produttiva dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale, a condizione che gli fosse stato conferito un adeguato potere decisionale e di spesa²².

Soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni, quindi, si rende necessario un puntuale accertamento, in concreto, dell’effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all’interno dell’apparato strutturale dell’azienda, così da verificare l’eventuale predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l’organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale. Il principio di vigilanza come compito inderogabile del datore di lavoro, invero, non vuol dire addebitare all’organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili, perché devolute alla cura ed alla conseguente responsabilità di altri. Resta il fatto, però, che “pur a fronte di una delega corretta ed efficace, non può andare esente da responsabilità il datore di lavoro allorché le carenze nella disciplina antinfortunistica e, più in generale, nella materia della sicurezza, attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza”²³.

Sulla base di tali considerazioni bisogna osservare, in primo luogo, che dalla sentenza *ThyssenKrupp* non si evincono elementi di responsabilità a carico dei componenti del Consiglio di Amministrazione privi di deleghe. Correttamente, infatti, la Corte d’Assise, dopo aver ripercorso la giurisprudenza che fa gravare gli obblighi prevenzionistici su tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione, ha limitato la posizione di garanzia degli amministratori senza deleghe ai doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo in caso di mancato esercizio della delega, doveri peraltro attenuati in seguito alla riforma del diritto societario (d.lgs. 6/2003) che ha inciso anche sull’art. 2392 cod. civ. eliminando, attraverso il riferimento al nuovo art. 2381, co. 3, cod. civ., l’obbligo per gli amministratori di “vigilare” sul generale andamento della gestione.

²² In tal senso, CULOTTA, *op. loc. cit.*, citato da Cass., IV, 4981/2004, cit.

²³ Cass., IV, 28 aprile 2011 n. 23292, M.P. e altro, in *DPP*, 2011, p. 945.

Ma l'attuale versione del secondo comma dell'art. 2392 cod. civ., nel prevedere la responsabilità solidale degli amministratori che non si siano attivati per impedire atti dannosi dei quali abbiano avuto conoscenza ovvero per eliminarne o ridurne le conseguenze, premette che tale responsabilità sussiste "fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381". Quest'ultima norma, dal canto suo, ha notevolmente circoscritto l'ambito del dovere di vigilanza posto a carico dei componenti del consiglio di amministrazione, i quali non sono più tenuti a *vigilare* sul generale andamento della società con qualsiasi mezzo a loro disposizione, ma solo a *valutare* il generale andamento della gestione "sulla base della relazione degli organi delegati" (art. 2381, co. 3, cod. civ.). E se è vero che sempre l'art. 2381, ultimo comma, cod. civ. impone agli amministratori l'onere di "agire in modo informato", non vi è dubbio che il dovere di controllo posto a carico del vertice sociale privo di deleghe esce dalla riforma del 2003 di gran lunga ridimensionato²⁴. Tale novità è stata salutata generalmente con favore dalla dottrina, secondo la quale "la riforma del 2003 ha voluto porre fine alla prassi profondamente ingiusta delle indiscriminate condanne solidali di tutti gli amministratori e sindaci, accomunati in un comune destino pur essendo un dato notorio che essi hanno ruoli del tutto diversi"²⁵.

Pertanto, oggi gli amministratori deleganti non hanno più il "dovere di vigilare sulla gestione della società"; tale dovere (prima previsto dall'art. 2392 cod. civ.) è stato sostituito dal rinvio all'art. 2381, co. 3, cod. civ., e quindi, come recita questa disposizione, dal dovere, in capo al consiglio, di "valutare", "sulla base delle informazioni ricevute" e "sulla base della relazione degli organi delegati", "l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società", nonché "il generale andamento della gestione". Gli amministratori deleganti sono dunque destinatari di un complesso di informazioni fornite dagli organi delegati sulla base dei quali sono tenuti a "valutare", e non più a "vigilare"²⁶. Anche se, dopo la riforma, "la presenza di amministratori con funzioni delegate non comporta che gli al-

²⁴ Cfr. R. BRUNELLI, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, in AA.VV., *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 281 s. Per i problemi di successione di leggi che si pongono a tal proposito v. DE VITA, *La responsabilità penale del consiglio di amministrazione della S.p.A. e il ruolo dei modelli organizzativi nell'adempimento degli obblighi in materia antinfortunistica*, in *Gazz. forense*, 5/2010, p. 62 ss.

²⁵ BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, 2004, p. 159.

²⁶ In questi termini, CENTOZE, *La suprema corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cpen*, 2008, p. 109 ss.

tri siano senz'altro esonerati da responsabilità solidale per i comportamenti dei primi²⁷, non si può certo sostenere che la latitudine di tale responsabilità sia rimasta inalterata. L'attuale disciplina, a differenza della precedente, non pone più a carico degli amministratori un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione ma impone loro di agire in modo informato (art. 2381, co. 6, cod. civ.) e, soprattutto, se è vero che l'art. 2381, co. 3, cod. civ. attribuisce agli amministratori senza deleghe anche l'obbligo di valutare il generale andamento della gestione, è vero anche che, secondo il tenore della norma, tale compito deve esercitarsi "sulla base della relazione degli organi delegati"²⁸.

L'accennata rilevanza anche penale di tale modifica legislativa²⁹, avente in verità quale obiettivo primario la disciplina della responsabilità civile³⁰, emerge altresì dal mutamento d'indirizzo della stessa giurisprudenza pe-

²⁷ CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, agg. della 5ª ed. del *Diritto commerciale*, vol. 2, *Il diritto delle società*, Utet, 2004, p. 120.

²⁸ CAMPOBASSO G.F., *La riforma*, cit., p. 121 s., che così prosegue: "Perciò, se il comportamento dannoso è direttamente imputabile solo ad alcuni amministratori (membri del comitato esecutivo o amministratori delegati), con essi risponderanno in solido anche gli altri qualora, per violazione degli specifici obblighi posti a loro carico, non abbiano preveduto o impedito l'attività dannosa dei primi. Ne risponderanno però solo per *culpa in vigilando*, con la conseguenza che, se costretti a risarcire il danno, avranno diritto di regresso per l'intero nei confronti dei primi".

²⁹ Sull'interpretazione dell'art. 2392 cod. civ. come fondamento della responsabilità penale degli amministratori, con riferimento alla normativa previgente, oltre alla più volte citata sentenza "Montefibre" 38991/2010, v. Cass., 28 febbraio 1991, in *Cpen*, 1991, p. 1849; Id., 26 giugno 1990, in *C pen*, 1991, p. 828; dopo la riforma del 2003 v. Cass., V, 4 maggio 2007 n. 23838, in *GD*, 2007, n. 35, p. 71: "La riforma della disciplina delle società (d.lgs. n. 6 del 2003) ha alleggerito gli oneri degli amministratori privi di deleghe e comportato una obiettiva restrizione della loro responsabilità. L'amministratore non esecutivo risponde di omesso impedimento di un reato doloso posto in essere dagli amministratori delegati purché si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita, e abbia consapevolmente omesso di impedirlo. Non può dunque esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa. La responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento".

³⁰ Cfr., con riferimento alla disciplina previgente, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, 4ª ed., Utet, 1999, p. 366 ss. Sulle condizioni per la configurabilità di tale responsabilità dopo le modifiche intervenute con il d.lgs. 6/2003, cfr. CAMELI, *Responsabilità solidale degli amministratori ed obbligo individuale di vigilanza: brevi osservazioni alla luce della riforma societaria*, nota a Cass. civ., I, 29 agosto 2003 n. 12696, in *GC*, 2004, p. 9 ss.

nale. I giudici penali, infatti, precedentemente attestati su posizioni di notevole rigore³¹, hanno dovuto prendere atto del fatto che “la riforma della disciplina delle società, portata dal d.lgs. 6/2003, ha indubbiamente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe. Il generale “obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione” è stato sostituito con l’onere di “agire informato”, atteso il potere di richiedere informazioni. Ferma, però, l’obiettivo restrizione della responsabilità apportata nel contesto del codice civile e la situazione più favorevole per gli amministratori privi di delega, resta tuttavia invocabile la disciplina di cui all’art. 40, co. 2, cod. pen. nel caso in cui l’amministratore (delegante) di società, a conoscenza di reati *in itinere* commessi da altro amministratore (delegato) e pregiudizievoli per l’ente amministrato, non abbia fatto, pur avendone l’obbligo giuridico, quanto poteva per impedirne il compimento. Il limite operativo della disposizione penale è circoscritto alle sole incriminazioni connotate di “volontarietà”³².

In ogni caso, nella materia *de qua*, sarebbe preferibile ricercare il fondamento della responsabilità dei componenti dell’organo apicale nelle regole specifiche che governano la materia della sicurezza sul lavoro, più che nel diritto societario. In particolare, nell’ambito dell’accennata scissione tra “situazione di garanzia” e obblighi di adempiere, la garanzia dovuta dai soggetti apicali consiste nell’assicurare un’adeguata organizzazione della sicurezza degli interessi protetti. Com’è stato esattamente osservato, infatti, il dovere del datore di lavoro “non si appunta direttamente sulle cautele (per così dire) materiali, eventualmente tipizzate da discipline di settore, ma attiene innanzi tutto a problemi “a monte”, relativi all’approntamento di mo-

³¹ Cfr. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI - ALESSANDRI - FOFFANI - SEMINARA - SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 1999, p. 90 e la giurisprudenza ivi citata; ROSSI, *Responsabilità solidale degli amministratori ed obbligo individuale di vigilanza: brevi osservazioni alla luce della riforma societaria*, nota a Cass. civ., I, 29 agosto 2003 n. 12696, in *GC*, 2004, p. 118. Cfr. altresì CAMELLI, *op. cit.*, p. 10, il quale sottolinea che l’analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia, dimostra “come la Cassazione abbia quasi sempre applicato severamente, in maniera conforme alla legge, il principio della solidarietà nella responsabilità degli amministratori: in alcuni casi, il Supremo Collegio ha circoscritto l’utilizzabilità di possibili prove a discarico (esempio, presunti comportamenti ostruzionistici da parte di altri componenti del consiglio di amministrazione); in altri casi, ha rigettato blande esimenti come la pretesa natura soltanto ‘formale’ dell’incarico di amministratore oppure ha disatteso la tesi della legittimazione esclusivamente collegiale del potere di vigilanza”.

³² Cass., V, 4 maggio 2007, cit.

delli organizzativi che assicurino le condizioni per l'osservanza delle cautele materiali, da parte dell'intera organizzazione³³.

Ciò vale, ovviamente, per il datore di lavoro che abbia conferito le deleghe idonee a trasferire gli obblighi relativi agli adempimenti prevenzionali, perché altrimenti non si realizza la predetta scissione, gravando sul vertice dell'impresa l'intero onere relativo alla "posizione di garanzia". È questo il caso dell'Amministratore delegato della *ThyssenKrupp AST* il quale, secondo i giudici di prime cure, aveva dato al dirigente dello stabilimento di Torino una delega formalmente ampia ma sostanzialmente priva di autonomia finanziaria e gestionale³⁴ e, quindi, non dotata di efficacia liberatoria nei confronti del datore di lavoro (lo stesso A.D.) per le responsabilità in materia antinfortunistica³⁵.

3. Il "nodo" del dolo eventuale

La questione dell'individuazione del datore di lavoro, sulla base della differenza tra la nozione giuslavoristica e quella penalistica, è sicuramente una delle questioni più interessanti affrontate nella pronuncia in oggetto. Tuttavia, il punto centrale della sentenza – e quello che più degli altri ha catalizzato l'interesse dell'opinione pubblica – è rappresentato dalla ritenuta natura dolosa della condotta ascritta all'Amministratore delegato per l'omicidio plurimo e per l'incendio.

Anche su questo punto, infatti, la Corte ha condiviso l'impianto accusatorio, secondo il quale l'amministratore delegato di *ThyssenKrupp AST* non solo si era *rappresentato* sia "la concreta possibilità del verificarsi di infortuni anche mortali sulla linea APL 5 di Torino", sia la "concreta possibilità del verificarsi di incendi sulla Linea APL 5 di Torino", ma aveva altresì *accettato il rischio* del verificarsi di entrambi gli eventi.

³³ PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2007, p. 484; ID., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *DDPen*, Agg.* Utet, 2000, p. 393.

³⁴ Ass. Torino, II, 15 aprile - 14 novembre 2011 n. 31095, *cit.*, p. 285 ss.

³⁵ Invero, in caso di responsabilità penale per infortuni sul lavoro, anche prima del t.u. del 2008, il direttore dello stabilimento era perseguibile, al posto del legale rappresentante della società, solo qualora avesse "poteri di decisione e di spesa tali da evitare l'infortunio stesso, atteso che, in virtù della modifica operata dal d.lgs. n. 242/96, nelle aziende di grandi dimensioni è frequente il caso in cui il soggetto dotato della legale rappresentanza non coincide con quello in grado di esercitare l'effettivo potere di organizzazione dell'azienda e del lavoro dei dipendenti" (Cass., IV, 23 novembre 2010 n. 4106, S.G., in *D&G*, 2011).

Tale convinzione è maturata presso i Giudici della Corte d'Assise all'esito di un'attenta valutazione della personalità dell'imputato sotto il profilo della competenza e del rigore professionale, del ruolo apicale rivestito e dell'approfondita conoscenza dei processi produttivi del comparto siderurgico. Proprio in virtù di tali caratteristiche personali, la Corte ha ritenuto che l'A. D. avesse acquisito, ben prima dell'incidente, una corretta *rappresentazione* del fatto tipico: c'è nella motivazione un continuo richiamo all'alto livello di preparazione e di esperienza che l'amministratore della *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni* poteva vantare proprio "nel settore acciaio" e, di converso, alle modeste doti di professionalità dei responsabili locali: "la conoscenza "diretta" dello stabilimento di Torino ha indubbiamente, in capo a Espenhahn – sempre con riguardo al profilo soggettivo – un valore ancor più pregnante rispetto a quella posseduta da Salerno e da Cafueri: il livello di competenza e di professionalità del primo non può neppure essere paragonato a quello degli altri due"³⁶.

Appunto in virtù delle notevoli competenze possedute, al principale imputato non erano potute sfuggire, nelle sue frequenti visite all'impianto di Torino, le violazioni della normativa antinfortunistica che rendevano pericoloso lo stabilimento e, in particolare, proprio la linea 5 presso la quale è poi avvenuto il terribile incidente. Né poteva ignorare, l'Amministratore delegato, che quelle carenze avrebbero potuto determinare gravi rischi per l'incolumità personale dei lavoratori. Pertanto, poiché, nell'ambito del dolo "l'elemento rappresentativo attiene (...) al complessivo quadro di conoscenza degli elementi essenziali del fatto nel cui ambito la deliberazione è maturata"³⁷, la Corte ha concluso per la sussistenza della *rappresentazione* del fatto da parte dell'imputato. Tuttavia, i giudici si sono dimostrati ben consapevoli che, ai fini dell'accertamento della responsabilità dolosa, la rappresentazione del fatto non basta, trattandosi di elemento strutturale che la fattispecie soggettiva dolosa condivide con la colpa cosciente.

Pertanto, una volta stabilito che il principale imputato aveva potuto rappresentarsi come possibile o addirittura probabile la causazione dell'evento (componente rappresentativa del dolo ma anche della colpa cosciente) con riferimento sia al reato d'incendio, sia al reato di omicidio, il percorso argomentativo della pronuncia ha dovuto affrontare la questione relativa al momento volitivo, vero discrimine rispetto alla colpa cosciente.

³⁶ Ass. Torino, II, n. 31095/2011, *cit.*, p. 340.

³⁷ Ass. Torino, *cit.*, p. 324.

Ed è su questo punto che la sentenza ha aderito dichiaratamente al recente indirizzo giurisprudenziale, inaugurato dalle Sezioni unite con la “Sentenza Nocera”³⁸, che pochi mesi prima aveva trovato un’importante conferma proprio nella sentenza della prima sezione penale della Corte di Cassazione n. 10411/11³⁹, assunta dalla Corte d’Assise torinese come punto di riferimento nomofilattico⁴⁰.

4. (Segue). *Il precedente giurisprudenziale richiamato dalla Corte d’Assise e la “svolta volontaristica” inaugurata dalla sentenza a Sezioni unite “Nocera”*

La sentenza 10411/11, citata più volte, come si è visto, nella motivazione sulla tragedia della *ThyssenKrupp*, afferma che “la rappresentazione dell’intero fatto tipico come probabile o possibile connota sia il dolo eventuale che la colpa con previsione: il distinguo tra i due stati soggettivi va dunque ricercato sul piano della volizione. Mentre, infatti, nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata “accettata” psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del suo verificarsi, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l’agente”⁴¹. Que-

³⁸ Cass., SS.UU. penali, 26 novembre 2009 - 30 marzo 2010 n. 12433, Nocera, in *Cpen*, 2010, p. 2548 ss., con nota di DONINI, *Dolo eventuale e Formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l’elemento psicologico*, ivi, p. 2555 e ss., nota dalla quale è tratta l’espressione “svolta ‘volontaristica’” adoperata nel testo per definire, appunto, l’indirizzo adottato dalle Sezioni unite. La sentenza è stata pubblicata anche in *DPP*, 2010, p. 822 ss. con commento di PISA, ivi, p. 826 ss. e in *RIDPP*, 2011, p. 300 ss., con nota di DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, ivi, p. 308 ss. Anche in questo caso si parla, a proposito della sentenza, di una “svolta volontaristica” (ivi, p. 328). Le prossime citazioni della sentenza saranno tratte da quest’ultima pubblicazione.

³⁹ Cass., I, sent. 10411/11, cit.

⁴⁰ Si legge infatti nella sentenza della Corte d’Assise: “La Corte ritiene utile riportare di seguito ampi stralci di una recente sentenza della Corte di Cassazione sul tema; sentenza che considera e riassume, in modo approfondito ed incisivo, l’elaborazione giuridica, da parte della Suprema Corte, dell’istituto ed espone la definizione del dolo eventuale e la differenza tra quest’ultimo e la colpa cosciente; sentenza che, per la chiarezza e per la precisione anche delle indicazioni rivolte ai giudici di merito, può costituire, oltre che il fondamento teorico, la “traccia” da seguire per la ricostruzione in fatto dell’elemento soggettivo in capo all’imputato Espenhahn. Si tratta della sentenza n. 10411/11”: Ass. Torino, II, 15 aprile - 14 novembre 2011 n. 31095, cit., p. 324.

⁴¹ Cass., I, 10411/2011, cit. Tale proposizione si trova riprodotta a p. 326 della sentenza della Corte d’Assise sulla *ThyssenKrupp*.

ste parole, nelle quali riecheggia palesemente la prima “Formula di Frank”⁴², costituiscono espressione della “svolta ‘volontaristica’ ” impressa alla ricostruzione dell’elemento psicologico del reato e, in particolare, del dolo eventuale, dalle Sezioni unite penali con la citata decisione n. 12433/2010, riguardante i confini tra ricettazione con dolo eventuale e incauto acquisto⁴³. In tale pronuncia le Sezioni Unite hanno definito il dolo eventuale come “figura di costruzione giurisprudenziale e dottrinale” che, pertanto, può riferirsi tanto al solo evento del reato quanto ai presupposti della condotta. Invero, il dolo investe il fatto nel suo complesso ed è composto, prima che da una componente volitiva, da una componente rappresentativa che concorre a determinare la colpevolezza dell’agente. Ne consegue che “l’atteggiamento psicologico nel quale si fa consistere il dolo eventuale ben può riguardare i presupposti del reato, anche se si tratta di un atteggiamento che in questo caso si riferisce a una situazione già esistente al momento dell’azione mentre quando ha ad oggetto l’evento si riferisce a una situazione futura, che potrà derivare dalla condotta dell’agente”⁴⁴. Pertanto, “perché possa ravvisarsi il dolo eventuale si richiede più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l’agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse; è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all’agente una scelta consapevole tra l’agire, accettando l’eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire, perciò, richiamando un criterio elaborato in dottrina per descrivere il dolo eventuale, può ragionevol-

⁴² FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZstW*, 1890, p. 211 ss., p. 217: “la previsione dell’evento come possibile integra quindi il concetto del dolo solo quando la previsione dello stesso evento come certo non avrebbe trattenuto l’agente dall’azione, non avrebbe avuto il significato di un motivo contrastante decisivo”. Il penalista tedesco Reinhard Frank, tra la fine del XIX secolo e gli anni Trenta del XX secolo, elaborò due formule che ebbero notevole successo, ritenute utili per fornire la prova del dolo eventuale. La prima, sicuramente più nota, viene fatta risalire a Breidenbach (cfr. DONINI, *Dolo eventuale*, cit., pp. 2559-2560 e nota 9).

⁴³ Cass., SS.UU. penali, 26 novembre 2009 – 30 marzo 2010 n. 12433, cit.

⁴⁴ Cass., SS.UU., 12433/2009, cit., pp. 302-303. Riconosce la possibilità di configurare il dolo eventuale anche in relazione all’elemento “intellettivo”, quando l’agente consapevolmente rifiuti di accertare la sussistenza degli elementi in presenza dei quali la sua condotta costituisce reato, accettandone per ciò stesso l’esistenza, Cass., IV, 12 ottobre – 22 novembre 2011 n. 43019, inedita (in un caso di violazione dell’obbligo di fermarsi *ex art.* 189, co. 6, del Codice della strada). Nello stesso senso v. Cass., IV, 10 gennaio 2003 n. 8103, Fariello, in *Cpen*, 2004, p. 1350.

mente concludersi che questo, rispetto alla ricettazione, è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza"⁴⁵: la prima *Formula di Frank*, appunto.

Tuttavia, nel passaggio dall'argomentazione giuridica generale alla condivisione della c.d. *Formula di Frank*, la motivazione appare inficiata da un evidente salto logico. Infatti, in linea astratta, le Sezioni Unite hanno affermato che "se si ritiene che il dolo sia costituito dalla rappresentazione e volizione del fatto antiggiuridico o anche, nel caso di dubbio, dalla sua accettazione, alla quale si collega secondo la giurisprudenza il dolo eventuale, non c'è ragione di distinguere il caso in cui il dubbio cade sulla verifica dell'evento, che viene accettato, da quello in cui cade su un presupposto. In un caso e nell'altro l'agente si rappresenta la possibilità di commettere un delitto e ne accetta la realizzazione: egli non si astiene dal tenere una condotta ben sapendo che può dar luogo a un illecito, anche se questo *non viene direttamente voluto*... sicché può dirsi – prosegue la sentenza – che ci si trova in presenza di un dolo eventuale quando chi agisce 'si rappresenta *come seriamente possibile (non come certa)* l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi: il soggetto decide di agire costi quel che costi, mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto'"⁴⁶.

Appare evidente, sulla scorta di tali affermazioni, che se il dolo dev'essere, secondo un'autorevole definizione, "proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del soggetto"⁴⁷, nel caso del dolo eventuale tale proiezione deve avere un "finale incerto". È per questo motivo che la c.d. *Formula di Frank* non appare convincente in alcun caso: sia che la si consideri esplicativa della struttura del dolo, sia che la si utilizzi come strumento per il solo accertamento del dolo medesimo⁴⁸, essa implica – com'è stato osser-

⁴⁵ Cass., SS.UU., 121433/2009, cit., p. 307.

⁴⁶ Cass., SS.UU., 12433/2009, cit., p. 302, corsivi aggiunti (la citazione contenuta tra virgolette nella sentenza è tratta da MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, pt. gen., Giuffrè, 2009, pp. 280-281).

⁴⁷ PEDRAZZI, *Tiamonto del dolo?*, in RIDPP, 2000, p. 1266.

⁴⁸ Come si è accennato, Karl Engisch osservò che la prima delle *Frank'sche Formeln*, in realtà, risaliva a Moritz Wilhelm August Breidenbach il quale vi attribuiva una funzione esclusivamente probatoria (BREIDENBACH M.W.A., *Kommentar über das Grossherzogtum Hessen Strafgesetzbuch*, Bd. I Abt 2, 1844, p. 57 s.). Per Frank, invece, inizialmente essa aveva un valore

vato⁴⁹ – la sostituzione di una mera ipotesi all’atteggiamento psichico reale ed effettivo dell’agente, che, anche quando viene adoperata come criterio di accertamento e non di essenza, si risolve in un’inutile e impossibile *probatio diabolica*⁵⁰. In ogni caso, essa travolge la realtà dell’atteggiamento psichico dell’agente, come stigmatizzato da autorevole dottrina secondo la quale “la formula deve rifiutarsi perché conduce in effetti a un giudizio ipotetico. Non viene cioè valutato il concreto atteggiamento psichico dell’agente in relazione all’evento possibile, ma “come” l’agente medesimo si sarebbe comportato in relazione ad esso, qualora fosse stato certo: quindi ci si riferisce non a ciò che è, ma a ciò che sarebbe stato; non a una realtà, qual è quella dell’evento possibile, bensì a una ipotesi”⁵¹. Le difficoltà di questo giudizio ipotetico, infine, comportano lo scivolamento verso un diritto penale d’autore, poiché “non essendo altro che una ipotesi l’oggetto del giudizio, è chiaro che si finisce – date le difficoltà dell’accertamento – col valutare non il fatto, ma l’agente e, quindi, il carattere di questi, i suoi precedenti penali, l’ambiente in cui vive, ecc. Con la conseguenza che si perverrebbe ad ammettere non una colpevolezza della volontà, ma del carattere”, con evidenti ricadute in termini di legittimità costituzionale⁵², come dimostra il fatto che

di effettiva espressione del dolo eventuale e solo successivamente, dopo alcun incertezze, la definì prima come strumento ausiliario («*Hilfsmittel*») per l’accertamento del dolo e, infine, riconobbe decisamente il carattere di mero strumento di conoscenza («*Erkenntnismittel*»): cfr. DONINI, *Dolo eventuale*, cit., p. 2560.

⁴⁹ Cfr. DEMURO, *Il dolo eventuale*, cit., p. 330, il quale però sostiene la correttezza dell’uso della *Formula di Frank* in chiave “probatoria”.

⁵⁰ In tal senso, con riferimento al delitto di ricettazione, oggetto specifico della sentenza delle Sezioni Unite, cfr. PISA, *Commento*, cit., p. 828: “non appare accettabile che per aversi dolo eventuale occorra dimostrare che l’acquisto sarebbe avvenuto anche se fosse risultata certa la provenienza delittuosa dell’oggetto. Un’inutile *probatio diabolica*: il dolo eventuale sussisterebbe anche se fosse credibile che il collezionista – che nel dubbio ha comunque comprato l’oggetto – non lo avrebbe fatto di fronte alla certezza della provenienza delittuosa della *res*”. A favore della *Formula di Frank*, invece, v. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, 1993, p. 175 ss.

⁵¹ PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Jovene, 1955, p. 336.

⁵² *Ibidem*. Per un recente ripudio del diritto penale d’autore v. la sentenza della Corte Costituzionale n. 249 del 5 luglio 2010 (in *RIDPP*, 2010, p. 1349, con nota di MASERA; in *Cpen*, 2010, p. 3741, con nota di NUZZO; in *Cost*, 2010, p. 2996, con nota di VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, ivi, p. 3017) che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 61, n. 11-bis, cod. pen. e, in via consequenziale, ai sensi della l. n. 87 del 1953, art. 27, l’illegittimità costituzionale dell’art. 656 cod. proc. pen., co. 9, lett. d), limitatamente alle parole “e per i delitti in cui ricorre l’aggravante di cui all’art. 61 cod. pen., comma 1, n. 11-bis” per contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25 Cost., co. 2, che pone

proprio all'uso probatorio della *Formula di Frank* sono ricondotti gli orientamenti giurisprudenziali che “ascrivono all'ambito della colpa violazioni consapevoli e molto gravi di regole di diligenza, se relative ad attività di per sé lecite (per es. circolazione stradale), mentre ascrivono tendenzialmente a dolo eventuale (in modo talora forzato) i casi in cui il rischio accettato si iscrive in un contesto d'azione radicalmente illecito”⁵³.

5. (Segue). *La (parziale) applicazione della “svolta volontaristica” nella sentenza ThyssenKrupp*

La *Formula di Frank* mostra maggiormente la corda proprio con riferimento a vicende come quelle dell'incidente alla *ThyssenKrupp* di Torino. In casi come questi, appare davvero arduo affermare che, se avesse previsto come certo l'evento poi purtroppo verificatosi, l'Amministratore delegato avrebbe comunque realizzato la condotta omissiva contestata⁵⁴. Se, infatti, l'accettazione del rischio viene fatta discendere da meccanismi decisionali di tipo razionale, fondati su di un bilanciamento costi-benefici, la certezza dell'evento porterebbe a sovvertire tutta la valutazione operata *ex ante*. Ed infatti manca, nella sentenza della Corte d'Assise, un diretto riferimento alla *Formula di Frank*, che viene evocata solo attraverso le citazioni della sentenza “di riferimento” della Cassazione n. 10411/11⁵⁵.

Quando, però, si tratta di motivare l'attribuzione del fatto a titolo di dolo eventuale a carico dell'Amministratore delegato, la sentenza utilizza moduli argomentativi diversi e ben più “collaudati”. I criteri ascrittivi sono

il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, *che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali*. In particolare, la questione è stata affrontata dalla Consulta anche sotto l'angolo visuale dell'art. 25, co. 2, Cost., inteso come espressivo della logica del “diritto penale del fatto” e del connesso principio di offensività. Tale principio, secondo la Corte, “prescrive [...], in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali”. Un principio, quest'ultimo, che s'identifica con il principio di offensività e che sarebbe leso dalla norma impugnata, giacché l'aggravante ivi prevista “non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore”.

⁵³ PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2011, p. 318.

⁵⁴ La Corte d'Assise qualifica la condotta dell'A.D. in termini sia commissivi sia omissivi ma, in realtà, oggetto delle imputazioni sono tutte condotte omissive: cfr. *retro*, p. 478.

⁵⁵ V. *supra*, nota 41.

essenzialmente due: l'accettazione del rischio e la "scelta per l'illecito", concretizzati, come si è già accennato, attraverso la subordinazione di un bene di rango superiore (l'incolumità dei lavoratori) ad uno inferiore (gli obiettivi economici aziendali). Si legge infatti in sentenza: "Il complessivo quadro sopra esposto, relativo agli elementi di conoscenza ed all'alto grado della consapevolezza in capo ad Espenhahn, induce la Corte a ritenere che certamente Espenhahn, così come contestato, si fosse "rappresentato" la concreta possibilità, la probabilità del verificarsi di un incendio, di un infortunio anche mortale sulla Linea 5 di Torino; e che, altrettanto certamente, rivolgendo Espenhahn la sua volontà verso i due obiettivi sopra indicati, insieme omettendo qualsiasi intervento di *fire prevention* in tutto lo stabilimento ed anche sulla linea 5 ed anche nella zona di entrata della linea 5, ne avesse effettivamente accettato il rischio"⁵⁶. Come si vede, quello che emerge in questa parte della motivazione è un dolo che si esaurisce quasi interamente nella *rappresentazione* del fatto, senza risolversi ancora in una risoluzione volontaria se non sotto il mero profilo dell'accettazione del rischio. Lo stesso è a dirsi, al di là delle apparenze, per il seguito della motivazione, quando la Corte d'Assise, richiamando la sentenza n. 10411/11 in parti che non riecheggiano la *Formula di Frank*, ritiene, avendo ricostruito il quadro conoscitivo di cui era in possesso l'Amministratore Delegato e la condotta da lui mantenuta, "che egli si trovi nella situazione così descritta dalla Corte di Cassazione: 'Il soggetto pone in essere un'azione accettando il rischio del verificarsi dell'evento, che nella rappresentazione psichica non è direttamente voluto, ma appare probabile. In altri termini, l'agente, pur non avendo avuto di mira quel determinato accadimento, ha tuttavia agito anche a costo che questo si realizzasse, sicché lo stesso non può non considerarsi riferibile alla determinazione volitiva'"⁵⁷. Anche in questo caso, l'accertamento della determinazione volitiva si esaurisce senza residui nel "quadro conoscitivo" dell'imputato, cioè nella *rappresentazione* della possibilità dell'evento, rappresentazione in virtù della quale la condotta omissiva diventa di per sé, senza ulteriori passaggi, espressione di *volontà* dell'evento rappresentato come possibile.

Pertanto, se si vuole attingere il nucleo psicologico della condotta dolosa, bisogna superare lo stadio della rappresentazione di una obiettiva situazione di pericolo, comune anche alla colpa cosciente, per verificare se

⁵⁶ Ass. Torino, II, 31095/2011, cit., p. 348.

⁵⁷ *Ivi*, p. 350.

l'evento è stato voluto. Ancora una volta, la risposta sarà rinvenibile solo nelle modalità e nelle concrete circostanze nelle quali si è svolta la condotta effettivamente tenuta dal soggetto. È questo il punto fondamentale di dissenso rispetto alla *Formula di Frank*, anche se assunta come criterio di accertamento del dolo: pur volendo prescindere dalla maggiore difficoltà e delicatezza di una prova che abbia ad oggetto un accadimento ipotetico piuttosto che uno reale, “ciò che conta – come è stato magistralmente osservato – non è il modo in cui una persona si sarebbe comportata in condizioni diverse da quelle che hanno effettivamente accompagnato la sua azione, ma il modo con cui essa ha preso concretamente posizione di fronte alle circostanze che le erano presenti al momento della decisione”⁵⁸. Giunti a questo punto, non sembra esservi alternativa: una volta prevista la generica possibilità che l'evento si realizzi, se il soggetto agisce *anche a costo di cagionarlo* “prende posizione” rispetto all'evento e compie appunto quella “scelta per l'illecito” che costituisce la cifra del dolo. È in tale scelta che consiste il momento volitivo, indefettibile nel dolo, ed essa viene meno solo se, nonostante la previsione, il soggetto agisce (o omette di agire) con la *certezza di evitare* l'evento. In tal caso potrà configurarsi la colpa aggravata *ex art. 61, n. 3, cod. pen.* perché l'evento si è realizzato *contro* la volontà di chi lo ha previsto e materialmente cagionato.

Ancora una volta bisogna prendere in prestito parole di esemplare chiarezza, scolpite con riferimento al delitto di omicidio volontario: “nonostante abbiano “in comune la nota costituita dalla previsione della generica possibilità che l'evento si realizzi”, il dolo eventuale si differenzia nettamente dalla colpa cosciente; “le due situazioni sono, in breve, tanto distinte tra loro quanto possa esserlo l'incertezza (dolo eventuale) e la certezza negativa (colpa cosciente)”. La differenza sta, in un caso, nel fatto di aver agito con imprudenza o leggerezza nonostante la previsione dell'evento, che si era certi di evitare (colpa cosciente), nell'altro, nell'aver preveduto il possibile verificarsi della morte del soggetto passivo e di aver agito nonostante tale previsione (dolo eventuale: l'agente accetta il rischio dell'avverarsi dell'evento lesivo determinandosi così a volerlo, sia pure indirettamente)”⁵⁹. Per

⁵⁸ GALLO, *Appunti di Diritto penale*, vol. II, *Il reato*, pt. II, *L'elemento psicologico*, Giappichelli, 2001, p. 119; in termini, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 318, il quale tuttavia ritiene che la *Formula di Frank* possa essere comunque “uno strumento utile sul piano probatorio”.

⁵⁹ V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Cedam, 1984, p. 36 (le citazioni tra virgolette sono tratte da GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952). In tal senso v. Cass., IV, 18 febbraio - 24 marzo 2010 n. 11222, Lucidi, in *FI*, 2010, II, c. 306: “Per ritenere la sussi-

tale motivo non si può concordare con chi ritiene che lo stato di dubbio sia comune al dolo eventuale e alla colpa cosciente⁶⁰: il soggetto che, versando in uno stato d'incertezza circa il verificarsi dell'evento come conseguenza della propria azione o omissione, tiene comunque la condotta che prevede come possibile causa dell'evento, *vuole* tale evento, anche se indirettamente⁶¹.

La chiarezza della differenza sul piano concettuale non elimina, ovviamente, le difficoltà che s'incontrano nell'accertamento giudiziale. Sebbene sia stata giustamente ritenuta un'illusione quella di credere di poter tenere separato il problema della definizione da quello dell'accertamento del dolo⁶², chiarire la differenza tra le ipotesi di confine aiuta a percepire gli "indicatori"⁶³ che l'avvenimento esterno fornisce all'interprete. A tal fine sembra utile il criterio secondo il quale "nel dolo le componenti rappresentativa e volitiva compensano spesso la rispettiva intensità. Così, più è alta la previsione meno si richiede sul fronte dell'atteggiamento psicologico; più la previsione è bassa più si esige sul piano dell'atteggiamento psicologico"⁶⁴. Se è vero che nessuna definizione astratta può descrivere in assoluto il contenuto del momento volitivo⁶⁵, nel caso della colpa cosciente l'e-

stenza del dolo eventuale, in luogo della colpa con previsione, occorre accertare che l'agente abbia accettato come possibile la verificazione dell'evento - nel caso di incidente stradale: la morte o la lesione di altri soggetti - non soltanto che abbia accettato una situazione di pericolo genericamente sussistente: ed è altresì necessario un *quid pluris* rispetto alla sola previsione dell'evento (che pure caratterizza la colpa cosciente), cioè l'accettazione *hic et nunc* della concreta probabilità che questo, ancorché non direttamente voluto, abbia a realizzarsi, non desistendo l'agente dalla sua condotta, che continua ad essere dispiegata anche a costo di determinare l'evento medesimo. E questo perché "accettazione del rischio" non significa accettazione soltanto di quella situazione di pericolo nella quale si inserisce la condotta del soggetto e prospettazione solo che l'evento possa verificarsi, che tanto costituisce anche il presupposto della colpa cosciente; significa accettare anche la concreta possibilità che si realizzi quell'evento, direttamente non voluto".

⁶⁰ Cfr. PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, cit., p. 244, secondo il quale "anche la colpa con previsione è accompagnata dall'accettazione del rischio di realizzare la fattispecie"; conf. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 315.

⁶¹ In tal senso v. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *RIDPP*, 1988, p. 148 ss.: "allorché l'agente si sia rappresentato il nesso causale tra la propria condotta e l'evento tipico, il fatto che quest'ultimo sia 'conseguenza' della sua condotta, e ciò nonostante agisce, *vuole* il realizzarsi del risultato offensivo".

⁶² In tal senso CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 297.

⁶³ Secondo la terminologia di HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *Ipen*, 1991, p. 499.

⁶⁴ DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 318.

⁶⁵ *Ibidem*.

sclosure di tale momento, pur in presenza di un evento previsto con elevate probabilità di verifica, dovrà passare per una congrua dimostrazione degli accorgimenti adottati dall'agente per evitare l'avveramento della previsione. Ciò che manca nella sentenza in esame è proprio la chiara esplicitazione di tale criterio⁶⁶.

In questi casi, non bisogna farsi scudo dei rischi d'inversione dell'onere probatorio: in presenza di un evento con elevate possibilità di verifica, aver agito nonostante la previsione e senza aver adottato alcuna accortezza, costituisce già potenzialmente dimostrazione della volontà dell'evento che, per essere esclusa, richiede un'apposita prova contraria⁶⁷. Il dolo, infatti, è elemento del reato che può essere dimostrato solo con prove indiziarie e mai con prove rappresentative⁶⁸.

6. Il dolo eventuale nei progetti di riforma del codice penale

La definizione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente attraverso il criterio dell'accettazione del rischio va incontro ad una crescente

⁶⁶ Sebbene possa rinvenirsi qualche accenno in tal senso laddove la Corte d'Assise afferma di non riuscire a individuare, nel caso di Espenhahn, "alcun "fattore", alcun elemento, ripercorrendo l'intero quadro a disposizione dell'imputato, in forza del quale egli potesse "ragionevolmente" sperare che non sarebbe capitato nulla, nessun incendio, nessun infortunio anche mortale nello stabilimento di Torino, soprattutto sulle linee di trattamento, soprattutto sulla Linea 5, soprattutto dopo l'incendio di Krefeld, soprattutto non intervenendo in alcun modo in prevenzione e protezione, soprattutto conoscendo le condizioni di lavoro di Torino, le condizioni di lavoro sulla linea 5, soprattutto considerata – e da lui conosciuta, v. sopra – la frequenza degli incendi a Torino e sulla linea 5" (Ass. Torino, II, 31095/2011, cit., p. 351). Al lettore esterno resta tuttavia un dubbio che attiene alla causalità, sulla base della constatazione – operata dall'imputato ma non confutata in sentenza – che l'apprestamento delle misure antincendio avrebbe richiesto almeno un anno (Ass. Torino, II, 31095/11, cit., p. 346): allora, o si afferma che durante l'anno non vi sarebbe dovuta essere produzione oppure si ammette che, anche se fosse iniziato nei tempi dovuti (aprile o ottobre 2007: cfr. *ivi*, p. 348), il comportamento alternativo lecito richiesto all'imputato non avrebbe comunque potuto evitare l'evento.

⁶⁷ In questi casi la prova del dolo si trae dal fatto esterno, secondo una presunzione legittima in quanto meccanismo di accertamento indiziario, diversa dalla illegittima presunzione di obiettivizzazione del dolo, che rende il dolo stesso implicito nel fatto esterno: in tal senso BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Giuffrè, 1960, p. 36 ss. Tale impostazione consente di rifuggire dai pericoli di scivolamento sulla china di inesprese constatazioni *in re ipsa* del dolo, che pure potrebbero profilarsi se s'ipotizzassero condotte oggettivamente espressive della volontà di agire con dolo eventuale: paventa questo rischio EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, 1993, p. 192.

⁶⁸ "Tutto il processo di accertamento del dolo si inquadra nello schema della *praesumptio hominis seu iudicis*": BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 37.

insofferenza da parte della dottrina. Significativo, a tal proposito, è stato il *revirement* della Commissione Grosso per la riforma del Codice penale, la quale, nel primo articolato, presentato il 12 settembre 2000, aveva dato una definizione del dolo eventuale del tutto aderente al criterio dell'accettazione del rischio. Recitava infatti l'art. 30, lett. *b*), del progetto: "Risponde a titolo di dolo chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza un fatto costitutivo di reato... se agisce rappresentandosi la realizzazione del fatto come certa, ovvero come altamente probabile, accettandone il rischio". Nella Relazione all'articolato si dava atto della delicatezza del problema della disciplina "data la varietà di opinioni esistenti in dottrina e le oscillazioni rinvenibili nella prassi giudiziaria"⁶⁹. Intento precipuo della Commissione, era di confermare "che agli effetti della realizzazione della ipotesi marginale di dolo occorre una rappresentazione della realizzazione del fatto (ovviamente il fatto realizzato in concreto, e non una generica rappresentazione di qualcosa di illecito) in termini di probabilità. La indicazione della probabilità come "alta", scelta dopo ampia discussione - continuava la Relazione - tende a qualificare il dolo in termini restrittivi, opponendosi alle tendenze, non estranee alla giurisprudenza, a dilatare l'area del dolo eventuale sulla base di una generica previsione dell'evento come possibile". La relazione concludeva sul punto auspicando che il riferimento all'"accettazione del rischio", anche se probabilmente superfluo, sarebbe servita a superare "le obiezioni di perdurante incertezza da un lato, e di rischio (parlando di "alta" probabilità) di confondere dolo eventuale e dolo diretto dall'altro, prospettate dalle Commissioni della Cassazione e della Procura Generale nei loro pareri al documento di base 15 luglio 1999".

In seguito alla discussione che si era aperta sul progetto originario, però, la Commissione, "recependo le osservazioni critiche enunciate nei confronti della formulazione del dolo eventuale, centrate soprattutto sulla utilizzazione del concetto di "accettazione del rischio" a fianco della indicazione del livello della rappresentazione del fatto in termini di "alta" probabilità", decise di definire il dolo eventuale "come il dolo di chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza un fatto costitutivo di reato 'se agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile'". In questo modo, pur scontando anticipatamente le inevitabili criti-

⁶⁹ Questa citazione e tutte le successive citazioni di questo paragrafo relative ai progetti di riforma del codice penale sono tratte dal sito internet del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

che, ci si proponeva soprattutto “di centrare il concetto del dolo eventuale sulla accettazione del fatto rappresentato in termini di mera probabilità”. Infatti, l’art. 27, lett. *c*), del nuovo articolato (sostitutivo dell’originario art. 30 lett. *b*), seconda parte) definiva il dolo eventuale come l’atteggiamento di “chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza un fatto costitutivo di reato... se agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile”.

Anche la Commissione Nordio si propose, nell’agosto 2004, l’obiettivo di attuare il principio di colpevolezza, “fondamento inderogabile della responsabilità penale alla luce del canone costituzionale e della nota sentenza n. 364 del 1988”⁷⁰, e lo fece anche intervenendo sulla ridefinizione del dolo, “con la rigorosa limitazione del dolo eventuale alla rappresentazione della realizzazione dell’evento come altamente probabile, e con demarcazione significativa dall’area della colpa, caratterizzata peraltro dalla concreta prevedibilità dell’evento offensivo”. Ne sortì quindi un articolato che, all’art. 19, stabiliva che “Il reato è doloso quando l’agente compie la condotta attiva od omissiva con l’intenzione di realizzare l’evento dannoso o pericoloso costitutivo del reato, ovvero con la rappresentazione che, a seguito della sua condotta, la realizzazione dell’evento offensivo è certa o altamente probabile”.

La Commissione Pisapia, a sua volta, nella proposta di articolato del 19 novembre 2007, prevedeva che il reato fosse doloso, oltre che in caso di concreta rappresentazione e volizione del fatto, “anche quando l’agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l’applicazione di un’attenuante facoltativa” (art. 13, co. 1°, lett. *c*). La posizione assunta dalla Commissione Pisapia riveste particolare interesse non tanto per la proposta di articolato ma perché, nella relazione di accompagnamento del Progetto, riconosceva che “una vera rivoluzione copernicana si potrebbe attuare solo introducendo una terza tipologia di elemento soggettivo, intermedia tra quelli che oggi chiamiamo dolo e colpa e mutuata dall’esperienza inglese della *recklessness*, ed incentrata sul carattere sconsiderato della condotta posta in essere dal reo, in modo non dissimile da quanto realizzato in Francia a proposito della *mise en danger*: scelta che porterebbe a distinguere l’area della “volontà del fatto” dall’area della “volontà del

⁷⁰ V. la *Relazione* e l’articolato pubblicati in *Cpen*, 2005, p. 244 ss.

(mero) rischio del fatto” e ciascuna di queste due dall’area della “non volontà” dell’uno e/o dell’altro”. Al tempo stesso, però, si rinunciava a proporre una simile “rivoluzione”, ritenendola non realizzabile per la difficoltà di distinguere tra “volontà del fatto” e “volontà del mero rischio del fatto” e per il conseguente timore “di fare una scelta che, da un lato, finirebbe per rendere ancora più difficile l’accertamento dell’elemento psicologico del reato e, dall’altro, finirebbe per comportare una reazione negativa anche in considerazione del non particolare apprezzamento nel nostro Paese, da parte della dottrina e degli operatori del diritto, del sistema tripartito”. La Commissione restava quindi ancorata alla tradizionale dicotomia delle forme di imputazione soggettiva: “una incentrata sulla effettiva volontà del fatto da parte dell’agente (dolo), l’altra sulla sua non volontà e sulla contemporanea violazione della diligenza esigibile dall’agente nella situazione concreta (colpa)”. Con riferimento specifico al dolo eventuale, la soluzione proposta era accompagnata, nella Relazione, dalla precisazione che la rappresentazione del fatto deve “materializzarsi nei termini dell’alta probabilità” e che “l’accettazione dello stesso non possa essere dal giudice automaticamente ricavata da tale mero stato intellettuale, imponendo invece uno sforzo di autonoma ricostruzione che si fondi su ulteriori elementi indicativi”. All’interno di tale impostazione, la previsione dell’attenuante facoltativa assolveva il compito di consentire al giudice “di pervenire, nei casi limite, ad una soluzione tollerabile sul piano della giustizia sostanziale, stemperando la radicalità delle conseguenze di una scelta decisoria che può a volte presentarsi come estremamente problematica”.

7. La “tipicità da rischio illecito” come modello ascrittivo alternativo al dolo eventuale (e alla colpa cosciente) per gli illeciti compiuti nella gestione dei rischi da produzione: cenni

L’ordinamento vigente è chiaramente informato alla concezione del dolo come volontà oltre che, ovviamente, come rappresentazione⁷¹. All’interno di questo sistema, “la ragion d’essere della consolidata punibilità del dolo eventuale, con ogni probabilità, mira a “coprire” anche ipotesi *solo equiparate* nella cornice “editale”, ma *non equivalenti* al dolo intenzionale, in cui non c’è risposta sicura alla domanda – e quindi vi è *dubbio processuale* sul

⁷¹ Constatazione *de iure condito* pacifica in dottrina: cfr., ad es., DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, p. 318.

quesito – dell'*omnimodo facturus*⁷². In questi casi, ai quali è ascrivibile molto probabilmente anche la vicenda dell'incidente mortale alla *ThyssenKrupp* di Torino, il giudizio di colpevolezza ha come oggetto la formazione del volere e *l'azzardo* che ne rappresenta la caratteristica qualificante. Si tratta di ipotesi che integrano condotte tipiche caratterizzate da un atteggiamento della volontà molto simile alla *recklessness* del diritto anglosassone, e che presentano rilevanti differenze rispetto ai due classici paradigmi di condotta tipica del dolo e della colpa. Tale differenza si apprezza sia sotto il profilo della *genesì motivazionale* (l'azzardo che contraddistingue la *tipicità criminologica* delle relative condotte), ma anche sotto il profilo *strutturale* della *tipicità soggettiva*: a differenza dei due modelli classici, questo terzo modello privilegia una *tipicità da rischio illecito* (*recklessness*). Ciò non esclude, però, che essa abbia probabilmente più caratteristiche in comune con il dolo eventuale che con la colpa cosciente, al punto che, anche in materia extrapenale, si afferma che “*‘Recklessness’ has to be interpreted as being more than just gross negligence; it is close to dolus eventualis*”⁷³.

La *Recklessness* consiste nella condotta di chi è consapevole della presenza di un rischio che attiene agli elementi che riguardano l'offesa e assume tale rischio in modo irragionevole, avendo riguardo alle circostanze da lui conosciute⁷⁴.

L'introduzione nel nostro ordinamento di un simile modello di ascri-

⁷² DONINI, *Teoria*, cit., p. 322.

⁷³ ARMBRÜSTER C., *The Principles of European Insurance Contract Law*, in *DEA*, 2010, p. 1036.

⁷⁴ Tale definizione è tratta dall'art. 9 del progetto di *Corpus Juris*: cfr. CURI, *Tertium datur*. *Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, 2003, p. 26. Nel 1989 il Law Commission's Draft Criminal Code Bill, progetto di codice penale unico per l'Inghilterra e la Scozia, fu accompagnato da un *Report* e da un *Commentary*: la disciplina specifica relativa all'istituto della *recklessness* era prevista dall'art. 18 (c) che, oltre a fornirne una definizione generale, ne prevedeva la trasposizione nelle singole ipotesi di parte speciale che lo richiamavano: “*A Person acts “recklessly” with respect to:*

(i) *a circumstance, when he is aware of a risk that it exists or will exist; and*

(ii) *a result, when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk ...”.*

Questa formulazione fu poi sostanzialmente riconfermata nel *Draft Bill: Legislating the Criminal Code: Offences against the Person and General Principles*, presentato al Parlamento nel novembre 1993:

“*A Person acts - b) recklessly with respect to - (i) a circumstance, when he is aware of a risk that it exists or will exist and (ii) a result, when he is aware of a risk that it will occur, and it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk”.*

zione soggettiva del reato avrebbe sicuramente l'effetto di sdrammatizzare l'onere della scelta fra dolo e colpa nei casi dubbi⁷⁵ e di sollevare pragmaticamente il giudice e l'imputato "dall'alea di "scommesse" ondegianti fra intuizioni psicologiche e tipologie d'autore"⁷⁶.

Indubbi vantaggi deriverebbero anche dalla conseguente armonizzazione con gli ordinamenti di alcuni importanti paesi europei: qui non si può nemmeno accennare agli istituti della *recklessness* nel sistema penale inglese, della *mise en danger délibérée* prevista nel nuovo codice penale francese e del *cosciente desprecio por la vida de los demas* del codice penale spagnolo⁷⁷, ma resta il fatto che tutti questi istituti rispondono, in modo differente e con diversa efficacia, all'opportunità di prevedere accanto al dolo una forma di responsabilità da rischio illecito scientemente assunto. Questa forma tipizzata di atteggiamento psicologico potrebbe essere prevista, almeno in un primo momento, solo per alcune fattispecie, in particolare per quelle relative ai rischi in contesti di base leciti, per poi eventualmente essere incardinata in una norma di parte generale.

Si tratta di una prospettiva che, seppure non priva di controindicazioni⁷⁸, trae alimento dalla perdurante tendenza della giurisprudenza a spostare di volta in volta i confini del dolo eventuale per ragioni di politica criminale⁷⁹, come avviene, per fare solo qualche esempio, in materia di contagio da HIV per via sessuale⁸⁰, di circolazione stradale⁸¹ e, *ça va sans dire*, anche in materia di infortuni sul lavoro.

⁷⁵ DONINI, *Teoria*, cit., p. 330.

⁷⁶ *Ivi*, p. 331. A favore dell'accoglimento nel nostro ordinamento di una simile forma di responsabilità v. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 176; PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in RIDPP, 2000, p. 504; CURI, *Tertium datur*, cit. *passim*; *contra*: CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 281 ss.

⁷⁷ Per un'ampia panoramica comparatistica v. CURI, *Tertium datur*, cit., p. 47 ss.

⁷⁸ V. ad esempio, le argomentazioni contrarie all'introduzione di una "terza forma di responsabilità colpevole" svolte da CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., p. 312 ss.

⁷⁹ In tal senso, DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, cit., p. 315: "Il dolo eventuale è la figura di dolo dai confini più incerti: anzi, essi sono volutamente mobili per ragioni politico-criminali".

⁸⁰ Cfr. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cpen*, 2009, p. 5013 ss.

⁸¹ Censura la "facilità presuntiva con cui si è tentato, negli ultimi tempi, di dedurre il dolo eventuale nella circolazione stradale, desumendo il dolo da livelli di rischio o tipi d'autore 'fuori norma'", DONINI, *Dolo eventuale*, cit., p. 2568.

Abstract

Il “dolo eventuale” è un istituto di creazione dottrinale e giurisprudenziale, ai confini con la colpa cosciente, tradizionalmente adoperato dalla giurisprudenza per soddisfare esigenze di politica criminale in presenza di attività illecite pericolose. Recentemente, invece, si assiste ad una nuova tendenza giurisprudenziale che applica la categoria del dolo eventuale anche a condotte a rischio di base consentito (quali ad esempio, l’attività medico-chirurgica, la circolazione stradale e le attività produttive rischiose) nelle quali, in precedenza, si riteneva quasi automaticamente integrata la colpa con previsione dell’evento. La sentenza con la quale la Corte d’Assise di Torino ha condannato l’Amministratore delegato della *ThyssenKrupp AST* per omicidio doloso plurimo e incendio doloso, in seguito all’incidente nel quale persero la vita sette operai dello stabilimento piemontese, è espressione di questo orientamento giurisprudenziale. Nell’individuazione del “datore di lavoro”, l’Assise torinese ha applicato con coerenza il principio di effettività della delega di funzioni, ritenendo inefficace la delega che sia priva di autonomia finanziaria e gestionale e, quindi, non dotata di efficacia liberatoria nei confronti del datore di lavoro per le responsabilità in materia antinfortunistica. Ma nel configurare la responsabilità dolosa a carico del solo Amministratore delegato, i giudici hanno applicato un indirizzo giurisprudenziale che ricava la prova del dolo eventuale dalla cd. *Formula di Frank*. Secondo tale formula, la previsione dell’evento come possibile integra il concetto del dolo solo quando la previsione dello stesso evento come certo non avrebbe trattenuto l’agente dall’azione e non avrebbe assunto, quindi, il significato di un motivo contrastante decisivo. Tuttavia, la cd. *Formula di Frank* non appare convincente in alcun caso: sia che la si consideri esplicativa della struttura del dolo, sia che la si utilizzi come strumento per il solo accertamento del dolo medesimo, infatti, essa implica la sostituzione di una mera ipotesi all’atteggiamento psichico reale ed effettivo dell’agente, che, anche quando viene adoperata come criterio di accertamento e non di essenza, si risolve in un’inutile e impossibile *probatio diabolica* con rilevanti pericoli di regresso a un diritto penale d’autore. La natura meramente ipotetica del giudizio, infatti, porta a valutare non la volontà del fatto ma le caratteristiche dell’agente. Se non si vuole condividere la dottrina secondo la quale l’accettazione del rischio non è elemento comune al dolo eventuale e alla colpa cosciente ma rappresenta il momento volitivo, indefettibile nel dolo, che viene meno solo se, nonostante la previsione, il soggetto agisce (o omette di agire) con la *certezza di evitare* l’evento, la soluzione potrebbe essere quella di prevedere, accanto al dolo, una forma di responsabilità da rischio illecito scientemente assunto, sul modello della *recklessness* nel sistema penale inglese oppure dei diversi istituti della *mise en danger délibérée* prevista nel nuovo codice penale francese e del *cosciente desprecio por la vida de los demas* del codice penale spagnolo.

The *dolus eventualis* is an institute created doctrinally and jurisprudentially, on the border with conscious negligence, traditionally used by the jurisprudence to meet the needs of criminal policy in the presence of dangerous illegal activities.

Recently, however, a new jurisprudence trend has been developed in order to apply the category of *dolus eventualis* also to other risk-based licit activities (eg, medical-surgical activity, traffic circulation and risky productive activities) in which, previously, it was considered almost automatically coincident guilt and failure in event prediction. The sentence with which the Court of Assizes of Turin has condemned the ceo of ThyssenKrupp for multiple manslaughter and arson – following the accident in which seven workers of the industry in Turin were killed – is the expression of this orientation of the courts. Addressing the mismanagement of the employer, the Assize of Turin has consistently applied the principle of effective delegation of tasks, considering ineffective a delegation that lacks in managerial and financial autonomy and that is not equipped with discharging effect against the employer's responsibility for accident prevention. But in shaping the intentional responsibility (deceit) only for the ceo, courts have applied a jurisprudential track related to the *dolus eventualis* by the so-called Frank's formula. According to this formula, the prediction of the possible event integrates the concept of deceit even if forecasting the same event as it certainly would not have retained the action-agent and would not take the significance of a decisive contrasting pattern. However, the so-called Frank's formula is not convincing in any case: whether if we consider it as explanation of intentional responsibility, whether if we use it as tool to be used as proof of the intent. As matter of fact, that formula implies the replacement of a mere hypothesis of the real psychological attitude of the agent, which, even when used as a survey criterion and not as evidence, results in unnecessary and impossible *probatio diabolica*, producing risks of regression toward an "authorial" criminal law. The purely hypothetical nature of the justice, in fact, allows us to access the agent characteristics more than the intent of the fact. If you do not want sharing the doctrine based on the idea that the acceptance of risk can't be considered the common element between *dolus eventualis* and conscious negligence. This represent an intent that fails, despite the odds, the subject acts (or omits to act) with the certainty of avoiding the event, the solution might be to predict, next to the intentional responsibility, a form of tort liability risk knowingly taken along the lines of recklessness in the criminal justice system of the various institutions of the English system or took *en danger délibérée* envisaged in the new French penal code and *conscious desprecio por la vida de los Demas* of the Spanish penal code.

Ombretta Dessí

Federalismo, formazione professionale e contratto di inserimento

SOMMARIO: **1.** I termini dell'indagine. **2.** La posizione della dottrina. **3.** La prospettiva centralistica alla prova del ruolo della formazione nel contratto di inserimento. **4.** (*Segue*). del suo rapporto con la nozione di formazione professionale. **5.** (*Segue*). e della causa del contratto di inserimento. **6.** Formazione e ordinamento civile. **7.** L'individuazione del soggetto istituzionale competente. **8.** Legge statale, leggi regionali e autonomia collettiva.

1. I termini dell'indagine

L'interesse per l'individuazione dei soggetti competenti alla disciplina dell'elemento formativo del contratto di inserimento prende le mosse dalla *querelle* relativa alla concorrenza tra le fonti deputate alla regolamentazione della formazione propria dell'apprendistato.

Ci si chiede come mai il suddetto dibattito, apparentemente conclusosi con il d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167, non si sia mai esteso al contratto di inserimento.

L'interrogativo è determinato dalla previsione della formazione nella struttura di tale tipologia di rapporto di lavoro (art. 55, co. 4, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276) e dall'assegnazione all'autonomia collettiva del compito di disciplinarla (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03).

Il rinvio sembra costituire un'incongruenza rispetto alla ripartizione delle funzioni legislative tra lo Stato e le Regioni di cui all'art. 117 Cost.¹, perché il legislatore l'ha previsto come se ritenesse sussistente una propria specifica competenza, nonostante la formazione spetti alla legislazione regionale esclusiva² (art. 117, co. 4, Cost.).

¹ Una parte della dottrina mette in evidenza l'esistenza di anomalie in tema di ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni (in tal senso MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *ADL*, 2002, pp. 660 ss.).

² L'opinione è pressoché unanime in dottrina (cfr. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzio-*

La soluzione del dubbio non appare semplice per via della laconicità del dato normativo (art. 55, co. 4, d.lgs. n. 276/03), che attua l'art. 2, co. 1, lett. b), legge 14 febbraio 2003, n. 30, nel rispetto dei vincoli comunitari³, ma non del complesso intreccio di competenze legislative in materia di lavoro (art. 117 Cost.).

Per trovare una spiegazione si deve procedere all'esame delle opinioni della dottrina sulla questione alla luce del rilievo della formazione sul piano negoziale, della relazione che la lega alla nozione omonima presupposta dalla Costituzione (art. 35, co. 2, Cost.) e della sua collocazione in rapporto alla causa del contratto di inserimento.

Il passo ulteriore consisterà nell'analisi del modello così delineato in connessione col concetto di ordinamento civile, nel rispetto di quanto statuito dalla Corte Costituzionale nelle numerose sentenze che ha dedicato alla concorrenza di competenze.

Successivamente, si valuterà se la relativa disciplina spetti alla legislazione statale o a quella regionale, per poi appurare quali sono i confini entro i quali gli attori istituzionali siano chiamati ad operare, specialmente in rapporto all'autonomia collettiva.

2. La posizione della dottrina

Il tema in questione non è stato trattato dalla dottrina con l'attenzione riservata alla potestà legislativa sulla formazione nel contratto di apprendi-

nale, in *DRI*, n. 1, 2002, p. 157; CARINCI F., *Una riforma rimasta orfana*, in *LPA*, suppl. al n. 1, 2002, p. 5; ZOPPOLI L., *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *LPA*, suppl. al n. 1, 2002, p. 158; LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *RGL*, n. 1, 2002, p. 236; TROJSI, *Formazione professionale e limiti all'esercizio della potestà legislativa dello Stato (a proposito del disegno di legge n. A. S. 1306)*, in REALFONZO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Formazione e lavoro: l'efficacia dei nuovi strumenti giuridici e istituzionali*, Franco Angeli, 2003, p. 163).

³ La decisione dell'Unione Europea di censurare la legislazione italiana sugli incentivi economici a favore dei datori di lavoro in tema di cfl ha giocato un ruolo determinante ai fini del declino di quest'ultimo e dell'introduzione del contratto di inserimento (cfr. TIRABOSCHI M., *Incentivi all'occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, 2002; GAROFALO D., *Il riordino degli incentivi all'occupazione e dei contratti formativi*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002, p. 42; MENGHINI, *I contratti con finalità formative*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002, p. 64; DELFINO, *Gli interventi comunitari in materia di contratti di formazione e lavoro fra diritto della concorrenza e politiche sociali*, in *DLM*, 2003, pp. 167 ss.

stato prima dell'emanazione del d.lgs. n. 167/11⁴, forse perché in quel contesto la disciplina era attribuita dalla legge statale alle Regioni⁵.

La normativa sul contratto di inserimento, invece, non contiene alcun rimando a favore della legislazione regionale, ma si limita a rinviare all'autonomia collettiva la determinazione delle modalità di definizione dei piani individuali di inserimento, considerando la formazione come una di esse (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03).

Il pressoché totale disinteresse degli operatori e degli interpreti non sorprende, poiché richiama un atteggiamento unanime⁶ che esclude tacitamente il rapporto di lavoro in parola dalla ripartizione dei poteri legislativi tra lo Stato e le Regioni e di quelli normativi tra gli attori istituzionali e le parti sociali.

Un simile atteggiamento affonda le sue radici nello scarso rilievo che i giuslavoristi, da tempo, assegnano al requisito in questione, il quale è contemplato solo nel dibattito relativo alla causa del negozio, come è avvenuto qualche decennio fa per il contratto di formazione e lavoro⁷ (d'ora in poi cfl).

Tale opinione sembra aver condizionato le riflessioni degli studiosi, i quali, probabilmente, si sono astenuti da qualunque considerazione, ritenendo che il problema non sussistesse. Coloro che si sono interrogati al ri-

⁴ Per una panoramica sulla nuova disciplina in tema di apprendistato introdotta dal d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167 cfr. TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, 2011, pp. 51-438; FACELLO, RUSTICO (a cura di), *Al via il nuovo apprendistato*, in *Boll. Speciale Adapt*, n. 47, 2011, www.adapt.it.

⁵ Sulla *querelle* la letteratura è vastissima. Mi si consenta di rinviare a DESSÌ, *Formazione in azienda e contratto di apprendistato professionalizzante nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *DLM*, n. 3, 2010, pp. 314-315, note 16, 17 e 18.

⁶ Per la dottrina si veda SCAGLIARINI, *La disciplina del mercato del lavoro e la questione della ripartizione di competenze Stato-Regioni*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, 2004, pp. 531 e 547-550.

Per la giurisprudenza cfr. Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *GC*, 2002, c. 2012 ss., con note di D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, e di MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V*.

⁷ A questo proposito cfr. BALANDI, *Il nuovo contratto di formazione e lavoro*, in *RIDL*, 1986, I, pp. 53 ss.; LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1988, p. 201; PESSI, *Il contratto di formazione e lavoro*, in D'ANTONA, DE LUCA-TAMAJO, VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Jovene, 1988, pp. 10 ss.; CIUCCIOVINO, *Il contratto di inserimento professionale*, in *ADL*, 1995, p. 125; VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Franco Angeli, 2001, pp. 163 ss.; TIRABOSCHI M., *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, 2004, pp. 191 ss.

guardo, invece, non sembrano aver neppure valutato che la formazione possa assumere un rilievo importante nell'ambito negoziale nel quale è inserita (artt. 54 ss. d.lgs. n. 276/03).

La quasi totale assenza di una significativa elaborazione teorica non comporta che la questione non abbia ragione di esistere.

Secondo la tesi più diffusa, in linea con la posizione assunta da Franco Carinci nel 2003⁸, la potestà legislativa su tale profilo spetta allo Stato, che rinvia alla contrattazione collettiva e agli enti bilaterali⁹ (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03).

Il presupposto di tale convinzione è che il contratto di inserimento, essendo un rapporto di lavoro classico, sia attratto nell'orbita dell'ordinamento civile. L'inclusione della formazione è stata argomentata dal carattere "trasversale" di tale nozione, che costituisce un "ambito di competenza"¹⁰ capace di annoverare tutte le "voci" menzionate dall'art. 117 Cost., in nome «dell'indivisibilità dei valori della dignità, dell'uguaglianza e della solidarietà sociale»¹¹. Per di più, la stessa logica è stata adottata dalla Corte Costituzionale, che nella sentenza n. 50 del 2005, rifacendosi allo schema dell'art. 117 Cost., ha affrontato il problema del soggetto competente in tema di formazione nel contratto di apprendistato¹².

Oltre alla previsione dell'art. art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03, un requisito significativo a tali fini è costituito dall'assegnazione alla formazione, definita eventuale dalla legge (art. 55, co. 4, d.lgs. n. 276/03), di un ruolo marginale

⁸ Sul punto cfr. CARINCI F., *Regioni e sindacato nel decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, in *LG*, 2003, pp. 209 ss.; ID., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, pp. 17 ss.

Negli stessi termini FILÌ, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *LG*, n. 5, 2005, p. 406.

⁹ In tal senso SCAGLIARINI, *La disciplina*, cit., p. 349; SPOLVERATO, *Il contratto di inserimento, Commento agli artt. 54-59*, in BROLLO, MATTAROLO, MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, tomo II, coordinato da F. CARINCI, Giuffrè, 2004, p. 227; GAROFALO D., *Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, in *LG*, n. 3, 2004, p. 18; BALANDI, *Formazione e contratto di lavoro*, in *DRI*, n. 1, 2007, p. 151.

¹⁰ L'espressione è impiegata da ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *PD*, n. 3, 2005, p. 410, nota 29.

¹¹ CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DRI*, n. 1, 2007, p. 84.

¹² Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in *RGL*, III, 2005, pp. 502 ss. In proposito cfr. ALBI, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *RIDL*, III, 2005, pp. 530 ss.; BARBIERI, *Il diritto del lavoro tra competenze statali e competenze regionali secondo la Corte Costituzionale*, in *MGL*, n. 4, 2005, pp. 288 ss.

ai fini dell'inserimento e/o del reinserimento dei soggetti svantaggiati¹³ nel mercato del lavoro¹⁴.

Un secondo elemento favorevole sembra consistere nel fatto che le leggi regionali, comprese quelle più evolute, tra le quali la legge campana¹⁵ e quella dell'Emilia Romagna¹⁶, non contengono alcun riferimento ad una specifica disciplina della materia¹⁷.

Infine, la conclusione trova conferma nell'intervento costante dell'autonomia collettiva sull'argomento¹⁸, secondo modelli regolativi differenziati tra le varie categorie o settori e tra i vari livelli operanti in una stessa categoria o settore¹⁹.

3. *La prospettiva centralistica alla prova del rilievo della formazione nel contratto di inserimento*

La teoria che opta per l'assegnazione del profilo in esame alla competenza legislativa statale esclusiva desta alcune perplessità, nonostante sia stata

¹³ Per quanto concerne le donne prive di un impiego regolarmente retribuito, le aree geografiche di riferimento sono quelle individuate dall'art. 54, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 276/03, sulla base del nuovo testo introdotto dall'art. 23, co. 3, l. 12 novembre 2011 n. 183.

¹⁴ In tal senso ZOPPOLI L., *La riforma dei contratti con finalità formative: troppa burrasca per giungere in porto?*, in DE LUCA-TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 548. La stessa opinione è sostenuta, anche se con alcune differenze, da SCAGLIARINI, *Mercato del lavoro: la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi*, in *GL*, suppl., n. 4, 2003, pp. 14 ss.; BALANDI, *Formazione*, cit., p. 138.

¹⁵ Sul punto cfr. NAPOLI, *L'innovativa legge della Campania sul lavoro*, in *DLM*, n. 2, 2010, pp. 401 ss. Per quanto concerne, in particolare, l'AIFA cfr. DE LUCA-TAMAJO, *Nuovi strumenti di inserimento al lavoro: dal contratto di formazione e lavoro all'accordo d'inserimento formativo per l'assunzione*, in REALFONZO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Formazione e lavoro: l'efficacia dei nuovi strumenti giuridici e istituzionali*, Franco Angeli, 2003, pp. 35 ss.; TEBANO, *Un nuovo strumento regionale di inserimento formativo tra disciplina interna e vincoli comunitari*, in *DLM*, 2004, pp. 279 ss.

¹⁶ In proposito GUSMANI, RICCIARELLI, *Accesso al sapere: istruzione e formazione professionale nella legge della Regione Emilia-Romagna n. 12 del 2003*, in *IF*, n. 2-3, 2004, pp. 327 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. CARUSO, ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *RIDL*, II, 2007, pp. 569 ss.; CARUSO, COMANDÉ, *Modelli di regolazione giuridica, fonti e sistema delle competenze sulla formazione*, in *QR*, 2008, pp. 737 ss.

¹⁸ Un accenno alla disciplina della formazione del contratto di inserimento da parte dell'autonomia collettiva si trova in NADALET, *Le tecniche di regolazione dello svantaggio sociale nella contrattazione collettiva*, in BALANDI, BALLESTRERO (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, 2005, § 5.

¹⁹ Sul punto cfr. ISFOL, *Contratto di inserimento*, 2006, in www.isfol.it.

“sposata” dalla gran parte della dottrina e abbia trovato conferma nei contenuti della legislazione regionale e della contrattazione collettiva.

Un punto dolente è costituito dall’idea che la formazione abbia un rilievo marginale, o meglio “eventuale” nell’architettura del contratto di inserimento, mentre un altro profilo critico attiene alla sua inclusione nella nozione di ordinamento civile.

Per quanto concerne il primo dubbio, considerato l’obiettivo occupazionale risultante dall’art. 54, co. 1, d.lgs. n. 276/03²⁰, appare inverosimile che essa non giochi un ruolo di primo piano in tale contesto di senso.

Il contratto di inserimento, proponendosi di adeguare le competenze dei lavoratori secondo quanto previsto dal progetto di inserimento, conferisce loro la «professionalità al cui conseguimento (...) è finalizzato e la cui acquisizione è funzionale al proseguimento del rapporto presso il medesimo datore di lavoro»²¹.

Posto che comporta l’acquisizione, da parte del lavoratore, di nozioni e informazioni – che prima non possedeva – necessarie a facilitarne l’ingresso e la permanenza nel mercato del lavoro, l’adattamento consiste innegabilmente nel risultato di un’attività formativa.

Appare, dunque, plausibile che quest’ultima favorisca la realizzazione del progetto individuale, garantisca il perseguimento dell’obiettivo occupazionale e coincida con le modalità di attuazione dello stesso progetto.

Una prima conferma di tale supposizione sembra potersi desumere dal fatto che l’elemento in esame assume nel contratto di inserimento un rilievo analogo a quello che gli era proprio nel cfl debole²². Il contratto di inserimento somiglia al cfl ed è «regolato in modo sostanzialmente simile»²³, per cui è probabile che gli si avvicini anche da questo punto di vi-

²⁰ “Il nome (...) “contratto di inserimento” (...) connota l’essenziale funzione di avviare un soggetto al lavoro, inserendolo (...) in un certo contesto lavorativo, al quale egli va adattato” (RUSCIANO, *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Scritti in onore di Mattia Persiani, Cedam, 2005, tomo II, p. 1219).

²¹ ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2005, p. 167.

²² Il contratto di inserimento è scaturito dal “riordino dei contratti a contenuto formativo” (art. 2, legge 14 febbraio 2003, n. 30) e dalla «valorizzazione dei contenuti formativi» del cfl (art. 16, co. 5, legge 24 giugno 1997, n. 196).

²³ BELLOCCHI, *Apprendistato e contratto di inserimento. Commento agli artt. 47-60 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in PEDRAZZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, p. 603.

sta²⁴. Ciò significa che nell'uno e nell'altro caso la formazione, anche se minima, determina l'adattamento delle competenze del lavoratore in chiave occupazionale, giocando un ruolo di primaria importanza.

Secondariamente, si devono prendere in considerazione alcuni indizi deducibili dagli artt. 54 ss. del d.lgs. n. 276/03²⁵, che paiono condurre alla medesima conclusione.

Sicuramente il trattamento retributivo ridotto che la legge riserva ai prestatori assunti mediante contratto di inserimento (art. 59, co. 1, d.lgs. n. 276/03) ne risalta l'incidenza²⁶, perché può essere giustificato solo dalla formazione diretta all'acquisizione di una professionalità «che il lavoratore non possiede e il cui conseguimento costituisce l'obiettivo del contratto»²⁷.

Anche gli incentivi di carattere contributivo che la legge assegna ai datori di lavoro (art. 59, co. 3, d.lgs. n. 276/03) paiono sottintendere che la formazione abbia un peso apprezzabile perché devono essere revocati se quest'ultima non è impartita nel rispetto di quanto previsto dal progetto di inserimento.

Inoltre, la facoltà del datore di lavoro di finanziare l'attuazione del progetto con i fondi interprofessionali per la formazione continua²⁸ (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03), analogamente a quanto stabilito in materia di apprendistato (art. 2, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 167/11), lascia intendere che essa abbia un rilievo decisivo.

Infine, si rivelano determinanti ai nostri fini le sanzioni previste, ri-

²⁴ Secondo una parte della dottrina anche nel cfl "debole" il datore di lavoro poteva adempiere all'obbligo formativo mediante la formazione teorica o *on the job* (art. 16, co. 5, legge 19 luglio 1994, n. 451) – cfr. BELLOMO, *La nuova disciplina dei contratti di formazione e lavoro*, in SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997, pp. 283 ss.

²⁵ RAVELLI, *Appunti in tema di riordino dei contratti a contenuto formativo nel decreto legislativo 276/2003*, in *SP*, n. 2, 2004, p. 22.

²⁶ Negli stessi termini VARESI, *I contratti*, cit., p. 144. *Contra* ALESSI, *Professionalità*, cit., p. 172.

²⁷ ALESSI, *Professionalità*, cit., p. 171.

²⁸ In tal senso ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 171. Cfr. anche TIRABOSCHI P., *Contratto di inserimento, Fondi Interprofessionali, disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *DRI*, n. 1, 2004, pp. 90 ss.; RAVELLI, *Appunti*, cit., p. 22.

Per un'analisi dei fondi interprofessionali per la formazione continua cfr. GAROFALO D., *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, 2004, pp. 103 ss.; PEDRAZZOLI, *Sub art. 12. Fondi per la formazione e per l'integrazione del reddito*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, pp. 157 ss.

spettivamente, in presenza di un contratto di inserimento privo del progetto (art. 56, co. 1, d.lgs. n. 276/03) e in caso di realizzazione dello stesso secondo modalità distinte da quelle ivi indicate²⁹ (art. 55, co. 5, d.lgs. n. 276/03). Riguardo alla prima ipotesi, sul presupposto che la formazione costituisce il contenuto del progetto, l'assenza di quest'ultimo si concretizza nella mancata previsione di un adeguato percorso formativo, che, impedendo il perseguimento dell'obiettivo occupazionale, determina la nullità del negozio come tale e la sua conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Nel secondo caso le inadempienze del datore di lavoro, che, «seppur gravi» non sono «comunque tali da (...) compromettere l'obiettivo del contratto»³⁰, comportano la parziale inottemperanza dell'obbligo formativo, il quale, vista la sanzione conseguente, sembra avere un ruolo tutt'altro che eventuale.

Poste queste premesse, si ritiene che l'avverbio “eventualmente” non sia riferito alla formazione, quanto alla possibilità che sia svolta *on the job* o in via teorica³¹, e che, pertanto, non possa essere impiegato per argomentare una sua improbabile limitazione in tale contesto³². Più precisamente, a prescindere dal fatto che abbia un contenuto teorico o «piuttosto di orientamento e di addestramento pratico»³³, essa deve essere presente, in vista dell'inserimento o del reinserimento dei lavoratori svantaggiati.

La convinzione si rafforza se si analizza l'Accordo Interconfederale dell'11 febbraio 2004³⁴, che assegna alla formazione una rilevanza obbligatoria nel contesto negoziale, tanto che il piano d'inserimento deve indicare la durata (che non può essere inferiore alle sedici ore annue), le modalità della formazione teorica (con la specificazione delle materie che costituiranno oggetto di insegnamento) e le congrue fasi di addestramento specifico (impartite anche con modalità di *e-learning*).

Una conferma di tale tendenza è deducibile da alcuni recenti contratti collettivi, che prevedono una durata dell'attività di insegnamento-addestra-

²⁹ Il tema è trattato da BALANDI, *Formazione*, cit., p. 166.

³⁰ ALESSI, *Professionalità*, cit., p. 175.

³¹ L'opinione è stata sostenuta per la prima volta da ALESSI, *Professionalità*, cit., p. 170.

³² In tal senso anche ROCCELLA, *Manuale*, cit., p. 194.

³³ SPOLVERATO, *Il contratto*, cit., p. 235.

³⁴ Per un'analisi dell'Accordo Interconfederale dell'11 febbraio 2004 cfr. GARATTONI, *Misure per il sostegno all'inserimento di lavoratori svantaggiati, contratto di inserimento e contratto di apprendistato*, in *LD*, n. 2-3, 2006, pp. 321 ss.

mento più lunga di quella prefigurata dall'Accordo Interconfederale. Secondo l'art. 8 del CCNL del settore energia e petrolio del 30 marzo 2006 (rinnovato il 23 marzo 2010), i lavoratori hanno diritto ad un minimo di formazione corrispondente a quaranta ore annue – se sono stati assunti mediante un contratto di inserimento di durata pari a dodici mesi – e di sessanta ore annue – qualora siano titolari di un contratto di durata pari a diciotto mesi³⁵. Una previsione analoga si riscontra nell'art. 41 del CCNL del settore commercio del 18 luglio 2008, in virtù del quale essa non può essere inferiore a ventiquattro ore annue per i lavoratori assunti con contratto di inserimento puro e a sedici ore (annue) per quelli assunti con contratto di reinserimento³⁶.

L'obbligatorietà della formazione risultante dall'Accordo Interconfederale e dai contratti collettivi richiamati appare idonea a ribaltare l'opinione che la considera eventuale e a riconoscerle un rilievo precipuo in vista della creazione di nuove occasioni di lavoro.

La *vis* occupazionale non sembra contrapporsi al fatto che essa sia asservita all'attuazione del progetto di inserimento, ma, anzi, induce a ritenere che i due requisiti siano perfettamente in armonia. Il progetto di inserimento ha un'importanza essenziale nel contratto omonimo perché lo identifica come autonoma fattispecie negoziale³⁷ e, mediante l'adattamento delle competenze del lavoratore, assicura il perseguimento dell'obiettivo occupazionale. La formazione, invece, è funzionale ad esso, nel senso che ne facilita l'attuazione in quella direzione, senza, tuttavia, esserne oscurata, tanto che conserva un'identità sua propria e una certa autonomia nella struttura del contratto.

4. (Segue). *del suo rapporto con la nozione di formazione professionale*

La questione dell'eventualità o meno della formazione nel contratto di inserimento deve essere valutata anche sulla base della relazione che la lega

³⁵ Il CCNL del settore energia e petrolio è stato citato da GARATTONI, *Misure*, cit., p. 324 e da MASSI, *Il contratto di inserimento: problematiche e soluzioni*, in *DPL*, n. 39, 2004, p. 2508.

³⁶ Il CCNL del settore commercio è stato menzionato da MASSI, *Il contratto*, cit., p. 2508.

³⁷ Non a caso la legge ha definito il progetto come "condizione per l'assunzione" (cfr. BALLETTI, *Contratto di inserimento*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, pp. 677 ss.).

alla nozione omonima richiamata dalla Costituzione³⁸ (art. 35, co. 2, Cost.). Se non dovesse esservi armonia tra i due concetti, si potrebbe ragionevolmente dubitare della natura realmente formativa di tale “attività”. In caso contrario, sarebbe arduo dare credito all’idea della sua marginalità, per via delle caratteristiche che risulterebbero esserle proprie.

Prima di entrare nel vivo del discorso si deve sottolineare come il legislatore costituzionale non abbia mai proceduto alla definizione della “formazione” e come abbia sempre rinviato a quella propria del diritto comunitario³⁹, in virtù di una competenza legislativa concorrente che vede la sovranità nazionale operare in posizione di «soggezione»⁴⁰ rispetto a quella dell’Unione Europea⁴¹ (art. 165 del Trattato istitutivo).

Sul piano funzionale il profilo formativo del contratto di inserimento si rivela confacente al diritto sociale alla formazione, previsto nel titolo II, rubricato “dignità”, del Trattato Costituzionale Europeo – che ingloba la Carta di Nizza del 2000 – perché assicura la libertà effettiva della persona del lavoratore (art. 74.I del Trattato Costituzionale), consentendogli di decidere come e dove formarsi. Infatti, anche se non prescinde dal mercato e dall’impresa e non è rivolto ad un lavoro di qualità, va incontro a lui e ai suoi bisogni, specialmente allo scopo di favorirne il passaggio da un lavoro instabile ad uno sicuro, ed è organizzato sulla base delle competenze che questi possiede al momento dell’assunzione. Ciò significa che costituisce una tappa del percorso professionale e di vita del lavoratore⁴² e un contri-

³⁸ Circa la formazione nell’ambito della Costituzione cfr. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, n. 1, 1954, p. 149; MANCINI, *Commento sub art. 4 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975, pp. 219 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.Vv., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, 1978, pp. 65-66.

³⁹ Sulla nozione comunitaria di formazione cfr. CARUSO, *Occupabilità*, cit., pp. 34 ss.; ROCCELLA, *Formazione, occupabilità e occupazione in Europa*, in *DRI*, n. 1, 2007, pp. 187 ss.; COCCONI, *Il ruolo della politica comunitaria nel settore dell’istruzione e della formazione professionale nella costruzione della dimensione sociale dell’Unione Europea*, in *RIDPC*, 2003, pp. 1413 ss.

⁴⁰ LUNARDON, *Il diritto alla formazione nell’ordinamento europeo e nella Costituzione italiana*, in *RDPE*, n. 2, 2010, p. 10.

⁴¹ Per una ricostruzione della competenza in tema di formazione cfr. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell’Unione europea*, II, Giuffrè, 2001, pp. 239 ss.; ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2002, p. 155.

⁴² Su tale ruolo della formazione cfr. ROMAGNOLI, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *DLM*, n. 2, 1999, p. 236. Cfr. anche TRONTI, *Capitale umano e nuova economia. Riorganizzazione dei sistemi formativi e sviluppo dei mercati delle conoscenze*, in *DLM*, n. 1, 2003, p. 74.

buto alla sua elevazione personale⁴³, anche se non gli assicura l'ingresso definitivo nel mercato del lavoro, ma solo la «prospettiva dell'eventuale stabilizzazione del contratto»⁴⁴.

Secondariamente, si configura come strumento di occupabilità⁴⁵, perché funge da cerniera tra le politiche occupazionali, le politiche sociali e le politiche dell'istruzione⁴⁶, in linea con quanto stabilito dall'art. 6.2 del TUE, dal TCE (art. 136.1) e dal preambolo del Trattato di Amsterdam – che si rifanno all'art. 15 della Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali del 1989 e all'art. 120 della Carta Sociale Europea del 1961, riformata nel 1996⁴⁷ – e (in linea) con la sua inclusione nella SEO⁴⁸. Non a caso si propone di fare in modo che i soggetti svantaggiati trovino un'occupazione (art. 150.2 TCE), consentendo «al giovane di inserirsi nel mercato del lavoro, all'occupato di permanerci, incrementando la propria professionalità e

⁴³ In proposito cfr. URSO, *Dialogo sociale*, Dossier a cura del C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 2006, www.lex.unict.it.

⁴⁴ GAROFALO D., *Aiuti di stato all'occupazione e contratto di inserimento: la advantaged/disadvantaged theory*, in *LG*, n. 1, 2005, p. 305.

⁴⁵ Sul punto cfr. CARUSO, *Occupabilità*, cit., pp. 20 ss.; ROCCELLA, *Formazione*, cit., pp. 194 ss.; GAROFALO D., *Formazione*, cit., pp. 1 ss. Per quanto concerne il suo coinvolgimento nel MAC cfr. LO FARO, ANDRONICO, *Metodo di coordinamento aperto e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, n. 108, 2005, pp. 513 ss.; RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *DLM*, 2006, pp. 67 ss.

⁴⁶ Ciò emerge dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam, introduttivi del capitolo sull'occupazione collegato alle politiche sociali, nel quale si fa riferimento anche alle politiche formative (cfr. COCCONI, *Il ruolo*, cit., pp. 1415 ss.).

In tal senso SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, n. 2, 2001, pp. 391 ss.; BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *LD*, n. 2, 2005, pp. 349 ss.; VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *RGL*, n. 1, 2006, pp. 471 ss.

Secondo un altro orientamento le politiche formative sono subordinate allo scopo economico dell'UE (LO FARO, ANDRONICO, *Metodo*, cit., pp. 513 ss.; CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 40).

⁴⁷ Nella Carta di Nizza la titolarità del diritto alla formazione è riconosciuta non ai soli lavoratori comunitari (artt. 15 della Carta Comunitaria del 1989 e 120 della Carta Sociale Europea), ma a tutti gli individui (cfr. DEMURO, *Commento agli articoli 14 e 15*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, 2001, pp. 115 ss.; COCCONI, *Il ruolo*, cit., pp. 1411 ss.).

⁴⁸ Sulla politiche formative nella SEO cfr. MASSIMIANI, *La formazione nella SEO*, in *Formazione e politiche per l'occupazione*, Dossier a cura del C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 2006, www.lex.unict.it.

competitività, e al disoccupato di reinserirsi»⁴⁹, nel rispetto della normativa antidiscriminatoria.

Non gli si può, inoltre, negare una finalità di qualificazione e di riqualificazione produttivistica del lavoro, perché lo adegua ai progressivi cambiamenti dell'impresa⁵⁰. Si profila, dunque, come un investimento datoriale⁵¹, perché, attraverso il conferimento di nozioni tecnico-specialistiche, determina un vantaggio competitivo⁵², che, nella migliore delle ipotesi, si concretizza nell'assunzione del lavoratore con un contratto a tempo indeterminato.

Sul piano dei contenuti, in linea con il modello comunitario, il profilo in esame consiste nell'attività e nel prodotto dell'apprendimento, da parte del lavoratore, delle nozioni e delle abilità necessarie ad acquisire una qualificazione certificata⁵³ o, comunque, indispensabili allo svolgimento di una serie di attività tecnico-pratiche⁵⁴ (art. 14 della Carta di Nizza).

Ciononostante, non rientra nel concetto di formazione generale, perché non attribuisce al prestatore delle conoscenze trasferibili ad altre imprese o settori di occupazione, tali da migliorarne la possibilità di collocamento e sottoposte ad un onere di riconoscimento, di certificazione o di convalida da parte delle istituzioni che gli Stati membri o il legislatore comunitario considerano competenti in materia⁵⁵ (art. 2, lett. e), Reg. 68/

⁴⁹ GAROFALO D., *Formazione*, cit., p. 324. Cfr. anche SCIARRA, *Diritti sociali*, cit., pp. 391 ss.

⁵⁰ La formazione rileva come bene pubblico (cfr. NAPOLI, *La riforma del Fondo sociale europeo*, in *RGL*, n. 4, 2000, pp. 899 ss.) perché concerne l'inserimento di soggetti svantaggiati nel mercato del lavoro, come bene privato, anche se condiviso, perché incide sull'occupabilità soggettiva (cfr. FAVENNEC-HÉRY, *Le droit individuel à la formation*, in *DS*, n. 9-10, 2004, pp. 806 ss.) e come bene collettivo, perché è disciplinata dall'autonomia collettiva (cfr. CARUSO, *Occupabilità*, cit., pp. 35 ss.; LUNARDON, *Il diritto*, cit., pp. 83-85).

⁵¹ Sulla formazione come investimento per l'impresa cfr. BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in *DRI*, n. 1, 1998, pp. 82-83; VENEZIANI, *La formazione dei lavoratori dalla Concertazione triangolare al "Pacchetto Treu"*, in *LG*, n. 1, 1998, pp. 7 ss.

⁵² Al riguardo cfr. BIAGI, *Recessione e mercato del lavoro: dalla formazione alla flessibilità*, in *DRI*, n. 1, 1993, p. 262.

⁵³ Sulla nozione di formazione prevista dalla Carta di Nizza cfr. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RIDPC*, n. 1, 2002, pp. 31 ss.; CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana, verso il "Trattato Costituzionale europeo"*, in *EDP*, n. 1, 2003, pp. 33 ss.

⁵⁴ Corte cost. 24-30 maggio 1977, n. 89, in *RGL*, 1977, pp. 33 ss.

⁵⁵ La dicotomia è espressamente prevista dalla Decisione della Commissione 98/C 347/07 e dal Reg. CE 68/2001/CE, del 12 gennaio 2001 (modificato dal Reg. 363/2003/CE, del 25 febbraio 2003).

2001/CE). Si tratta, invece, di un'ipotesi di formazione specifica, perché implica che siano impartiti al lavoratore insegnamenti direttamente e prevalentemente applicabili alla posizione, attuale o futura, che occupa presso l'impresa beneficiaria e non trasferibili, se non limitatamente, ad altre imprese o settori di occupazione⁵⁶ (art. 2, lett. d), Reg. 68/2001/CE).

Inoltre, indipendentemente dal fatto che sia generale o specifica, la formazione in esame, al pari di quella di matrice comunitaria, può avere carattere teorico oppure configurarsi come attività *on the job*⁵⁷, per cui può essere impartita secondo modalità di esecuzione compatibili con entrambi i criteri. Non a caso, nel diritto comunitario i costi ammissibili nell'ambito di un progetto di aiuti da parte di uno Stato membro devono essere previsti per le stesse categorie di spese, indipendentemente dal fatto che si tratti di formazione teorica o pratica (art. 4, par. 7, Reg. 68/2001/CE). La sola differenza, che non cambia i termini della questione, riguarda i limiti percentuali previsti per l'esenzione dall'obbligo di notifica, che sono diversi in caso di formazione specifica (art. 4, par. 2, Reg. 68/2001/CE) e di formazione generale (art. 4, par. 3, Reg. 68/2001/CE).

5. (Segue). e della causa del contratto di inserimento

Un'ulteriore riflessione diretta a stabilire se il requisito in esame abbia o no carattere eventuale riguarda la collocazione che assume rispetto alla causa del contratto di inserimento, che, tra l'altro, potrebbe rivelarsi utile anche per mettere ordine in un dibattito soltanto accantonato e mai giunto ad una svolta definitiva.

Se si dovesse dare per buono quanto sostenuto dai fautori della teoria in critica, il contratto di inserimento dovrebbe essere inteso come un negozio a causa semplice e a termine soggettivamente qualificato⁵⁸, in quanto

⁵⁶ La nozione comunitaria di formazione è stata fatta propria dall'Intesa del 17 febbraio 2010 (cfr. *Linee guida per la formazione nel 2010*, Intesa sulla formazione tra Governo, Regioni e parti sociali, 17 febbraio 2010, in *Boll. Adapt*, n. 6, 2010, www.adapt.it; BELLEZZA, RUSTICO, *Formazione, relazioni industriali e dialogo sociale: l'intesa Governo, Regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010*, in *DRI*, n. 2, 2010, p. 525).

⁵⁷ Cfr. la descrizione effettuata da BELLOCCHI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, cit., p. 630.

⁵⁸ L'opinione fa capo a ZOPPOLI L., SARACINI, *I contratti a contenuto formativo tra «formazione e lavoro» e «inserimento professionale»*, in *W.P. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 34, 2004, p. 35, www.lex.unict.it; GAROFALO D., *Il contratto*, cit., p. 309; ID., *Aiuti*, cit., pp. 9-13;

finalizzato all'inserimento o al reinserimento di talune categorie di soggetti svantaggiati. Non per niente gli stessi Autori affermano che la formazione rientrante nella nozione di ordinamento civile e spettante alla competenza legislativa dello Stato abbia un peso marginale in tale contesto e la intendono come un elemento negoziale puro.

La teoria della causa semplice non può essere condivisa perché non riesce a spiegare in maniera ragionevole la peculiarità della formazione in quel contesto contrattuale. Se realmente il contratto di inserimento fosse tale, si discosterebbe così «poco dallo schema del comune rapporto individuale di lavoro da non presentare particolari difficoltà di classificazione»⁵⁹. Inoltre, la formazione si configurerebbe davvero come una delle modalità eventualmente utilizzabili (art. 55, co. 4, d.lgs. n. 276/03) dal datore di lavoro ai fini della realizzazione del progetto di inserimento (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03) e avrebbe un ruolo marginale. Sulla base di quanto appena verificato, invece, ha un'importanza di tutto rispetto e una finalità che ricorda quella delle politiche attive del lavoro, il che induce ad avanzare dubbi riguardo alla sua inquadrabilità nella nozione di ordinamento civile e alla spettanza della sua disciplina alla legislazione statale esclusiva.

Il ruolo della formazione non risulta essere tale da giustificare neppure l'inclusione del contratto di inserimento tra i rapporti di lavoro a causa mista⁶⁰, nell'ambito dei quali rientra l'apprendistato⁶¹. Se fosse davvero riconducibile a tale contesto, infatti, «l'obbligazione a fornire l'attività formativa gravante sul datore di lavoro» sarebbe «idonea ad entrare nella causa del contratto alterandola»⁶², perché darebbe luogo ad un arricchimento del sinallagma classico lavoro-retribuzione. Una simile teoria non è stata "spostata" neppure dai sostenitori della prospettiva centralistica, perché presup-

TIRABOSCHI M., *La riforma*, cit., p. 201; MARTONE, *Contratti a finalità formative: il contratto di inserimento*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, p. 300; LUNARDON, *Il diritto*, cit., p. 76.

⁵⁹ MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, p. 781.

⁶⁰ In questi termini ALESSI, *Professionalità*, cit., pp. 174 ss.

⁶¹ In tal senso, per tutti, LOY, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, 1989, pp. 61-65. *Contra* BALANDI, *Formazione*, cit., pp. 160 ss. Cfr. anche LOFFREDO, *I contratti a finalità formative: tra un passato incerto e un futuro difficile*, in DE LUCA-TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale scientifica, 2004, pp. 489 ss.

⁶² GAROFALO M.G., *I contratti a causa mista nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *RGL*, n. 3, 2004, p. 416.

pone che sia considerata pregnante e non marginale nell'ambito dello stesso contratto.

La teoria che configura il contratto di inserimento come un rapporto di lavoro a causa mista non può essere condivisa perché la formazione non determina un'alterazione funzionale dell'elemento causale nell'ambito di esso. Infatti, non rileva in via autonoma rispetto all'espletamento della prestazione lavorativa, né consente al lavoratore al quale è destinata di acquisire una qualifica professionale spendibile al di fuori dell'azienda. Consiste, invece, in una delle modalità utilizzabili (art. 55, co. 4, d.lgs. n. 276/03) dal datore di lavoro ai fini della realizzazione del progetto di inserimento (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03), per cui ha uno scopo occupazionale.

Per fornire una spiegazione ragionevole dell'istituto rispetto alla causa del negozio si deve far propria l'opinione secondo la quale il contratto di inserimento consiste in un rapporto di lavoro a causa mista⁶³, non per via della formazione, quanto del progetto, che incide sul sinallagma⁶⁴ e si configura come obbligo del datore di lavoro e come diritto del lavoratore. Così spiegata la natura del contratto, la formazione, anche se non ha la stessa funzione assegnatale dalla legge nel contratto di apprendistato, favorisce l'occupazione e non risulta essere un elemento di carattere accessorio o eventuale, ma un profilo determinante al perseguimento dell'obiettivo contrattuale.

6. Formazione e ordinamento civile

Un profilo della teoria centralistica che desta perplessità consiste nell'inclusione della formazione propria del contratto di inserimento nella

⁶³ In tal senso GAROFALO M.G., *I contratti*, cit., p. 416; SPOLVERATO, *Il contratto*, cit., pp. 234 ss.; BALLETTI, *Contratto*, cit., pp. 647-649; ID., *Il contratto di inserimento al lavoro: profili strutturali e funzionali del nuovo modello negoziale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, p. 171; VINCIERI, *Il contratto di inserimento ovvero il nuovo gfi?*, in *DRI*, n. 1, 2004, p. 66; GARATTONI, *Misure*, cit., p. 325; D'ONGHIA, *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto di inserimento*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, pp. 381 ss.; MONACO, *Contratto di inserimento, Commento all'art. 55*, in DE LUCA TAMAJO, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (Riforma Biagi)*, Cedam, 2007, pp. 775-776; BELLOCCHI, *Dal contratto di formazione e lavoro al contratto di inserimento*, in SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 2009, pp. 405 ss.).

⁶⁴ In tal senso LOI, *Il contratto di inserimento*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai d.lgs. n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2004, p. 533; MENGHINI, *I contratti a contenuto formativo*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, 2003, pp. 150 ss.

nozione di ordinamento civile, perché non tiene conto delle sfumature e delle peculiarità che la caratterizzano e che influenzano inevitabilmente la sua riconduzione alla competenza legislativa dello Stato o delle Regioni.

Secondo quanto statuito dalla Corte Costituzionale, la voce “ordinamento civile”, spettante alla competenza legislativa statale esclusiva (art. 117, co. 2, lett. l), Cost.), annovera tutti gli istituti riconducibili al rapporto di lavoro subordinato⁶⁵.

La formazione, invece, non presenta questa natura, non almeno completamente, anche se – come nel caso in esame – rientra nella struttura negoziale di un contratto di lavoro. Non si deve trascurare, infatti, che, in quel contesto, realizza un interesse pubblico generale, perché è rivolta alla tutela di alcune categorie di lavoratori svantaggiati⁶⁶. Non a caso, l'interesse può dirsi soddisfatto quando il datore di lavoro fronteggia la difficoltà «socialmente tipica» di tali prestatori «di trovare occupazione a cagione della minore utilità della loro prestazione lavorativa, prodotta dallo scarto tra le capacità professionali generiche e il contesto lavorativo»⁶⁷. Una simile difficoltà può essere superata, almeno parzialmente, se viene loro impartita la formazione adeguata, secondo quanto stabilito dal progetto di inserimento.

Nonostante quanto appena asserito, non si intende affermare che la soluzione del quesito debba essere dedotta dal fatto che la formazione è diretta a favorire l'occupazione. «Le finalità perseguite da una norma non valgono (...) a modificarne la natura, essendo il fine perseguito estraneo» al suo «contenuto»⁸, che, invece, incide sulla disciplina intersoggettiva del contratto. Se si seguisse questa via, si commetterebbe l'errore di impiegare

⁶⁵ Per quanto concerne le numerosissime pronunce della Consulta cfr. Corte cost. 21 dicembre 2003, n. 363, in *www.giurcost.org*; Corte cost. 25 settembre 2003, n. 303, in *FA, CDS*, 2003, c. 2776; Corte cost. 17 dicembre 2003, n. 370, in *FI*, I, 2005, c. 49; Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 13, in *GC*, n. I, 2004, pp. 218 ss.

Per quanto riguarda la dottrina cfr., per tutti, LISO, *La disciplina regionale della disoccupazione di fronte alla Corte Costituzionale*, nota a Corte cost. 13 luglio 2007, n. 268, in *DRI*, n. 2, 2008, pp. 330 ss. e in *www.federalismi.it*, n. 7, 2008; CARINCI F., *Riforma*, cit., p. 76; GAROFALO M.G., *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, p. 410; MAGNANI, *Il lavoro*, cit., pp. 645 ss.

⁶⁶ L'interesse giustifica il ricorso ad uno strumento di diritto diseguale (cfr. DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, 2005, pp. 43 ss.).

⁶⁷ GAROFALO M.G., *I contratti*, cit., p. 427.

⁶⁸ BARBIERI, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 290.

rigidamente lo schema contemplato dall'art. 117 Cost.⁶⁹, tralasciando le «numerose intersezioni tra materie ed ambiti appartenenti a ciascuna di tali competenze»⁷⁰. Lo stesso «modello sotteso all'art. 117 Cost. (...) è quello dell'integrazione e dell'intreccio tra competenze, e non quello della separazione e di una netta distinzione tra queste»⁷¹, tanto che la Consulta precinde «dall'attualità del riparto di funzioni che esse» realizzano «nel quadro dell'assetto costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni»⁷². Si deve, inoltre, considerare che ogni singola “materia” difficilmente assume un significato preciso ed appare tutt'altro che rigida, al punto che una parte della dottrina parla di «valore relativo degli elenchi di materie»⁷³.

Vero è che l'ordinamento civile non è una materia nel senso classico del termine, perché, secondo l'opinione dei giudici costituzionali⁷⁴, non comprende «un insieme di fattispecie predeterminabili in via interpretativa attraverso il riferimento ad un oggetto»⁷⁵. Al contrario, ha carattere “trasversale”, in quanto può «incidere su diversi oggetti con l'obbiettivo di raggiungere la finalità costituzionalmente fissata»⁷⁶. Ciononostante, non si considera adatto, non almeno completamente, a contenere il profilo formativo, perché «tende a oscurare l'ibridazione, nella regolazione, di moduli giuridici differenziati ma interconnessi, la cui simmetria con gli interessi regolati è (...) definitivamente saltata»⁷⁷. Non a caso, oggi più che mai, lo strumento contrattuale è impiegato per provvedere agli interessi pubblici – si pensi ai patti locali – e la legge e gli atti amministrativi hanno, spesso, ad oggetto interessi privati e, addirittura, individuali.

⁶⁹ Cfr. Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit., p. 2012. Si veda anche BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, nota a Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *LR*, 2002, pp. 1445 ss.

⁷⁰ TROJSI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *RGL*, I, 2007, p. 675. Cfr. anche ZOPPOLI L., *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in *DLM*, 2003, pp. 101-102.

⁷¹ TROJSI, *La potestà*, cit., p. 675.

⁷² MANGIAMELLI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, 2007, p. 122.

⁷³ CARETTI, TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, 2009, pp. 61 ss.

⁷⁴ Cfr. Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit., p. 2012; Corte cost. 30 luglio 2002, n. 407, in *FI*, III, 2003, cc. 688 ss.; Corte cost. 29 dicembre 2004, n. 423, in *FI*, I, 2005, cc. 2292 ss.; Corte cost. 19 luglio 2005, n. 285, in *GC*, 2005, pp. 2777 ss.

⁷⁵ MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 207 del 2002*, in *GC*, n. 2, 2002, p. 2951. Cfr. anche D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *QC*, 2002, § 4.

⁷⁶ MARINI, *La Corte*, cit., p. 2952.

⁷⁷ CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 88.

«Sulla base di quali criteri», allora, «deve ritenersi che lo statuto di competenza (...) legato»⁷⁸ all'ordinamento civile sia più forte e prevalga su quello di competenza regionale concorrente o esclusiva connesso alla formazione?

Non è forse opportuno ritenere, parafrasando quanto statuito dalla Corte Costituzionale in un altro contesto⁷⁹, che anche in questo caso si realizzi un intreccio tra profili formativi e regolazione del contratto tale da renderne dubbia l'attribuzione alla sola competenza legislativa statale esclusiva?

Appare davvero irragionevole ipotizzare che le parti collettive e individuali che definiscono il progetto di inserimento debbano disciplinarlo nel rispetto della legislazione regionale in via concorrente o esclusiva?

Per decifrare l'enigma occorre rifarsi alle statuizioni della Consulta rispetto alla *querelle* relativa alla ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni in tema di formazione nell'apprendistato⁸⁰. Il parallelo appare appropriato perché la formazione tipica del contratto di inserimento, nonostante non attribuisca al lavoratore una qualifica professionale e, di conseguenza, non ne arricchisca l'elemento causale, ha la stessa natura di quella che caratterizza l'apprendistato.

Posta questa premessa, si ritiene che il contratto di inserimento, rientrando nell'ampia categoria dei rapporti di lavoro, sia compreso nell'ordinamento civile e spetti alla competenza legislativa esclusiva dello Stato⁸¹.

Ciononostante, la legge regionale può legittimamente entrare in gioco per via del groviglio di materie che sono in parte di competenza statale e in parte di competenza regionale.

Naturalmente, non tutti i requisiti di carattere formativo legittimano le incursioni della legislazione regionale, ma solo quelli che non presentano connessioni con il diritto privato e che, anche dal punto di vista pratico, sono interessati da una legislazione statale che si limita a sancire pochi principi fondamentali e da una regionale che li specifica, adattandoli alla realtà del territorio. Si pensi alla durata minima e alle condizioni basilari di erogazione della formazione, ai criteri generali di riconoscimento dell'in-

⁷⁸ ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 401.

⁷⁹ Corte cost. 16 giugno 2005, n. 232, in *EA*, *CDS*, 2005, c. 1657.

⁸⁰ Cfr. Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, cit.

⁸¹ In proposito cfr. Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *IC*, n. 2, 2004, pp. 185 ss., con nota di ALPA, «L'ordinamento civile» nella recente giurisprudenza costituzionale, e in *RGL*, n. 1, 2004, pp. 19 ss., con nota di ANGIOLINI, *Ordinamento civile e competenza regionale*.

cremento della professionalità del prestatore, previsti dai contratti collettivi, e alla registrazione delle competenze da lui acquisite nel libretto formativo, contemplata dalla legge (art. 55, co. 4, d.lgs. n. 276/03). Si considerino, ancora, le altre modalità di attuazione del progetto di inserimento – tra le quali rientra la messa a disposizione delle strutture necessarie allo svolgimento dell'attività formativa⁸² – gli incentivi economici – ad esempio per ciò che riguarda la concessione degli stessi solo previa verifica dello svolgimento dell'attività formativa⁸³ – e i fondi interprofessionali per la formazione continua, i quali, pur spettando alla legislazione statale esclusiva, possono essere oggetto di intervento delle Regioni, in via concorrente o esclusiva, limitatamente alle loro eventuali articolazioni territoriali, nell'ambito delle quali sono specificate, tra le altre cose, le modalità con le quali sono utilizzabili dai datori di lavoro del territorio interessato per finanziare l'attività formativa⁸⁴.

Per avere un quadro completo della situazione occorre verificare se la scelta del datore di lavoro di fare ricorso alla formazione interna o esterna all'azienda rilevi ai nostri fini.

Il problema si pone perché, secondo una parte della dottrina⁸⁵, la regolamentazione della prima spetta alla contrattazione collettiva e agli enti bilaterali, nel rispetto della legge regionale, sulla base di quanto è sancito dall'art. 2, co. 1, lett. i), legge n. 30/03. La seconda, invece, è considerata di competenza della legislazione regionale ed è intesa come sperimentazione di orientamenti, di linee-guida e codici di comportamento (art. 2, co. 1, lett. h), legge n. 30/03). Dall'analisi della lettera della legge non è dato dedurre che tale requisito debba configurarsi nell'uno o nell'altro senso, per cui, in prima approssimazione, gli artt. 54 ss. del d.lgs. n. 276/03 paiono riferirsi indifferentemente a entrambe le modalità di esecuzione⁸⁶. Tuttavia,

⁸² L'esempio è mutuato da ALBI, *La riforma*, cit., p. 540.

⁸³ Anche in questo caso si rinvia a quanto sostenuto da ALBI, *La riforma*, cit., p. 540.

⁸⁴ Cfr. Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 51, in www.giurcost.org/decisioni/2005/0051s-05.html, i quali, pur spettando alla legislazione statale esclusiva, sono suscettibili di articolarsi territorialmente, per cui possono essere oggetto di intervento delle Regioni, in via concorrente o esclusiva, al fine di determinare le modalità con le quali i soggetti a ciò legittimati possono farvi ricorso.

⁸⁵ In tal senso LOI, *Il contratto*, cit., p. 533; MENGHINI, *I contratti a contenuto formativo*, cit., pp. 150 ss.

⁸⁶ Per quanto concerne la distinzione tra la formazione aziendale e quella pubblica cfr. TIRABOSCHI M., *L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008*, in *DRI*, n. 4, 2008, p. 1058.

estendendo alla questione le statuizioni della Corte Costituzionale in materia di apprendistato, appare ovvio che la disciplina della formazione aziendale sia demandata alla contrattazione collettiva, mentre quella della formazione pubblica spetti alla legislazione regionale⁸⁷.

Non bisogna, comunque, dimenticare che, secondo la Consulta, l'una e l'altra raramente «appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro», per cui si deve «tenere conto di tali interferenze»⁸⁸. Inoltre, in caso di formazione aziendale, un coinvolgimento del sistema formativo pubblico è piuttosto probabile, perlomeno riguardo agli oneri finanziari⁸⁹, perché chiunque benefici dei finanziamenti regionali destinati al contratto di inserimento deve rispettare la relativa normativa regionale⁹⁰.

7. *L'individuazione del soggetto istituzionale competente*

L'impossibilità di ricondurre la formazione del contratto di inserimento alla voce «ordinamento civile» non consente di condividere l'orientamento dottrinale che la confina nell'ambito della legislazione statale esclusiva come qualunque altro elemento di natura negoziale.

L'inquadramento in tale contesto, che non può rimanere esente da critiche e perplessità⁹¹, sembra poter essere assimilato alle innumerevoli deviazioni del testo del Titolo V della Costituzione operate dalla prassi e dalla giurisprudenza costituzionale e che si manifestano sotto forma di nuove «categorie che non sono scritte in Costituzione»⁹².

⁸⁷ Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, cit.

⁸⁸ Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, cit. Cfr. anche Corte cost. 10 maggio 2010, n. 176, in www.uil.it/polformazione/Sentenza%20Costituzionale%20su%20Apprendistato.pdf.

⁸⁹ Negli stessi termini DI CASOLA, *Potestà legislative e concorrenza tra fonti nell'apprendistato professionalizzante: il caso (emblematico) della formazione "esclusivamente aziendale"*, in *LR*, n. 4, 2011, p. 736.

⁹⁰ Cfr. TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008*, in *DRI*, n. 4, 2008, pp. 1050 ss.

⁹¹ Si reputano valide per il contratto di inserimento le considerazioni svolte da una parte della dottrina sulla competenza legislativa regionale in tema di contratti formativi (cfr. ORLANDINI, *Contratti formativi e competenze normative delle regioni*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale scientifica, 2004, pp. 523 ss.).

⁹² BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in *LR*, n. 4, 2001, p. 615. L'opinione è assai consolidata presso la dottrina regionalistica (cfr., in particolare, PALADIN, *Di-*

L'impressione è che, riguardo ad esso, lo Stato si sia appropriato di una "competenza ulteriore", senza considerare che, invece, la materia spetta, almeno in parte, alla potestà legislativa delle Regioni. Lo "sconfinamento" dalle proprie attribuzioni comprende anche la decisione unilaterale e vincolante di assegnare a soggetti non istituzionali la regolamentazione di una tematica che non appartiene con certezza alla sua potestà legislativa esclusiva.

Ciò considerato, si dubita della legittimità sia dell'implicita apposizione di vincoli alla legislazione regionale, sia del rinvio all'autonomia collettiva⁹³, che sembrano eccessivi e sbilanciati, perché creano un sorta di competenza esclusiva delle parti sociali, quasi «una delega (...) "in bianco" sui profili formativi»⁹⁴ del contratto di inserimento.

Appare, per di più, inverosimile che l'assenza o la sussistenza della competenza a disciplinare la materia sia desunta dal testo di una legge statale e, a maggior ragione, che il silenzio del legislatore ordinario assuma un ruolo determinante al riguardo⁹⁵.

Le osservazioni finora svolte consentono di ipotizzare che anche in tale contesto si affermi quello che Bruno Caruso definisce "modello di *governance* diffusa e multilivello"⁹⁶, capace di garantire una disciplina più partecipata e vicina agli interessi del lavoratore, adattato ai territori e maggiormente idoneo ad assicurare la libertà e l'eguaglianza nel rapporto e nel mercato del lavoro, avendo «riguardo alle peculiarità delle singole situazioni»⁹⁷. Ne consegue che l'elemento formativo del contratto di inserimento rientri tra quelle che Franco Carinci denomina "zone di confine"⁹⁸,

ritto Regionale, Cedam, 2000, p. 73). Per il diritto del lavoro cfr. SALOMONE, *La materia del lavoro tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e diritto del lavoro*, suppl. LPA, n. 1, 2002, p. 131.

⁹³ Sul punto ORLANDINI, *Regioni e parti sociali tra sperimentazioni e "messa a punto" dell'apprendistato professionalizzante*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, 2006, p. 154; ZOPPOLI L., *La riforma*, cit., pp. 541 ss.

⁹⁴ DI CASOLA, *Potestà legislative*, cit., p. 740.

⁹⁵ Non si conviene con l'opinione secondo la quale, anche in materia di formazione, un intervento della Regione in tanto potrà esservi, in quanto lo preveda espressamente la stessa legge statale (l'opinione è sostenuta, tra gli altri, da LISO, *Nota sulla interpretazione del nuovo articolo 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative in materia di lavoro*, in *www.astrid-online.it*, 2002), perché, se così fosse, l'attribuzione della competenza legislativa sulla formazione alle Regioni sarebbe vanificata e assoggettata alle scelte di attuazione del legislatore nazionale.

⁹⁶ L'espressione è di CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 86.

⁹⁷ CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 84.

⁹⁸ CARINCI F., *Riforma*, cit., p. 78.

per via dell'incerta distribuzione delle competenze legislative al riguardo, e che sia sottoposto ad una siappur minima legislazione regionale (art. 117, co. 3 e 4, Cost.).

Non emerge con chiarezza, tuttavia, se le Regioni debbano legiferare nell'ambito della potestà (legislativa) concorrente (art. 117, co. 3, Cost.) o esclusiva (art. 117, co. 4, Cost.), per cui occorre procedere ad un esame più approfondito.

Se si analizzasse la questione su un piano strettamente logico, avrebbe senso presumere che il profilo in esame, essendo compreso nella nozione comunitaria di formazione, appartenga alla competenza legislativa regionale esclusiva. Non è plausibile, infatti, che la sua attribuzione alle Regioni possa venire meno se si dimostra che alla formazione spetta un ruolo primario nell'ambito del contratto di lavoro in esame. Considerato che in caso di apprendistato è devoluta alla legislazione regionale – esclusa quella relativa alla regolamentazione della formazione aziendale in apprendistato professionalizzante (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 167/11) – appare verosimile che, quando entra in gioco quale requisito del contratto di inserimento, la sua disciplina sia sottoposta alla medesima competenza. Una conclusione contraria non può essere ancorata alla differente finalità che le è propria nell'ambito dei due contratti, in quanto nell'uno e nell'altro caso ci si trova dinanzi alla medesima fattispecie. Anzi, non sarebbe assurdo supporre che le Regioni, in quanto titolari del potere legislativo in materia, possano elaborare una disciplina «sui soggetti e sui programmi della formazione professionale» anche quando derivano «conseguenze in ordine ai rapporti di lavoro e alla responsabilità dei datori» senza che «la materia possa essere inglobata nell'area del diritto privato»⁹⁹.

Nonostante la formazione non spetti alla competenza legislativa concorrente, ma sia oggetto della potestà regionale esclusiva, si ritiene che in questo caso debba essere attribuita alla prima e non alla seconda¹⁰⁰.

Innanzitutto si considera coerente con tale convinzione il fatto in sé della riconduzione della materia alla nozione di formazione specifica, perché non solo non è spendibile al di fuori dell'azienda¹⁰¹, ma non conferi-

⁹⁹ GARILLI, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in *RGL*, 2004, I, p. 353.

¹⁰⁰ In questi termini BELLOCCHI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, cit., p. 633. Cfr. anche ALBI, *La riforma*, cit., p. 540.

¹⁰¹ A tale proposito cfr. GAROFALO M.G., *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *RGL*, n. 3, 2002, p. 410; MAGNANI, *Il lavoro*, cit., p. 656; NAPOLI, *“Tutela e sicurezza” del lavoro nella*

sce alcuna qualifica al prestatore al quale è destinata. Se presentasse le caratteristiche della formazione generale, invece, sarebbe indubbiamente deputata alla potestà legislativa regionale esclusiva.

Secondariamente, in stretta connessione con quanto appena asserito, l'equiparazione dell'obiettivo del contratto di inserimento a quello di una qualunque misura di politica attiva del lavoro¹⁰² costituisce un ulteriore elemento a sostegno delle nostre conclusioni¹⁰³. Se si accetta che l'intero negozio abbia tale finalità, non si vede perché non si debba assumere che anche la formazione, pur non essendo spendibile al di fuori dell'azienda, si configuri in questi termini¹⁰⁴. Infatti, quando è impartita ai lavoratori assunti mediante contratto di inserimento, differenziandosi in virtù di tale ultimo elemento da quella che caratterizza l'apprendistato, produce gli effetti di una qualunque misura di politica attiva del lavoro, per cui si può supporre che spetti alla competenza legislativa concorrente¹⁰⁵.

riforma del Titolo V della Costituzione, in AA.Vv., *Quale futuro per il Diritto del lavoro? Le politiche del Governo dal Libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, Ipsoa, 2002, p. 366; PALLINI, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in RGL, n. 1, 2002, p. 21; LOFFREDO, *I contratti*, cit., p. 495.

¹⁰² L'inquadramento si desume dalla collocazione della delega per la riforma dell'istituto nella previsione che enuncia i principi e i criteri direttivi ai quali il Governo deve attendersi per il riordino della normativa sugli incentivi all'occupazione (art. 1, co. 32, legge 24 dicembre 2007, n. 247).

¹⁰³ In questi termini, RUSCIANO, *Riflessioni*, cit., pp. 1219 ss.; SCAGLIARINI, *La disciplina*, cit., p. 349; MUTARELLI, *Il contratto di inserimento: prospettive di riforma tra vecchi e nuovi rischi di censure comunitarie*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforma correlate*, Giappichelli, 2008, p. 41.

¹⁰⁴ Per un'ampia panoramica della questione si veda NAPOLI, *Politiche del lavoro, occupazione e diritto. Idee ed esperienze*, Franco Angeli, 1987.

Per l'individuazione delle caratteristiche delle politiche, anche attive, del lavoro cfr. LOY, *Le politiche del lavoro. Analisi tipologica e istruzioni per l'uso*, in AA.Vv., *Valutazione e progettazione delle politiche del lavoro in Sardegna*, Cuec, 2005, pp. 103 ss.

¹⁰⁵ Le politiche attive del lavoro costituiscono parte integrante della "tutela e sicurezza del lavoro" (cfr. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in AA.Vv., *Sistema formativo, impresa e occupazione*, Jovene, 1998, pp. 45 ss.; ID., *Disegno di legge delega e modifiche al titolo V della Costituzione*, in DRI, n. 3, 2002, pp. 366 ss.; GAROFALO M.G., *Pluralismo*, cit., p. 410; PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in ADL, n. 1, 2002, p. 20. Cfr. CNEL del 24 gennaio 2002, *La riforma del titolo V della Costituzione. Osservazioni e proposte*, in www.portalecnel.it).

Per quanto concerne l'interpretazione della formula "tutela sicurezza del lavoro" cfr. GARILLI, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 350-355; TROJSI, *Prime indicazioni su "tutela e sicurezza del lavoro" nella recente giurisprudenza costituzionale*, nota a Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407, in DLM, n. 1, 2003, pp. 194 ss.; MALZANI, *Federalismo e diritto del lavoro tra Italia e Spagna: modelli a confronto*, Promodis, 2004, pp. 71-77.

L'opzione per tale regime, in terzo luogo, permette di evitare che le leggi regionali regolamentino la formazione senza osservare i limiti del diritto privato¹⁰⁶, i quali sarebbero meno agevolmente superabili se la sua disciplina fosse ritenuta di competenza esclusiva della legislazione regionale. In questo modo si può riservare allo Stato la regolamentazione degli istituti «che costituiscono il nucleo essenziale della relazione contrattuale tra datore e prestatore di lavoro» e di «quelli che definiscono il sinallagma nei suoi aspetti strutturali fondamentali»¹⁰⁷. L'esistenza di una legislazione cornice di matrice statale, che si identifica con quella prevista dagli artt. 54-59, d.lgs. n. 276/03, consente di assicurare che la disciplina di dettaglio (che sarà eventualmente) adottata dalle Regioni sia inquadrata in un unico contesto di senso sul piano normativo. Al tempo stesso, comporta che la legislazione regionale si sviluppi su tutti gli aspetti della formazione professionale, o meglio che sia notevolmente rafforzata «la capacità di “governo” delle regioni dell'intera gamma dei percorsi di formazione professionale»¹⁰⁸.

Infine, si suppone che la disciplina dell'istituto spetti alla competenza (legislativa) concorrente perché quest'ultima facilita l'attuazione della delega in materia di rapporti di lavoro con contenuti formativi nel rispetto delle competenze affidate alle Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro¹⁰⁹ (art. 2, co. 1, lett. b), legge n. 30/03).

La conclusione sarebbe diversa se la previsione dell'art. 2, co. 1, lett. b), legge n. 30/03 fosse riconducibile alla sola normativa sull'apprendistato, sul presupposto della scarsa pregnanza della formazione nel contratto di inserimento. Non vi sarebbero dubbi al riguardo se l'espressione “contratti formativi” fosse stata consapevolmente impiegata dal legislatore delegante come sinonimo di “contratti a causa mista”¹¹⁰. La lettura del testo legislativo, tuttavia, non consente di individuare elementi atti a suffragare tale

¹⁰⁶ Riguardo alla competenza delle Regioni nel diritto privato cfr. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *PD*, n. 4, 2002, p. 553; VITUCCI, *Il diritto privato e la competenza legislativa delle Regioni in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *GI*, 1998, c. 1301. Sul “limite del diritto privato” quale vincolo alla potestà legislativa regionale cfr. PALLINI, *La modifica*, cit., pp. 27-30.

¹⁰⁷ SALOMONE, *La materia*, cit., p. 145.

¹⁰⁸ VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e diritto del lavoro*, suppl. *LPA*, n. 1, 2002, p. 126.

¹⁰⁹ Secondo una parte della dottrina il richiamo dell'art. 2, co. 1, legge n. 30/03 alla potestà legislativa concorrente è una formula di rito che tradisce la volontà accentratrice del legislatore delegante (MENGHINI, *I contratti*, cit., p. 63).

¹¹⁰ Al riguardo cfr. LOY, *Formazione*, cit., p. 182.

opinione e, al contempo, escludere una qualunque differente interpretazione della formula. Si può, invece, ragionevolmente sostenere che il legislatore delegante si riferisca non solo ai contratti a causa mista, ma anche a quelli a contenuto formativo, e che destini l'espressione «rapporti di lavoro con contenuti formativi» (art. 16, co. 5, legge n. 196/97) a tutti quelli che sono caratterizzati in qualche modo dalla formazione professionale¹¹¹. È probabile, pertanto, che anche il legislatore delegante, nel 2003, abbia inteso riferirsi ai negozi giuridici che si trovano «in una zona “grigia”, nella quale la disciplina del contratto, riservata allo Stato, si interseca con quella della formazione»¹¹². Non a caso, in corso di approvazione della legge n. 30/03 in Parlamento, è sorto un dibattito relativo al disconoscimento della potestà legislativa delle Regioni sul tema¹¹³.

In conclusione, appare verosimile che la disciplina legislativa statale sul contratto di inserimento dia per scontata la competenza regionale in materia, alla luce delle indicazioni contenute nella legge-delega (art. 2, co. 1, capoverso 1, legge n. 30/03). Non è da escludere, quindi, che il rinvio della legge statale alla contrattazione collettiva (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03) si riferisca ad una regolamentazione delle parti sociali rispettosa della legislazione regionale. Se così non fosse, la disciplina legislativa sul contratto di inserimento, comportando la sottrazione alla legislazione regionale di una materia di sua competenza, sarebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 117, co. 3, Cost. Secondariamente, violerebbe l'art. 76 Cost., poiché il suo contenuto risulterebbe non essere in linea con i dettami dell'art. 2, co. 1, legge n. 30/03.

8. Legge statale, leggi regionali e autonomia collettiva

L'attribuzione della disciplina della formazione del contratto di inserimento alla potestà legislativa concorrente implica la necessità di delinearne

¹¹¹ L'espressione è impiegata in questi termini da BALANDI, *Formazione*, cit., p. 177. Cfr. anche D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto d'inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 302; MENGHINI, *Artt. 54-60. Il contratto di inserimento*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al Decreto Legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, p. 138.

¹¹² ORLANDINI, *Contratti*, cit., p. 516.

¹¹³ Cfr. gli Atti del Senato della Repubblica, XIV Legislatura, seduta del 17 settembre 2002, e quelli della Camera dei Deputati, XIV Legislatura, del 28 ottobre 2002, citati da ORLANDINI, *Contratti*, cit., p. 517.

i limiti di operatività, vale a dire gli spazi di intervento delle Regioni rispetto a quelli propri dello Stato (art. 117, co. 3, Cost.).

Indubbiamente spetta alla legge statale l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative a tale requisito nel contratto di inserimento e della disciplina-quadro che traccia i confini della legislazione regionale di dettaglio. Le Regioni, invece, sono chiamate a determinare le modalità di erogazione della formazione, lo specifico obiettivo che è tenuta a perseguire e i criteri di registrazione delle competenze acquisite all'interno del libretto formativo.

L'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali¹¹⁴ vincola il legislatore regionale all'osservanza di una serie di valori meritevoli di tutela e riconducibili all'interesse nazionale. Tali valori devono essere stabiliti dalla legge statale perché hanno il compito di armonizzare le differenti regolamentazioni territoriali alla luce di una serie di dogmi desumibili dalla Costituzione. Ciò significa che la normativa regionale deve essere ispirata al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), al principio di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.) e a quello della promozione delle autonomie locali nel rispetto dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.).

Non è agevole, per le Regioni, legiferare in armonia con tali vincoli, per via delle difficoltà che lo Stato incontra nel predeterminarli, specialmente quando si tratta di disciplinare una materia, qual è quella in esame, che da tempo costituisce oggetto di un conflitto tra gli attori istituzionali. In caso di presunta violazione di tali limiti (da parte del legislatore regionale) spetta al giudice valutare se la normativa corrispondente sia o meno conforme al dettato costituzionale. Il sindacato del giudice riguarda solo gli interessi tutelati, intangibili da parte della legge regionale, mentre non si estende alle modalità di soddisfacimento degli stessi, che sono suscettibili di variazione poiché esulano dalle prestazioni essenziali intangibili.

I livelli essenziali che devono essere osservati dalla normativa regionale si identificano con le specifiche prestazioni previste nell'interesse del lavo-

¹¹⁴ Per quanto concerne i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali cfr. VANDELLI, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, in PIOGGIA, VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Il Mulino, 2006, pp. 1 ss.; CAVALIERI, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in TARCHI (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: un primo bilancio*, Giappichelli, 2006, pp. 27 ss.

ratore, per cui l'esattezza dell'adempimento deve essere verificata alla luce della situazione del mercato del lavoro regionale di riferimento, delle «risorse aggiuntive» e degli «interventi speciali sostenuti dallo Stato per rimuovere gli squilibri economico-sociali e favorire l'effettivo esercizio»¹¹⁵ del diritto alla formazione professionale.

Un altro limite generale è costituito dal fatto che il legislatore statale è chiamato ad elaborare una disciplina-cornice diretta ad assicurare che le leggi regionali abbiano un contenuto minimo uniforme su tutto il territorio nazionale. Non è necessario che l'intervento legislativo regionale sia preceduto da un'apposita e specifica legge nazionale, poiché la disciplina-cornice coincide con quella di cui agli artt. 54 ss., d.lgs. n. 276/03. Le Regioni, dunque, devono stabilire le modalità di attuazione della formazione destinata ai lavoratori assunti mediante contratto di inserimento nel rispetto della legislazione statale menzionata¹¹⁶.

Posta la laconicità del d.lgs. n. 276/03, appare verosimile che la normativa-quadro non suscettibile di diversa declinazione da parte delle leggi regionali sia costituita dalla combinazione tra l'art. 2, co. 1, legge n. 30/03 e l'art. 55, d.lgs. n. 276/03¹¹⁷. Mentre la prima disposizione rimanda alla legislazione regionale concorrente in tema di «tutela e sicurezza del lavoro», la seconda si riferisce alle modalità di svolgimento della formazione in funzione della realizzazione del progetto e ne attribuisce le competenze alla contrattazione collettiva.

Per il resto, si ritiene che non esista una regola capace di disciplinare in via assoluta la relazione tra la legge-quadro di matrice statale e quella di dettaglio di provenienza regionale, specialmente perché il contenuto della seconda varia in base alla situazione territoriale di riferimento. Appare ragionevole ipotizzare che la legge regionale possa introdurre delle deroghe legittime a quella statale nella misura in cui esse siano in linea con il principio del *favor* per il lavoratore e che possano integrare il contenuto della disciplina nazionale nei limiti di quanto da essa stabilito.

¹¹⁵ MALZANI, *Il federalismo*, cit., p. 52.

¹¹⁶ Per un esame della questione cfr. VARESI, *Regioni*, cit., p. 122; MALZANI, *Il federalismo*, cit., p. 68.

¹¹⁷ Se così non fosse, la sola legge delega sarebbe impieghibile come normativa-cornice e l'art. 2, co. 1, legge n. 30/03 potrebbe rivelarsi in contrasto con l'art. 117 Cost., perché corrobberebbe il rischio di annullare ogni concreta possibilità di intervento del legislatore regionale (cfr. VARESI, *Regioni*, cit., p. 128).

L'assegnazione della disciplina della formazione nel contratto di inserimento alla contrattazione collettiva e agli enti bilaterali (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03) impone di individuare gli spazi di operatività di tale fonte materiale rispetto alla legislazione regionale.

Il problema si pone esclusivamente nell'ipotesi in cui il legislatore decida di fare ricorso alla formazione aziendale, perché la formazione pubblica si considera interamente attribuita alla legislazione concorrente, con l'ovvia precisazione che le Regioni sono libere di rinviarne la disciplina all'autonomia collettiva territoriale.

L'unico punto fermo riguardo alla relazione tra tali fonti in sede di regolamentazione della formazione aziendale sembra consistere nella sottoposizione dei contratti collettivi e degli accordi stipulati nell'ambito degli enti bilaterali al principio della inderogabilità *in peius*/derogabilità *in melius* della legge regionale, con la prevalenza dei secondi sulla prima, salvo quanto stabilito dall'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 – convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 – e dall'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, convalidato da Confindustria, CGIL, CISL e UIL il 21 settembre 2011.

Per il resto, si ipotizza che le competenze delle Regioni e delle parti sociali¹¹⁸ debbano essere suddivise alla luce del principio secondo il quale i contratti collettivi sono chiamati a disciplinare la materia nel rispetto della legislazione regionale e di quella statale¹¹⁹, adattandosi ad ogni singola realtà territoriale.

Per quanto concerne l'autonomia collettiva, si deve mettere in evidenza come la competenza spetti indifferentemente alle parti sociali operanti sul piano nazionale e territoriale (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03), dando luogo ad una moltiplicazione delle regolamentazioni che mal si concilia con l'esigenza di semplificazione proveniente dal mondo produttivo.

I contratti collettivi decentrati non hanno difficoltà ad operare, perché, per essere regolari, devono semplicemente osservare le previsioni legislative regionali vigenti nel contesto locale nel quale sono venuti ad esistenza.

¹¹⁸ Sul punto cfr. SARACINI, *Apprendistato, contrattazione collettiva e riforma del mercato del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale scientifica, 2004, pp. 531 ss.; ZOPPOLI L., *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: i recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *DML*, n. 1, 2006, pp. 193 ss.; ID. (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro: studi preparatori*, Quaderni Arlav, 2007.

¹¹⁹ Sul punto cfr. NAPOLI, *Federalismo e struttura della contrattazione collettiva*, in DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, 2004, pp. 169 ss.

I contratti collettivi nazionali, invece, si considerano in armonia con la legislazione regionale se contengono una regolamentazione generica delle modalità di attuazione della formazione. Le clausole collettive non troppo dettagliate, infatti, possono adattarsi facilmente non solo alla legislazione delle singole Regioni, ma anche a quella statale contenente i principi informatori della materia. Se, invece, si caratterizzassero in virtù di una normativa più precisa, rischierebbero di non ottemperare né alle une né all'altra e di dar luogo ad un contrasto tra fonti al quale sarebbe arduo porre rimedio.

Un fattore critico è costituito dalla mancata regolamentazione, da parte della legge nazionale, della ripartizione delle competenze a disciplinare dettagliatamente la materia tra i diversi livelli dell'autonomia collettiva (art. 55, co. 2, d.lgs. n. 276/03). Il silenzio del legislatore riflette l'intento (dello stesso) di lasciare alle parti sociali l'onere di introdurre una regolamentazione apposita. L'astensione legislativa, ad ogni modo, darebbe luogo ad una lacuna difficilmente colmabile se i contratti collettivi non si pronunciassero in proposito. Appare, comunque, improbabile che i contratti collettivi declinino l'impegno, perché normalmente disciplinano la formazione, come risulta dall'analisi di quelli, menzionati, dell'energia e del commercio. L'unico rischio concreto è che la disciplina collettiva sia meno garantista della legislazione regionale nei confronti del lavoratore assunto mediante contratto di inserimento.

Si auspica, comunque, che la suddivisione dei ruoli tra i diversi livelli sia determinata *una tantum* dall'autonomia collettiva sul piano nazionale e specificata, di volta in volta, dagli accordi territoriali alla luce delle realtà delle quali sono espressione.

Il frazionamento potrebbe acuirsi in ragione del fatto che la normativa collettiva è destinata ad aggiungersi alla legge statale e alle leggi regionali, dando luogo ad un'intersezione perversa tra le fonti formali e le fonti materiali del diritto del lavoro.

Se nessun contratto collettivo (di qualunque livello) fosse applicabile in azienda o se quelli applicabili non si pronunciassero al riguardo, le previsioni della legislazione regionale potrebbero essere sufficienti alla disciplina della materia. Una traccia a favore di tale conclusione sembra poter essere riscontrata all'interno della legge delega, nella parte in cui stabilisce che, in difetto di accordo collettivo, la determinazione possa essere effettuata mediante (non meglio specificati) atti delle Regioni, d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art. 2, co. 1, lett. *h*), legge n. 30/03).

Nonostante l'assenza di qualunque riferimento legislativo, si presume che la potestà legislativa concorrente e la contrattazione collettiva siano chiamate ad operare sulla base del principio di leale collaborazione tra le Regioni e le parti sociali¹²⁰. L'assoggettamento della legge regionale ad una previa intesa con queste ultime, infatti, consentirebbe di procedere alla «determinazione delle modalità di esercizio delle competenze tra loro implicate»¹²¹ nel rispetto dei criteri stabiliti di comune accordo.

Considerata la complessità di tale coordinamento, è verosimile che la leale collaborazione non funzioni effettivamente se l'interazione tra i soggetti legittimati alla disciplina della formazione non è sottoposta anche al principio di sussidiarietà¹²². Se così non fosse, il coordinamento sarebbe assicurato solo in parte e non si realizzerebbe quel modello di *governance* diffusa che comporta la cooperazione a tutto tondo mediante l'impiego di strumenti regolativi di varia natura.

Abstract

La competenza legislativa sulla disciplina della formazione nel contratto di inserimento è comunemente attribuita allo Stato perché l'art. 55, co. 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 rinvia alla contrattazione collettiva e agli accordi conclusi presso gli enti bilaterali il compito di regolamentarla dettagliatamente. Il presente lavoro, pertanto, si propone di verificare se la materia sia deputata alla legislazione statale o spetti, almeno in parte, alla potestà legislativa delle Regioni ai sensi e per gli effetti dell'art. 117 Cost., nel rispetto dei principi costituzionali di leale collaborazione e di sussidiarietà.

The legislative authority responsible for regulation of professional training of the 'contratto di inserimento' is commonly considered State competence. This is due to the fact that the d.lgs. of 10th September 2003, n. 276, article 55, paragraph 2, defers to the collective bargaining and the agreements made by bilateral entities with the task of defining their more detailed regulation. The objective of this research is to ascertain whether this matter should be competence of legislator at State level or, at least in part, at Regional level, in accordance with art. 17 of the Constitution, and in compliance with the constitutional principles of rightful cooperation and subsidiarity.

¹²⁰ Per quanto concerne il principio di leale collaborazione cfr. MICHETTI, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*, in *GC*, n. 1, 2006, p. 256.

¹²¹ BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *LR*, n. 2, 2004, p. 581.

¹²² Circa il principio di sussidiarietà cfr. CARINCI F., *Il principio della sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, n. 6, 2006, p. 1496; CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *ADL*, n. 3, 2004, p. 801.

giurisprudenza

note e rassegne critiche

Corte Costituzionale - Sentenza 11 novembre 2011 n. 303 - Pres. Quaranta - Rel. Mazzella.

Contratto a termine - Conversione del contratto a tempo determinato - Risarcimento del danno - Indennità onnicomprensiva - Valenza sanzionatoria dell'indennità - Legittimità - Disparità di trattamento - Applicabilità a tutti i giudizi in corso - Intervento legislativo con efficacia retroattiva - Motivi imperativi di interesse generale - Sussistenza.

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale delle norme di cui all'art. 32, co. 5, 6 e 7, l. 4 novembre 2010, n. 183 (sollevate in riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, primo comma, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

La censurata normativa, infatti: 1) assicura la stabilizzazione del rapporto; 2) forfetizza il danno – con valenza sanzionatoria – solo per il periodo compreso tra la scadenza del termine e l'accertamento giudiziale della sua nullità; 3) non lede né le attribuzioni del potere giudiziario, intervenendo elusivamente sul piano delle fonti, né, 4) le garanzie imposte dalla Cedu per evitare un'intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, volta ad influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse, sia per il carattere generale della disciplina e sia in quanto ricorrono i "motivi di interesse generale" che legittimano il margine di apprezzamento dello stato membro.

Antonio Vallebona

La vittoria della certezza

La sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2011 va molto al di là delle pur importanti questioni decise, poiché costituisce un inno alla certezza.

Infatti l'indennità forfettaria onnicomprensiva, per il periodo dalla scadenza del contratto a termine illegittimo alla sentenza che ne dichiara la nullità (art. 32, co. 5-7, l. 4 novembre 2010 n. 183), viene ritenuta costituzionalmente legittima in quanto diretta a fare certezza nei rapporti tra le parti.

Ciò si legge nell'esordio della motivazione, laddove la Consulta descrive attentamente le intollerabili incertezze cui dava luogo l'applicazione del regime risarcitorio di diritto comune, appunto sostituito dalla norma speciale.

E si legge nuovamente come giustificazione dell'applicazione immediata della nuova disposizione anche ai giudizi in corso, perfino in sede di impugnazione, laddove la certezza è indicata come la ragione di interesse generale che consente l'efficacia retroattiva della legge.

In effetti il diritto comune dei contratti si rivela talvolta inadeguato rispetto al rapporto di lavoro, che è rapporto di durata.

In particolare il regime risarcitorio del codice civile, al pari di quello speciale dell'art. 18 St. lav., si traduce in una fonte di indecenti speculazioni e di esiziale incertezza con riferimento alle controversie cd. "a piatto crescente", nelle quali la posta in gioco monta in ragione del decorso del tempo, prima e dopo l'inizio del processo. Si tratta di un periodo in cui il rapporto di lavoro non ha esecuzione mancando il normale scambio tra prestazione e retribuzione, ma il lavoratore sostiene che avrebbe avuto diritto a tale esecuzione impedita solo da un atto o patto invalido (licenziamento illegittimo, termine illegittimo, dimissioni annullabili) e chiede il risarcimento del danno pari alle retribuzioni perdute. In proposito il diritto vivente non pretende dal lavoratore la prova della disoccupazione, ma onera il datore di lavoro della difficile e incerta prova dei fatti riduttivi di tale risarcimento, consistenti nell'*aliunde perceptum* o nell'*aliunde percipiendum* con l'ordinaria diligenza.

In questa situazione la l. 183/2010 è intervenuta in due modi. Da un lato, per evitare l'interessato ritardo nell'introduzione del giudizio, con le disposizioni antispeculazione sul relativo termine di decadenza riferite a quasi tutte le controversie in esame (art. 32, co. 1-4). Dall'altro lato, per evitare gli effetti perversi dell'incertezza sull'*aliunde perceptum* e *percipiendum* con la disposizione, appunto anti-incertezza, sulla indennità forfettaria onnicomprensiva, ma qui solo per il lavoro a termine.

Dal punto di vista strettamente tecnico la Consulta ha esattamente riconosciuto che il regime di nullità parziale necessaria (cd. conversione) è

stato conservato, operando la nuova norma speciale sulla indennità forfettaria solo per il periodo precedente la sentenza dichiarativa di tale nullità. La quale, dunque, sebbene la Corte non lo dica espressamente, è una nullità con efficacia *ex nunc*, come chiarito nei miei scritti in proposito¹.

La pronunzia ribadisce che la conversione non è obbligata né dalla Costituzione, né dal diritto comunitario, sicché la sua conservazione è frutto di una scelta discrezionale del legislatore nel complessivo bilanciamento degli interessi ora realizzato con la sostituzione, solo per il periodo fino alla sentenza, dell'incerto regime risarcitorio di diritto comune con l'indennità forfettaria onnicomprensiva.

Del resto – osserva puntualmente la Corte – il lavoratore può essere addirittura avvantaggiato dal nuovo regime speciale, poiché l'indennità, appunto in quanto tale, spetta comunque a prescindere dalla esistenza e prova di un danno e, quindi, anche se il lavoratore si è subito rioccupato. Mentre se la sentenza dichiarativa della nullità tarda ad arrivare per la lunghezza del processo in tutti i suoi gradi, il possibile svantaggio rispetto al previgente regime risarcitorio di diritto comune per il lavoratore, che effettivamente non abbia potuto rioccuparsi nelle more, è giustificato dalla preminente esigenza di certezza.

Anche perché neppure il regime risarcitorio di diritto comune è costituzionalizzato, mentre l'accidente della durata del processo, in sé neutro, non rileva per la valutazione di costituzionalità della disciplina sostanziale. Nè ha senso invocare la lesione del principio di tutela giurisdizionale per un diritto (al risarcimento del danno) che non esiste più nel periodo fino alla sentenza dichiarativa della nullità.

È auspicabile che il legislatore estenda la disciplina speciale in esame a tutte le controversie “a piatto crescente”, per le quali sussiste la stessa esigenza di certezza.

Del resto è incoerente che la norma antispeculazione sul termine di decadenza riguardi tendenzialmente tutte tali controversie, mentre la norma anti-incertezza sia limitata solo al lavoro a termine.

In particolare, se e dove fosse conservata la tutela reale contro il licenziamento illegittimo, questa estensione appare inevitabile, al pari di un serio innalzamento della soglia dimensionale per l'applicazione di tale tutela con esclusione, comunque, dei datori di lavoro “virtuosi” che utilizzano pochi lavoratori precari.

¹ In *MGL* 2010, pp. 210 e 900; 2011, p. 49.

Paola Saracini

Il contratto a termine dinanzi alla Consulta: il risarcimento rimane “sbilanciato”

SOMMARIO: **1.** La questione. **2.** Le argomentazioni della Corte a sostegno della legittimità costituzionale del risarcimento previsto dall'art. 32, co. 5, l. 4 novembre 2010 n. 183. **3.** Le critiche alle argomentazioni della Corte: *a)* l'estraneità della conversione del contratto a termine alla valutazione dell'adeguatezza del risarcimento. **4.** *b)* L'inevitabile inadeguatezza del risarcimento forfetizzato. **5.** *c)* La persistente disparità di trattamento tra lavoratori “comparabili”. **6.** *d)* L'infondatezza delle “interferenze” nell'amministrazione della giustizia. **7.** La parola “fine” è ancora lontana?

1. *La questione*

Con la sentenza n. 303 del 2011, la Corte Costituzionale si pronuncia sui commi 5, 6 e 7 dell'art. 32 della l. 4 novembre 2010 n. 183 (cd. Collegato lavoro) concernenti un profilo specifico, ma molto rilevante della disciplina del lavoro a termine, ossia il risarcimento del danno del lavoratore per essere stato privato di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Com'è noto, prima della novella, in caso di conversione del contratto a termine i giudici tendevano a riconoscere un risarcimento pari alle retribuzioni non corrisposte dalla data in cui il lavoratore, mediante l'offerta della prestazione lavorativa, avesse messo in mora il datore di lavoro, detratto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*¹. In tal modo si garantiva una tutela dello scambio contrattuale, inteso nel senso più classico come scambio tra offerta della prestazione lavorativa e controprestazione economica.

¹ Era questo, infatti, l'orientamento prevalente e oramai consolidato in tema di quantificazione del danno, cfr. tra le tante: Cass. 23 novembre 2006 n. 25886; Cass. 23 luglio 2008 n. 20316; Cass. 27 maggio 2009 n. 12333. In dottrina v. per tutti NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, I, p. 327 ss. e, più di recente, COSSU, GIORGI, *Novità in tema di conseguenza della “conversione” del contratto a tempo determinato*, in *MGL*, 2010, spec. pp. 896-897.

La nuova normativa, invece, senza delimitare l'arco temporale di riferimento stabilisce che il risarcimento sia pari ad un'indennità onnicomprensiva (compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della l. 15 luglio 1966 n. 604²), suscettibile di una sensibile riduzione in presenza di particolari accordi collettivi (accordi diretti ad assumere anche a tempo determinato lavoratori già occupati a termine nell'ambito di apposite graduatorie) (art. 32, co. 5 e 6). La legge sancisce inoltre la retroattività degli effetti di tali disposizioni (art. 32, co. 7).

Il Tribunale di Trani e la Corte di Cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale riconducibile a tre diversi ambiti problematici.

Il primo riguarda l'illegittimità della norma, per un verso, in quanto irragionevolmente riduttiva del risarcimento del danno integrale già conseguibile dal lavoratore sotto il regime previgente; per altro verso, perché in grado di vanificare il diritto del cittadino al lavoro e l'effettività della tutela giurisdizionale, non tenendo in debito conto del tempo occorrente all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del termine³.

Il secondo ambito problematico sposta il piano della riflessione sui possibili profili discriminatori della nuova regolamentazione nei confronti di altri lavoratori che si trovano in situazioni comparabili, laddove per queste categorie, disciplinate, tra l'altro in modo identico quanto all'impugnazione del recesso (artt. 32, co. 3 e 4, l. 183/2010), non si prevedono regole *ad hoc* in tema di risarcimento del danno, ma continuano ad applicarsi quelle del diritto comune (rapporti di collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto, rapporti di somministrazione lavoro, ecc.).

Infine si affronta la questione del rischio della compromissione delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario in contrasto con le norme costituzionali integrate dall'art. 6 CEDU. Segnatamente le disposizioni censurate comporterebbero un'ingiustificata intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, sì da influire sulla decisione di singole controversie o su un gruppo di esse.

² Circa l'inadeguatezza del criterio nel caso di specie v. per tutti, PUTATURO, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione*, in *MGL*, 2011, spec. p. 28 ss.

³ Per i giudici remittenti, infatti, la liquidazione del danno, eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare realmente sofferto dal lavoratore, indurrebbe il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, tentando di prolungare il giudizio o addirittura portandolo a sottrarsi all'esecuzione della sentenza di condanna non suscettibile di realizzazione in forma specifica.

La Corte respinge le eccezioni sollevate con una decisione che, lungi dal chiudere definitivamente la questione, offre il fianco ad una pluralità di osservazioni critiche⁴.

2. *Le argomentazioni della Corte a sostegno della legittimità costituzionale del risarcimento previsto dall'art. 32, co. 5, l. 4 novembre 2010 n. 183*

Rispetto al primo ambito problematico evidenziato, la Corte rigetta le questioni di legittimità costituzionale, proponendo il seguente percorso argomentativo.

A) Non vi sarebbe alcun profilo di irragionevolezza ricavabile dal trattamento indennitario forfettizzato. La scelta del legislatore di introdurre un criterio di liquidazione del danno più “agevole, certo e di omogenea applicazione” sarebbe stata necessitata per superare le “obiettive incertezze” verificatesi nell’esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l’esito, proprio in quei casi, di risarcimenti ingiustificatamente differenziati in misura eccessiva.

B) La norma scrutinata non si limita a forfettizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest’ultimo l’instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. “E la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario”.

C) Il danno forfettizzato dall’indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto “intermedio”, quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. In tal modo viene superato il timore che il datore di lavoro possa sottrarsi all’esecuzione della condanna e risolvere la questione con il mero pagamento dell’indennità secondo una tempistica a lui completamente rimessa. A ciò si aggiunga – sottolinea la Consulta – la disposizione, introdotta sempre dal Collegato lavoro, che definisce e limita i termini di decadenza per le impugnazioni dei contratti a termine.

In sintesi, per la Corte, il risarcimento stabilito dall’art. 32, co. 5, è adeguato a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi.

⁴ Per un primo commento alla sentenza v. BOLLANI, CORVINO, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità*, in *DRI*, 2011, p. 1103 ss. Secondo gli autori l’esito cui perviene la Corte è condivisibile, “seppure con motivazioni non sempre convincenti”.

Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta *sempre e comunque*; al datore di lavoro assicura la predeterminazione del risarcimento del danno per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso.

3. *Le critiche alle argomentazioni della Corte: a) l'estraneità della conversione del contratto a termine alla valutazione dell'adequatezza del risarcimento*

Le argomentazioni della Corte, dirette a giustificare il componimento dei contrapposti interessi in gioco, suscitano diverse perplessità. Esse traggono origine da una sovrapposizione di due piani tra loro profondamente diversi nella normativa vigente:

a) l'assetto degli interessi in gioco come configurato dalla disciplina del contratto a termine, del quale è parte significativa la "conversione" in contratto a tempo indeterminato in conseguenza dell'illegittimità della clausola temporale;

b) il danno subito dal lavoratore per la violazione di tale assetto, in particolare per detta illegittimità della clausola temporale. Piani, nell'attuale quadro normativo, tra loro distinti e non sovrapponibili, né tantomeno suscettibili di un bilanciamento complessivo, a rischio di un grave errore concettuale, dalle rilevanti implicazioni pratiche.

Avendo ben chiara questa distinzione, è anzitutto opportuno precisare come, con l'incipit dell'art. 32, co. 5, "nei casi di conversione", il legislatore non abbia inteso modificare aspetti di fondo della disciplina relativa al suindicato punto a), ma abbia soltanto voluto circoscrivere il nuovo intervento normativo alle ipotesi in cui la normativa vigente *già* prevede la conversione del rapporto⁵. Rimane pertanto ferma la regola in base alla quale la violazione delle disposizioni imperative in materia di contratto a termine, dettate a tutela del lavoratore, produce la nullità della clausola temporale, che viene così sostituita dalla norma inderogabile con un effetto automatico. Ne con-

⁵ In altri termini, più semplicemente, si tratta di una espressione diretta ad escludere quelle ipotesi in cui, per esplicita previsione del legislatore, la conversione non è consentita; il riferimento è, ovviamente, ai contratti a termine illegittimi stipulati con le pubbliche amministrazioni.

segue che, retroattivamente (come sempre accade per la nullità), il contratto si dovrà considerare privo di termine, dal momento che l'opinione prevalente e preferibile rinviene nella regola secondo cui il contratto di lavoro è a tempo indeterminato la volontà legislativa inderogabile⁶.

Dunque, l'incipit dell'art. 32, co. 5, non tocca la trasformazione prevista dagli artt. 1 e 5 del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, sempre retroattiva, seppure con delle varianti temporali. Non a caso, infatti, la Corte si guarda bene dal dire che la nullità del contratto a termine abbia un'efficacia *ex nunc*⁷, evitando di incorrere nell'errore di "riscrivere" parti fondamentali dell'intera disciplina.

Ciò, a ben vedere, vuol dire che sull'assetto degli interessi come configurato dalla disciplina del contratto a termine, e in particolare sul profilo della conversione già definito dal legislatore, la Corte non è stata chiamata ad intervenire; più semplicemente, essa è stata chiamata a valutare esclusivamente la correttezza della quantificazione del danno subito dal lavoratore per l'essere stato privato del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. In altre parole, per quantificare il danno subito dal lavoratore occorre *giocoforza partire dalla trasformazione del rapporto di lavoro* che, viceversa, non può assolutamente essere tirata in gioco in un nuovo componimento degli interessi.

⁶ In tal senso v., MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di giustizia*, in *RGL*, 2006, I, p. 705 ss.; SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *DRI*, 2003, p. 247, ID., *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *RIDL*, 2008, I, p. 215 ss.; AIMO, *Contratto a termine nullo e sanzioni: principi e nuove regole*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2011, II, p. 723 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Orientamento confermato altresì dalla giurisprudenza maggioritaria che ha ritenuto applicabile il combinato disposto degli artt. 1419, co. 2, cod. civ. e 1339 cod. civ. *ex plurimus*, Cass. 21 novembre 2011 n. 24479; Cass. 21 maggio 2008 n. 12985, in questa rivista, 2008, p. 385 ss. con nota di QUARANTA, *La disciplina del lavoro a termine: certezze giurisprudenziali e revisioni legislative*.

In senso contrario cfr. VALLEBONA, PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001, p. 35 ss. e, più di recente, CATAUDELLA, *Contratto di lavoro o nullità parziale*, Giuffrè, 2000, p. 56 ss.; PESSI, *Il contratto a tempo determinato*, in *ADL*, 2009, p. 305 ss. Questa parte della dottrina, infatti, ritiene applicabili il primo comma dell'art. 1419 cod. civ., a norma del quale "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità". In giurisprudenza si registrano isolate eccezioni che sposano tale interpretazione, tra cui, Trib. Palermo 6 maggio 2006, in *RIDL*, 2007, II, p. 395, con nota di VALLAURI e, più di recente, Trib. Roma 27 maggio 2008, in *MGL*, 2008, p. 774.

⁷ Propende, al contrario, per la nullità con efficacia *ex nunc*, VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, spec. p. 905.

4. b) *L'inevitabile inadeguatezza del risarcimento forfettizzato*

L'attenzione, allora, deve essere necessariamente spostata sulla sola adeguatezza del risarcimento contemplato dall'art. 32, co. 5, secondo quanto appena precisato.

A tal fine vanno tenuti in considerazione anche i nuovi termini di decadenza per l'impugnazione del contratto a tempo determinato introdotti proprio dalla l. 183/2010: gli stessi previsti per l'impugnazione del licenziamento. Attualmente, infatti, il lavoratore, in prima battuta, deve proporre azione di nullità del termine entro 60 giorni dalla scadenza del contratto e, a pena di inefficacia, nei 270 giorni successivi depositare il ricorso in tribunale o chiedere la conciliazione o l'arbitrato (art. 30, co. 1, 3 e 4, l. 183/2010). Al riguardo, è utile osservare, sin da ora, come, pur valutando positivamente l'introduzione di un termine di decadenza anche per l'azione volta ad ottenere la declaratoria di nullità della clausola temporale – evitando le storture del passato, quando il lavoratore poteva decidere di agire anche dopo diversi anni –, persistono forti dubbi circa la possibilità che una disciplina costruita sull'istituto dei licenziamenti possa essere adatta per l'impugnazione del termine illegittimo, che ha una sua marcata peculiarità. Nell'ipotesi di licenziamento, infatti, il rapporto tra le parti è ormai esaurito o, comunque, irrimediabilmente compromesso; nel lavoro a tempo determinato, invece, non è affatto raro per il lavoratore nutrire una qualche aspettativa di rinnovo o ripresa in futuro di un rapporto lavorativo, anche sotto diversa forma di collaborazione⁸. Sicché, specie la previsione del primo termine (quello dei 60 giorni) rischia di essere fortemente pregiudizievole per il lavoratore, che difficilmente agirà in giudizio, e di determinare un eccessivo squilibrio nel bilanciamento dei contrapposti interessi.

Venendo alla ricostruzione proposta dalla Corte Costituzionale, e quindi all'adeguatezza del risarcimento, due sono i punti di maggiore criticità.

In primo luogo, anche qualora il lavoratore risultasse vincitore già in primo grado, con un risarcimento pari al massimo consentito dalla legge (12 mensilità), tale quantificazione non può essere considerata tecnicamente adeguata. E ciò a prescindere da possibili/probabili “patologie processuali” o da fattori contingenti, ai quali allude la Consulta. Senza qui adentrarsi nelle innumerevoli questioni interpretative relative alle diverse

⁸ Condivide le medesime perplessità, GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, p. 227 ss.

decorrenze⁹ e all'ambito di applicazione dei suddetti termini¹⁰, si consideri semplicemente l'ipotesi di un lavoratore che agisca in giudizio entro i 330 giorni fissati dal legislatore (60 più 270) – magari poco prima del loro esaurirsi: com'è suo diritto e, per quanto affermato prima, comprensibile –, periodo al quale va aggiunto, verosimilmente, un certo rallentamento dell'attività giudiziaria, pure in materia di lavoro, quale conseguenza “indiretta” della più generale sospensione feriale (45 giorni) dei termini processuali. In questo caso, anche qualora il giudice si pronunciasse in un lasso di tempo rapidissimo (ipotesi del tutto astratta nella nostra esperienza processuale), il risarcimento non potrebbe comunque coprire il tempo trascorso. Se a ciò si aggiungono ulteriori possibili vicende – classica l'ipotesi di interessi per debiti contratti – già appare difficile considerare il risarcimento anche solo adeguato. E questo, come accennato, senza considerare la fisiologica durata del processo, potenzialmente lunga. Peraltro, l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale pone il lavoratore in una situazione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte: ogni richiesta o istanza avanzata dallo stesso per necessità processuali, qualora accolta, determinerebbe, a suo carico, un effetto, per definizione, pregiudizievole. Esattamente opposta la situazione processuale del datore di lavoro, avvantaggiato da ogni sua richiesta o istanza che avesse buon esito¹¹.

In secondo luogo – e qui davvero il ragionamento della Corte risulta fragilissimo – nel caso in cui la pronuncia a favore del lavoratore arrivi in grado di appello o nel giudizio di Cassazione, c'è ben poco da discutere: il tempo trascorso, nell'ordine degli anni, rende assolutamente e inevitabilmente inadeguato il risarcimento forfettario.

Dunque, pur comprendendo le ragioni della Corte, che legittima un metodo risarcitorio forfettizzato per eliminare le incertezze cui era esposto il datore di lavoro rispetto all'impugnativa di contratti a termine illegittimi – soprattutto in considerazione della problematica determinazione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum* –, la decisione assunta non può essere condivisa. La Corte, in realtà, affronta la questione non proponendo soluzioni alternative al

⁹ Per tutti v. IANNIRUBERTO, *Le regole per le impugnazioni nel cd. “Collegato lavoro”*, in *MGL*, 2010, n. 12, p. 888 ss.; MIMMO, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il “Collegato lavoro” ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, 2011, spec. pp. 90-91.

¹⁰ Cfr. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel “Collegato lavoro” alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, p. 473 ss.; GIUBBONI, *op. cit.*, p. 230.

¹¹ In tal senso v. anche Trib. Napoli del 16 novembre 2011 (a quanto consta inedita).

problema, ma, più semplicemente, eliminandolo in radice e prescindendo del tutto dall'adeguata valutazione del danno che può subire il lavoratore, con evidente ma non giustificato favore per il datore di lavoro. In altre parole, dietro la posizione della Corte, sembra leggersi l'idea che il lavoratore, mediamente diligente, non possa non trovare una nuova occupazione entro un lasso di tempo più o meno breve. Ebbene, questa idea, oggi, in termini così assoluti, appare francamente difficile da condividere: l'attuale mercato del lavoro italiano presenta un tasso di disoccupazione (strutturale) media superiore all'8,6%, in particolare, per i giovani, in generale, aumenta al 26,5% e, per le donne nel Mezzogiorno, arriva al 39%¹². Anche là dove vi fossero indici di una certa dinamicità del mercato del lavoro, a sostegno di un veloce ricollocamento del lavoratore "diligente" (entro i 12 mesi), argomento cui la Corte, si badi, non accenna neppure -, sarebbe pur sempre la *rigida* traduzione normativa a non convincere. Infatti questa "rigidità" non consentirebbe di tenere conto di una serie di elementi (spazio-temporali, soggettivi, oggettivi) suscettibili invece di incidere sensibilmente sull'esatta quantificazione del danno subito dal lavoratore. Si pensi, ad esempio, alle caratteristiche del nuovo lavoro e alle conseguenti implicazioni in termini di retribuzione e di professionalità; al mutamento del luogo di svolgimento della nuova attività lavorativa e alle possibili difficoltà di spostamento; alle ripercussioni rispetto alle esigenze familiari. Un insieme di elementi, insomma, che potrebbe tradursi in un costo per il lavoratore da imputarsi, seguendo l'impostazione della Consulta, interamente ed esclusivamente a suo carico. Per converso, i suddetti indici dell'andamento del mercato del lavoro, in una valutazione "non ingessata" da criteri predeterminati, potrebbero, anzi dovrebbero, essere proficuamente valorizzati, senza però al contempo precludere un più articolato e complessivo giudizio.

5. c) *La persistente disparità di trattamento tra lavoratori "comparabili"*

Perplessità si rinvencono anche con riferimento al secondo ambito problematico, dapprima segnalato, ossia i profili di disparità di trattamento, sollevati dai giudici *a quo*, nei confronti di altri lavoratori. Sul punto la Corte si limita ad evidenziare l'eterogeneità delle situazioni e a sancire, senza alcuna argomentazione a dire il vero, una particolare censura per

¹² Dati riferiti al III trimestre 2011 e al mese di novembre 2011 – elaborazione Istat del 5 gennaio 2012.

l'uso di alcune figure illecite, come l'utilizzazione fraudolenta della collaborazione coordinata e continuativa o la somministrazione irregolare di manodopera al di fuori dei casi consentiti dalla legge.

Sembra che la Corte voglia giustificare una tutela più forte in presenza di un aggiramento totale della normativa applicabile ai lavoratori subordinati anziché della sola disciplina del termine. Tuttavia (limitandosi qui all'angolo di visuale adottato dalla Corte) questo discorso risulta debole, con ogni evidenza, ad esempio, proprio per la somministrazione irregolare – cioè civilmente illecita –, esplicitamente richiamata nella sentenza sulla quale pertanto è sufficiente soffermarsi. In presenza di quest'ultima, infatti, il lavoratore, proprio in caso di illegittima opposizione del termine al contratto, può chiedere non solo la costituzione di un rapporto di lavoro, con effetto dall'inizio della somministrazione (art. 27, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276), ma anche il risarcimento per il danno subito da quantificarsi seguendo le “vecchie” regole del diritto vivente¹³. Anzi, seguendo il ragionamento della Consulta, per la somministrazione di manodopera potrebbe paventarsi un diverso profilo di disparità di trattamento riferito stavolta al versante datoriale. Infatti, in base a tale ragionamento, se il datore di lavoro assume a termine, al di fuori dei presupposti consentiti dalla legge, è costretto a pagare la sola indennità prevista dall'art. 32, co. 5; mentre, se si avvale di un'agenzia di somministrazione, l'illegittimità del termine lo obbliga al risarcimento integrale del danno¹⁴.

¹³ Si fa qui riferimento alla distinzione proposta da CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2010, pp. 80-87, che diversifica la somministrazione illecita in tre sotto-aree: illecito civile, illecito penale e illecito amministrativo. In particolare è l'illecito civile, che si configura in presenza di presupposti specifici (stipulazione del contratto di somministrazione in carenza di alcuni requisiti fondamentali previsti dalla legge, stipulazione del contratto di lavoro ed effettiva utilizzazione del lavoratore), a determinare in capo al lavoratore il diritto di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione, nonché il risarcimento per il danno subito. L'illecito penale riguarda, invece, tanto l'esercizio non autorizzato della somministrazione e il ricorso alla somministrazione da parte di soggetti non autorizzati, quanto l'ipotesi di somministrazione fraudolenta (art. 28, d.lgs. 276/2003). Infine, la violazione dei limiti positivi e negativi previsti per il contratto di somministrazione, l'ommissione dei contenuti previsti dalla legge e la carenza della forma scritta configurano, tanto a carico del somministratore quanto dell'utilizzatore, un illecito amministrativo, per il quale è prevista una mera sanzione pecuniaria (art. 18, co. 3, d.lgs. 276/2003).

¹⁴ Per i profili discriminatori relativi al versante datoriale v. il commento alla sentenza della Corte del “Gruppo di lavoro” di Magistratura democratica del 23 novembre 2011.

Ma, più in generale, secondo la spiegazione ipotizzata, la Corte finisce per dimenticare che, in realtà, anche nel caso di sola illegittimità della clausola temporale di un contratto a termine, a venire in gioco è il problema – nell'intento di operare una graduazione della “valenza sanzionatoria” tra le diverse fattispecie considerate, come essa stessa scrive – del disconoscimento di lavoro subordinato, sia pure in prosecuzione di un già esistente rapporto di eguale natura.

6. d) *L'infondatezza delle “interferenze” nell'amministrazione della giustizia*

Resta, infine, da valutare l'ultima questione sollevata dai giudici *a quo*, cioè la denunciata lesione delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria, rinvenibile nella disposizione che estende le nuove regole anche ai processi in corso (art. 32, co. 7).

La Corte, innanzitutto, precisa che l'applicabilità della nuova disciplina a tutti i giudizi pendenti risponde all'esigenza di parificare situazioni di fatto identiche, a prescindere dalla data d'introduzione del giudizio¹⁵.

Per quanto concerne poi la violazione dell'art. 6 della CEDU, la Corte, richiamando sue precedenti pronunce, ritiene che le disposizioni censurate, non ledano le attribuzioni del potere giudiziario, perché, forfeizzando il risarcimento spettante al lavoratore invalidamente assunto a termine, esse si collocano legittimamente sul piano delle fonti, senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in contenzioso.

Inoltre, avvalendosi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Consulta sottolinea come il veto al legislatore d'interferire nell'amministrazione della giustizia sia inteso ad evitare ogni influenza sulla soluzione giudiziaria di una controversia (o di un gruppo di controversie) di cui sia parte lo Stato, e sempre che non sussistano imperative ragioni d'interesse generale. Viceversa nel caso di specie, ad avviso del giudice delle leggi, in primo luogo la innovativa disciplina, essendo di carattere generale, non favorirebbe selettivamente lo Stato o altro ente pubblico; in secondo luogo, l'av-

¹⁵ In coerenza con quanto affermato in una precedente sentenza (n. 214 del 2009), con cui è stata espunta dall'ordinamento una norma proprio in materia di lavoro a termine (art. 4-bis, d.lgs. 368/2001) perché differenziava irragionevolmente il trattamento “di un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro”, ad una determinata data (quella di entrata in vigore della novella, 22 agosto 2008).

vertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici – soprattutto al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente – integra quei motivi imperativi d’interesse generale atti a giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva.

Pur condividendo l’estensione della nuova disciplina a tutti i giudizi pendenti – pena una sicura illegittimità della norma per una irragionevole differenziazione tra le controversie in corso al momento dell’entrata in vigore della legge – la restante parte del ragionamento suscita, ancora una volta, più di un dubbio.

In primo luogo, stante la nutrita serialità delle controversie sul lavoro a termine che coinvolgono un particolare ente (Poste Italiane), alle cui vicende lo Stato non risulta estraneo, appare quanto meno discutibile, l’affermazione della Corte diretta ad escludere in maniera *assoluta* la presenza di un qualsiasi interesse statale rispetto alle suddette controversie, come segnalato puntualmente nell’ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, nonché nella già citata sentenza del Tribunale di Napoli¹⁶.

In secondo luogo, con riferimento alle ragioni imperative di carattere generale, è evidente che quanto affermato sino ad ora esclude la solidità dell’art. 32, co. 5, tanto per il futuro quanto per il passato, rendendo estremamente fragile proprio il presupposto interesse generale prospettato dalla Corte.

7. La parola “*fine*” è ancora lontana?

Le considerazioni svolte inducono a dissentire dall’impostazione seguita dalla Consulta. Un rilievo assorbente è assunto dalla sovrapposizione, proposta da quest’ultima, tra l’assetto degli interessi in gioco, come configurato dalla disciplina del contratto a termine, e il risarcimento danno subito dal lavoratore per la violazione di tale assetto. A causa di questa sovrapposizione la Corte finisce per spostare la conversione dal primo al secondo

¹⁶ Più specificatamente, la Corte di Cassazione pone l’accento sulla serialità della controversia che vede convenuto l’Ente Poste Italiane; il Tribunale di Napoli evidenzia come lo stesso Ente sia sottoposto al controllo dello Stato, partecipando al Consiglio di Amministrazione un giudice della Corte dei Conti ed essendo il suo bilancio collegato a quello statale (artt. 10 e 15, d.lgs. 261/99). Ne deriva, sempre secondo il Tribunale di Napoli, che il comma 7 dell’art. 32 ha una ricaduta significativa sul bilancio dello Stato, per cui appare evidente l’effetto oggettivo di privilegiare quest’ultimo nella soluzione di tale categoria di controversie.

versante, con la conseguenza, per un verso, di ridefinire detto assetto, per altro verso di inficiare inevitabilmente la quantificazione del danno.

Sicché, la misura del risarcimento indicata dall'art. 32, commi 5 e 6, della l. 183/2010, come interpretati dalla Corte, appare senz'altro squilibrata sul piano dei valori costituzionali implicati, con la conseguente violazione di diverse disposizioni: prima fra tutte l'art. 3. Essa – oltre a presentare le evidenziate criticità con riferimento ai lavoratori “comparabili” – per la sua rigidità, specie in un mercato del lavoro alquanto “statico”, risulta irragionevolmente più favorevole per il datore di lavoro. D'altro canto, costringere la realtà in rigidi contenitori predefiniti è operazione sempre molto rischiosa e dubbia.

Né i nuovi termini di decadenza introdotti dal Collegato lavoro possono essere considerati per una possibile diminuzione di questo sbilanciamento, come sembra emergere dal ragionamento della Corte. È stato sufficiente riflettere semplicemente, sull'andamento fisiologico di un processo per rendersi conto che il risarcimento prescritto dall'art. 32 non potrebbe tecnicamente essere mai considerato adeguato.

Accresce le perplessità anche la natura di sentenza interpretativa di rigetto della decisione assunta che lascia aperta la questione, con il rischio di creare più problemi di quanti se ne sarebbero chiusi¹⁷.

¹⁷ Segnali in questo senso si rinvencono, ad esempio, nella citata lettera di commento alla sentenza del “Gruppo di lavoro” di Magistratura democratica, laddove si auspica un *intervento* della magistratura del lavoro “ancora oggi caratterizzato (...) dall'esigenza prima di tutela della libertà e della dignità del lavoratore”. Nonché, più concretamente, vedi l'eloquente sentenza del Trib. di Napoli, *cit.*, in cui, vista la natura di sentenza interpretativa di rigetto, si propone una diversa lettura del disposto normativo in questione. Il giudice, infatti, sostiene che il risarcimento *ex art. 32 co. 5* coprirebbe esclusivamente il danno subito dal lavoratore nel periodo che va dall'interruzione del rapporto di lavoro alla proposizione del ricorso giudiziale. Più specificatamente, l'interpretazione proposta si fonda, essenzialmente, sul seguente percorso argomentativo. A) Il termine per la proposizione di ricorso giudiziale ha una durata massima di 270 giorni (pari a nove mesi). L'indennità è compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità, ovvero corrisponde ai termini minimo e massimo maggiorati di 2,5 e tre mesi di retribuzione: la maggiorazione è collegabile alle ulteriori voci di danno (esistenziale), in precedenza non risarcite. Il co. 5 dell'art. 32, quindi, con una formula volutamente ampia, ha previsto la possibilità di liquidare anche detto ulteriore danno. B) Il co. 5, dell'art. 32, ha posto una presunzione *iuris et de iure* di un minimo danno non economico (2,5 mensilità), anche in ipotesi di assenza di danno effettivo: si garantisce una effettiva efficacia dissuasiva e sanzionatoria all'ordinamento interno, in aderenza agli obblighi dell'Unione, anche quando sulla base dei comuni criteri risarcitori non vi è sanzione certa. C) Il lavoratore ha uno specifico obbligo di allegazione e prova (art. 414 cod. proc. civ.) degli elementi da tener conto nella de-

Alla fine dei conti, meglio avrebbe fatto la Corte a pronunciarsi per l'illegittimità dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, limitandosi, per il resto, a confidare, da un lato, nel nuovo regime dei termini processuali – di sicuro importante ai fini di arrestare le censurabili prassi dilatorie –, dall'altro comunque a sollecitare il massimo rigore nella quantificazione del danno secondo i criteri generali.

terminazione della indennità risarcitoria (quelli di cui all'art. 8, l. 604/66). Poiché il limite temporale alle allegazioni è costituito dalla data di deposito del ricorso, la indennità risarcitoria non può che riguardare tale periodo, considerato che le parti devono potere argomentare anche sulla misura della stessa.

Sulla questione, v. anche la pronuncia della Corte di Appello di Roma del febbraio 2012 n. 267, riportata ne *Il Sole 24ore* del 12 febbraio 2012, per la quale i lavoratori che ottengono la conversione a tempo indeterminato di un contratto a termine hanno diritto a due risarcimenti: l'indennità sostitutiva prevista dal Collegato lavoro e un ulteriore risarcimento, pari alle retribuzioni che il dipendente avrebbe percepito a partire dalla data del deposito del ricorso giudiziale.

Di diverso avviso Cass., 31 gennaio 2012 n. 1409, secondo la quale l'indennità prevista dal "Collegato lavoro" coprirebbe tutte le somme spettanti al lavoratore dalla fine del rapporto alla sentenza senza ulteriori risarcimenti.

Corte Costituzionale - Sentenza 22 dicembre 2011, n. 339 - Pres. Quaranta - Rel. Criscuolo - Presidenza del Consiglio di Ministri (Avvocatura generale dello Stato) v. Regione Lombardia (avv.ti Cardi e Cintioli).

Lavoro pubblico regionale - Contrattualizzazione del rapporto di lavoro - Trattamento economico - Competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile - Primato della fonte negoziale anche nella nuova formulazione del secondo comma dell'art. 2 d.lgs. 165/2001 - Illegittimità costituzionale della legge regionale che integra il fondo previsto dal contratto nazionale - Sussistenza.

Il trattamento economico del personale dipendente dalle Regioni, a seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro, rientra nella competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. 1), Cost. L'art. 2, co. 2 del d.lgs. 165/2001, anche nella formulazione innovata dalla l. 15/2009, ribadisce il primato della fonte negoziale sul trattamento economico. È costituzionalmente illegittima la norma della legge regionale che integra le risorse del fondo per il trattamento accessorio previsto dal contratto nazionale di comparto Regioni-autonomie locali.

Carmine Russo

Legge e contrattazione per la retribuzione accessoria nel lavoro pubblico regionale

SOMMARIO: **1.** Le fonti per la regolazione del trattamento economico nel lavoro pubblico secondo la Corte Costituzionale: la competenza esclusiva dello Stato. **2.** L'orientamento più possibilista della Corte dei Conti in base al dettato contrattuale. **3.** Fonti e funzioni del trattamento economico accessorio per la gestione dell'art. 16 del d.l. 98/2011.

1. *Le fonti per la regolazione del trattamento economico nel lavoro pubblico secondo la Corte Costituzionale: la competenza esclusiva dello Stato*

Nel pronunciarsi su un caso di conflitto di competenza tra Stato e Regione in materia di trattamento economico dei pubblici dipendenti, la Corte Costituzionale, con la sentenza 22 dicembre 2011 n. 339, seppur sinteticamente, sviluppa alcune considerazioni che è utile ripercorrere ed approfondire nella prospettiva di gestione dell'attuale fase di blocco della contrattazione collettiva e di conseguente alterato rapporto sia tra livelli di contrattazione sia tra legge e contrattazione collettiva.

Dico subito che lo scopo di queste pagine è quello di evitare che una interpretazione eccessivamente restrittiva dell'orientamento della Corte possa determinare la impraticabilità di percorsi di attivazione della contrattazione integrativa, pur in temporanea stasi di un contratto nazionale, con risorse non rese disponibili secondo il formale percorso decisionale ed autorizzativo previsto dagli artt. 40-50 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 richiamato nella citata sentenza, ma anche nella n. 77 dell'11 marzo 2011.

Nel caso esaminato dalla sentenza 339/11, la Corte si pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, della legge della Regione Lombardia 23 dicembre 2010 n. 19 che, dopo aver confermato e programmato anche per il futuro la progressiva riduzione dell'organico della dirigenza, disponeva nel terzo periodo del comma che *“le economie risultanti dalla riduzione dell'organico complessivo della dirigenza possono essere destinate alla valorizzazione delle posizioni organizzative, in aggiunta alle risorse annualmente stanziare ai sensi dell'art. 31 del ccnl del personale del comparto Regioni-autonomie locali del 22 gennaio 2004”*.

La sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale della parte richiamata in corsivo sulla base della considerazione che la Regione Lombardia, avendo legiferato in materia di trattamento economico del personale regionale, ha invaso una competenza che, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, deve essere considerata appartenente alla competenza esclusiva dello Stato. Nel giungere a questa conclusione, la Corte non sembra utilizzare – almeno esplicitamente – la motivazione proposta dalla ricorrente Presidenza del Consiglio dei Ministri, secondo la quale la Regione si sarebbe posta in contrasto con le norme contenute nel Titolo III del d.lgs. 165/01 e, precisamente, con gli articoli da 40 a 50 che disciplinano appunto la contrattazione collettiva e la rappresentatività sindacale, così invadendo la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento ci-

vile, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost. Molto più sinteticamente, la sentenza 339/11 si limita a ritenere che a seguito della contrattualizzazione e privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, questo rientri nella materia dell'ordinamento civile che impedirebbe *tout court* l'intervento del legislatore regionale.

Peraltro, la Corte ritiene che il secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. 165/01 anche nella nuova formulazione redatta dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 testimoni il ruolo di fonte primaria della contrattazione collettiva in materia retributiva, come si ricava anche dall'art. 45 (anch'esso riformulato) del d.lgs. 165/01 e che, pur se la destinazione delle risorse riguarda istituti attinenti ad aspetti ed assetti inerenti anche all'organizzazione (posizioni organizzative), il loro ambito reale sia comunque quello del trattamento economico e non possa quindi invocarsi la competenza residuale ed esclusiva in materia di ordinamento organizzativo delle Regioni. Per questa via, peraltro, anche se indirettamente, la Corte supera il tentativo di difesa della Regione Lombardia secondo la quale le posizioni organizzative "andrebbero inserite nella più ampia disciplina della dirigenza, trattandosi di posizioni assimilabili alla vice-dirigenza".

Il "detto", il "non detto" e il "come detto" di questa sentenza pongono molteplici temi all'attenzione dell'interprete che è necessario approfondire in primo luogo singolarmente.

Un punto di partenza solido e universalmente condiviso è costituito dalla riconduzione del rapporto di lavoro pubblico nell'ambito dell'ordinamento civile che l'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato, anche se alcuni aspetti del rapporto di lavoro dirigenziale per la loro stretta attinenza con l'organizzazione sono fatti rientrare nella competenza esclusiva delle Regioni (art. 117, co. 4); tra essi senz'altro la progressiva riduzione della relativa dotazione organica con parallela riorganizzazione della struttura amministrativa.

Opportunamente, quindi la censura della Corte si concentra sul solo terzo periodo del comma laddove si prevede la possibile destinazione delle economie risultanti dall'azione di razionalizzazione. E qui occorre operare le prime distinzioni:

- in primo luogo per verificare la legittimità di una legge che stanzi fondi per incrementare la contrattazione integrativa;
- poi quella di una legge regionale che opera autonomamente rispetto alla struttura della contrattazione ma finanziando un istituto previsto dal ccnc;

– e, infine, quella di una legge regionale che destina un risparmio realizzato con la riduzione di organico dell'*area dirigenziale*, per finanziare uno specifico istituto del *personale del comparto*.

2. *L'orientamento più possibilista della Corte dei Conti in base al dettato contrattuale*

Nel settore del lavoro pubblico, sono diversi i casi in cui il legislatore opera sull'ammontare dei fondi di contrattazione integrativa e quindi su quello della retribuzione accessoria determinandone a volte anche la destinazione funzionale delle somme.

Solo per rimanere nell'ambito del comparto Regioni-autonomie locali, si pensi ai compensi legati all'attività di progettazione (art. 92 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), o anche ai compensi incentivanti per il recupero dell'ICI (art. 3, co. 57, della l. 23 dicembre 1996 n. 662 e art. 59, co. 1, lett. p), del d.lgs. 15 dicembre 1997 n. 446); nel comparto delle amministrazioni centrali, si consulti l'ampio elenco contenuto nell'Allegato B del d.l. 25 giugno 2008 n. 112.

Caratteristica comune di questa normativa è quella di incrementare, senza ulteriori specificazioni, l'ammontare del fondo per la contrattazione integrativa, lasciando poi alle parti del ccnc il compito di definirne destinazione e distribuzione tra i diversi istituti; confronta al proposito gli artt. 15 e 17 del ccnc Regioni-autonomie locali 1 aprile 1999 e successive modifiche e integrazioni. Nel parere espresso ad un comune dalla sezione regionale di controllo per la Lombardia (671/2011/PAR del 21 dicembre 2011), la Corte dei Conti ritiene che “la disposizione del ccnc permette invero l'integrazione del fondo solo se sussistono ‘specifiche disposizioni di legge’ (anche regionale, si potrebbe aggiungere, data l'assenza di differente indicazione e l'attuale quadro costituzionale)¹”.

Si tralasciano qui le delicate e interessanti questioni che si pongono all'incremento per via legislativa dei fondi in presenza del tetto posto dall'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (per le quali si rinvia oltre che al parere richiamato anche alla delibera delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei Conti 51/CONTR/11 del 4 ottobre 2011), e sulle quali comunque dovremo tornare seppur brevemente tra poco.

¹ La parentesi e il suo contenuto sono parte integrante del parere.

Qui segnaliamo come l'orientamento della Corte dei Conti confligga con la sentenza della Corte Costituzionale, a meno che, quest'ultima, non si interpreti nel senso che il divieto posto al legislatore regionale derivi dal fatto che nella legge censurata: *a)* non erano previste forme di incentivazioni di prestazioni o di risultati del personale (requisito esplicitamente richiesto dal citato ccnc) e, *b)* fosse rigidamente determinato l'istituto cui destinare le maggiori risorse (mentre il ccnc affida a se stesso – art. 17 – il compito di definire le modalità di utilizzo delle risorse complessive).

Interpretazione non incoerente col ruolo di fonte primaria assegnata alla contrattazione collettiva dalla stessa sentenza della Corte Costituzionale. A questo proposito potrebbe porsi una questione di legittimità anche costituzionale della legge censurata per il fatto che utilizzi risorse ricavate dalla riduzione delle figure dirigenziali per incrementare il fondo del personale del comparto. Questa sembra essere la vera incoerente interferenza della legge regionale con l'assetto delle fonti nazionali: legge (articolazione del personale pubblico in aree dirigenziali e comparto) e contrattazione (i ccnq sulla composizione dei comparti e delle aree).

3. Fonti e funzioni del trattamento economico accessorio per la gestione dell'art. 16 del d.l. 98/2011

Le questioni poste dalla sentenza 339/II sono utili per riflettere sulle modalità applicative di una recente disposizione del legislatore nazionale che prevede forme di incremento dei fondi gestiti dalla contrattazione integrativa, definendone in parte la destinazione. I commi 4-6 dell'art. 16 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98 (l. conv. 15 luglio 2011 n. 111) stabiliscono che tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/01, possono adottare entro il 31 marzo di ogni anno piani triennali di razionalizzazione e riqualificazione della spesa, di riordino e ristrutturazione amministrativa, *etc.* indicando la spesa sostenuta a legislazione vigente per ciascuna delle voci di spesa interessate e i correlati obiettivi in termini fisici e finanziari (comma 4); che le eventuali economie aggiuntive effettivamente realizzate (...) possono essere utilizzate annualmente, nell'importo massimo del 50%, per la contrattazione integrativa, di cui il 50% destinato alla erogazione dei premi previsti dall'articolo 19 del d.lgs. 150/09 (comma 5); e che tali risorse sono utilizzabili solo se a consuntivo è accertato, con riferimento a ciascun esercizio, dalle amministrazioni interessate, il raggiungimento degli obiettivi fis-

sati per ciascuna delle singole voci di spesa previste nei piani di cui al comma 4 e i conseguenti risparmi (comma 5). I piani adottati dalle amministrazioni sono oggetto di informazione alle organizzazioni sindacali rappresentative (comma 6).

In questo caso il problema della competenza legislativa potrebbe porsi al contrario, quanto meno per gli assetti organizzativi delle Regioni; ostacolo comunque facilmente superabile, visto che la legge nazionale non impone la predisposizione dei piani triennali (dimensione organizzativa), ma solo la destinazione dei risparmi conseguiti (dimensione lavoristica) in linea di coerenza con l'assetto delle fonti derivato dall'art. 117 Cost. e con la struttura bipolare della contrattazione. Infatti, almeno per la quota genericamente affidata alla contrattazione integrativa (25% dei risparmi), non potranno che essere seguiti i criteri di utilizzo previsti dal ccnc.

Ma i fondi potranno essere integrati in presenza del tetto previsto dall'art. 9, co. 2-bis del d.l. 78/10? Sono possibili due risposte.

La prima, che definirei specifica ma parziale, è quella fornita dal citato parere della sezione lombarda della Corte dei Conti secondo la quale "la quota dei finanziamenti provenienti dalla legge ... potrà integrare il fondo per la contrattazione integrativa nei limiti dell'assenza o riduzione di una delle altre fonti di entrata indicate nel ccnc che hanno concorso a costituire il fondo nell'anno 2010". Questa posizione, quindi, consente alla legge di operare sui fondi ma a condizione che la legge stessa o il contratto collettivo garantiscano l'invarianza del totale rispetto al 2010 (anno base di riferimento indicato dal citato art. 9). A tale orientamento si stanno attenendo molte amministrazioni che, limitandosi a non decurtare il fondo 2010, rendono di fatto non appetibile la richiesta di predisposizione dei piani; e, inoltre, ritengono assolutamente non praticabile la gestione del restante 25% (premierità ex d.l. 150/09) visto che il sistema premiale sarebbe stato temporaneamente sospeso e rimandato dall'art. 6 del d.lgs. 1 agosto 2011 n. 141. Affermazione vera solo nella prima parte, visto che lo stesso art. 6, co. 1, nel primo periodo afferma che "*la differenziazione retributiva in fasce prevista dagli articoli 19, commi 2 e 3, e 31, comma 2, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, si applica a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009*"; ma nel secondo aggiunge che "*ai fini previsti dalle citate disposizioni, nelle more dei predetti rinnovi contrattuali, possono essere utilizzate le eventuali economie aggiuntive destinate all'erogazione dei premi dall'articolo 16, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111*".

La seconda risposta è più complessiva perché vuole confrontarsi con l'attuale fase di moratoria dei contratti collettivi a contenuto salariale, con il tetto posto al fondo dal d.l. 78/10 e con l'assetto della struttura della contrattazione. Almeno fino a tutto il 2013 mancherà un adeguamento del ccnc se non altro per gli istituti che possano determinare un incremento della spesa; fino ad allora, di conseguenza, la struttura della contrattazione si attesterà all'attuale secondo livello, nel rispetto dei tetti stabiliti dal secondo comma dell'art. 9 del d.l. 78/10.

Come si può conciliare l'art. 16 del d.l. 98/11 con questa situazione? Per poter dare una risposta è utile distinguere la funzione assoluta (soprattutto nei fatti) dal funzionamento del fondo contrattuale da quella che intende svolgere il citato art. 16.

Al *tradimento* della *ratio* originaria da parte dei fondi dedica molta importanza la delibera delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti quando precisa che il "sempre maggior divario tra indice delle retribuzioni contrattuali del personale delle pubbliche amministrazioni (basato sull'applicazione ai dati riferiti a un anno di riferimento dei soli incrementi previsti dalla contrattazione nazionale)² e quello relativo alle retribuzioni di fatto percepite dagli interessati ha mostrato come la principale causa dell'andamento incontrollato e disordinato della spesa del personale e della crescita retributiva complessiva, svincolata da qualunque riferimento a predeterminati parametri di compatibilità economica, fosse da imputare pressoché per intero all'andamento della contrattazione integrativa nei diversi comparti".

L'utilizzo dei fondi contrattuali al livello decentrato ha rappresentato, quindi, il vero tallone d'Achille dell'esperienza contrattuale di questi anni, non provvedendo a rispettare criteri di produttività, efficacia o merito ma preferendo generalizzare i vantaggi salariali della maggioranza/totalità degli addetti. La delibera della Corte dei Conti 51/CONTR/11 è esplicita al proposito³ e giustifica con questa deriva la legittimità del tetto apposto dall'art. 9 del d.l. 78/10; al punto da considerare fuori dai vincoli di spesa quelle ri-

² Parentesi e contenuto sono parte integrante della delibera.

³ "In sede di contrattazione integrativa le risorse sono state inoltre in minima parte utilizzate per finanziare istituti volti a premiare la maggior produttività degli interessati dato che sono in prevalenza destinate ad implementare trattamenti fissi e continuativi, passaggi di livello retributivo e progressioni di carriera. Ne deriva che gli effetti della contrattazione integrativa sono destinati in prosieguo a refluire sulla successiva contrattazione nazionale aumentando la base per calcolare i successivi incrementi percentuali delle basi retributive di riferimento".

sorse che per loro natura garantiscono selettività e produttività (progettisti interni e avvocati comunali/provinciali).

Si può allora pensare che, ferma la legittimità dell'intervento legislativo per incrementare il fondo, ciò sia possibile solo a condizione che non si determini un incremento di spesa generalizzato per il personale ma che vi sia un visibile collegamento tra piano di riorganizzazione, conseguente risparmio conseguito e utilizzo di una quota (50%) del risparmio per la contrattazione integrativa.

In altri termini e nonostante il congelamento del ccnc è possibile rendere più agevole la gestione delle nuove risorse: infatti, la riconduzione ad eticità organizzativa dell'utilizzo del fondo (all'interno della *ratio* e dei parametri del contratto nazionale) è assicurata dall'ormai granitico orientamento della Corte dei Conti a Sezioni Riunite che colpirebbe – anche in virtù dei maggiori poteri riconosciute – una gestione non razionale del primo 25% delle risorse derivanti da risparmi a seguito dei piani triennali (e a questo scopo sono ritenute in modo condiviso sufficienti le previsioni dei ccnc vigenti); mentre il secondo 25% (premieria) dovrebbe avere nelle stesse caratteristiche degli istituti e delle fasce un sufficiente elemento di selettività.

Se poi si vuole preservare la bipolarità del modello contrattuale, pur ammettendo però un rafforzamento del secondo livello, allora è possibile pensare ad un ccnq che definisca per il periodo di moratoria dei contratti nazionali relazioni sindacali e stringenti criteri per l'utilizzo delle risorse ricavate dai piani di razionalizzazione e riorganizzazione: un contratto nazionale possibile anche in questa fase dal momento che di suo non comporterebbe alcun incremento dei fondi o della spesa e quindi rispetterebbe la moratoria economica prevista dal d.l. 78/10.

Va infatti detto che la corretta applicazione dell'art. 16 (comprese le procedure di controllo in esso previste, soprattutto al comma 5) non comporta un aumento della spesa generalizzato rispetto alla situazione 2010 né per il comparto, né per le singole amministrazioni; anzi, il costituirsi di quella quota di risparmio è la garanzia di una realizzata riduzione della spesa che è erogata, con criteri selettivi al personale coinvolto, nella sola quota del 50%⁴.

⁴ Può essere questo il modo per superare una possibile incoerenza del legislatore, segnalata da RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in questa rivista, 2011, p. 188.

Tribunale di Livorno - Ordinanza 5 agosto 2011 (Giudice del lavoro Jacqueline Monica Magi).

Per la dichiarazione di rilevanza non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 71 d.l. n. 112/2008 convertito in l. 133/2008 in relazione agli artt. 3, 32, 38 Costituzione.

* * *

Rosa Casillo

Trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici e principi costituzionali

SOMMARIO: **1.** L'art. 71, co. 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133. **2.** Il confronto con l'eguaglianza giuridica ex art. 3, co. 1, Cost. **3.** Il confronto con il canone di sufficienza ex art. 36, co. 1, Cost. **4.** Il rapporto con l'adeguatezza dei mezzi di vita nell'ipotesi di sospensione, ex art. 38, co. 2, Cost. **5.** L'incidenza sull'interesse collettivo alla salute individuale ex art. 32 Cost.

1. L'art. 71, co. 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133

A tre anni dall'entrata in vigore del d.l. 112/08, convertito con l. 133/08, giunge all'attenzione della Corte Costituzionale la disposizione, *ivi* contenuta all'art. 71, co. 1, relativa al trattamento economico delle assenze per malattia dei dipendenti pubblici.

La versione originaria dell'intero testo normativo, come noto, ha subito l'incessante (e disordinato) tentativo, del legislatore, di accogliere le sollecitazioni critiche che da subito hanno segnato l'intervento riformatore, anche per essersi poi, esso, rivelato anticipativo della precisa scelta, compiuta nell'ambito della successiva riforma del lavoro pubblico realizzata col d.lgs. 27

ottobre 2009, n. 150, di considerare la restrizione delle possibilità di fruizione delle assenze per malattia, in vario modo perseguita, una variabile determinante per la ottimizzazione della produttività dei dipendenti pubblici.

Sin dalla legge di conversione n. 133 sono apparsi necessari interventi correttivi. Innanzitutto per l'ambito di applicazione della norma sul trattamento economico in regime di sospensione, con l'esclusione del personale del comparto sicurezza e difesa e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 71, co. 1-*bis*); poi, per la correzione della legittimazione esclusiva del soggetto pubblico in tema di certificazione della malattia (co. 2). Sugli stessi profili è successivamente intervenuto il d.l. 1 luglio 2009 n. 78 convertito con l. 3 agosto 2009 n. 102¹ nonché, sul punto della certificazione, il d.lgs. 150/09 che ha sostituito il co. 2 dell'art. 71 con le previsioni del co. 1 dell'inedito art. 55-*septies* aggiunto, dallo stesso d.lgs. 150/09, al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Disposizione, questa ultima, oggi totalmente riscritta, al suo co. 5, dall'art. 16, co. 9, d.l. 6 luglio 2011 n. 98 convertito con l. 15 luglio 2011 n. 111, con effetto anche sulle regole della certificazione².

La stessa l. 102/09 ha ritoccato il sistema di accertamento sullo stato di malattia previsto al co. 3 dell'art. 71, con la eliminazione della contestatissima previsione legale delle fasce orarie di reperibilità le quali, per le modifiche successive del d.lgs. 150/09, devono essere stabilite con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e innovazione (art. 55-*septies*, co. 5). Ciò che è avvenuto con il d. m. 18 novembre 2009 n. 209 la cui efficacia è, però, attualmente segnata dall'art. 16, co. 9, l. 111/11 il quale, rivisitando il co. 5, art. 55-*septies*, d.lgs. 165/01 vi ha aggiunto il co. 5-*bis* e, con esso, la ri-determinazione delle fasce di reperibilità ad opera di un emanando decreto della stessa fonte ministeriale³. Pure le visite ispettive di controllo, anch'esse disciplinate nell'originario art. 71, co. 3, sono state rivi-

¹ L'attuale co. 1-*bis*, art. 71 ancora considera nell'ambito di applicazione del co. 1 il personale del comparto sicurezza e difesa e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, ma include nel trattamento economico fondamentale, spettante in caso di assenza per malattia, "gli emolumenti di carattere continuativo correlati allo specifico *status* e alle peculiari condizioni di impiego", viceversa non contemplati per la generalità dei dipendenti pubblici al co. 1.

² La malattia come causa giustificativa dell'assenza che si protrae per più di dieci giorni e, in ogni caso, quella che determina la seconda astensione nell'anno solare, può ora essere certificata non più solo da una struttura sanitaria pubblica ma anche da un medico convenzionato col ssn oppure dalla struttura sanitaria, anche privata, che esegue la terapia, la visita, la prestazione, l'attività diagnostica per la quale ha avuto luogo l'assenza (art. 55 *septies*, co. 1 e 5-*ter*, versione vigente).

sitate dal d.lgs. 150/09 che a quelle previsioni ha sostituito il disposto del co. 5, art. 55-*septies*, d.lgs. 165/01, a sua volta riscritto dalla citata ultima disposizione della l. 111/11⁴ chiarita, nei contenuti, dalla circolare ministeriale 1 agosto 2011 n. 10.

Della prima versione dell'art. 71, d.l. 133/08, dunque, poco sopravvive all'incalzante opera di aggiustamento del legislatore⁵. Rimangono immutate: la competenza della contrattazione collettiva in materia di permessi retribuiti, di cui al co. 4; l'inderogabilità pattizia delle norme contenute nella disposizione, sancita al co. 6; la norma di cui il Giudice del lavoro del Tribunale di Livorno, nell'agosto del 2011, ha chiesto lo scrutinio della Corte Costituzionale, quella contenuta al co. 1 ed in forza della quale "Per i periodi di assenza per malattia, di qualunque durata, ai dipendenti pubblici il cui rapporto è in regime di diritto privato nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio. Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a *day hospital*, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita"⁶.

³ Prima determinate dalla contrattazione collettiva in conformità del settore privato, dalle ore 10.00-12.00 alle ore 17.00-19.00 di ogni giorno compresi i domenicali e festivi; poi previste dal d.l. 112/08 dalle ore 8.00-13.00 alle ore 14.00-20.00 di tutti i giorni compresi i non lavorativi e festivi; ed infine determinate dal d. m. 206/09 dalle ore 9.00-13.00 alle ore 15.00-18.00, le fasce orarie di reperibilità, in attesa di ulteriore ridefinizione, non si applicano ora ai dipendenti affetti da patologie particolari (d. m. 206/09).

⁴ Il controllo sulle assenze è ora disposto "valutando la condotta complessiva del dipendente e gli oneri connessi all'effettuazione della visita ..., ed è in ogni caso richiesto sin dal primo giorno solo quando l'assenza si verifica nelle giornate precedenti o successive a quelle non lavorative (art. 55 *septies*, co. 5 *bis*).

⁵ Peraltro, nemmeno sopravvivono: il co. 5-*bis* sulla competenza istituzionale delle ASL in tema di visite ispettive, introdotto dalla l. 102/09 sul punto dichiarata incostituzionale da C. Cost. 10 giugno 2010 n. 207, (in *LPA*, 2010, 2, p. 405, con nota di NAVILLI M., *Gli accertamenti medico-legali sui dipendenti assenti per malattia: competenza legislativa esclusiva o concorrente e autonomia finanziaria regionale*) ed il co. 5-*ter* che, a quel fine, disponeva circa appositi trasferimenti alle Regioni da destinare alle aziende sanitarie locali, norma che pure non supera lo scrutinio della Corte nel 2010.

⁶ I risparmi derivanti dall'applicazione della disposizione (continua il co. 1, art. 71, l. 133/08) costituiscono economie di bilancio per le amministrazioni dello Stato e concorrono

Già nel 2010 la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi, per la prima volta a quanto consta, sul co. 1 dell'art. 71, attraendo la disciplina *ivi* prevista nella regolazione del rapporto interprivato di lavoro e, perciò, nella competenza legislativa esclusiva statale per come rientrante nell'ordinamento civile dello stato, con la contestuale dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione della Valle d'Aosta che, incurante del disposto sulla inderogabilità pattizia di cui al co. 6, art. 71, sul punto rinviava alla contrattazione collettiva⁷.

L'ordinanza del Tribunale di Livorno è però la prima opportunità che si offre al Giudice Costituzionale di confrontare la scelta legislativa del 2008 con i fondamentali principi di civiltà giuridica (art. 3 Cost.), di regolazione del rapporto di lavoro subordinato (art. 36 e 38), di garanzia di effettività dei diritti inderogabili della persona (art. 32). Un precedente tentativo di portare all'attenzione della Corte queste stesse tematiche risale al 2009, bloccato dal Tar del Lazio che concluse per la manifesta infondatezza⁸.

Eppure, leggendo le pagine del Giudice di Livorno, si ha l'impressione che anche questa costituisca un'occasione mancata, perché le eccezioni appaiono tutte mal poste.

2. Il confronto con l'eguaglianza giuridica ex art. 3, co. 1, Cost.

Al primo punto dell'ordinanza di remissione, il profilo di incostituzionalità della determinazione legale del trattamento economico di malattia è reso come emergente dal confronto col miglior trattamento che, nella stessa vicenda di sospensione, è riservato ai dipendenti da datore privato in sede di contrattazione collettiva. Questo, si dice, costituisce violazione del precetto ex art. 3 Cost. che vincola l'azione legislativa nel senso della parità di trattamento, perché realizza una disparità non giustificata sul piano delle condizioni di fatto, non traducendosi, la natura pubblica o privata del da-

per gli enti diversi dalle amministrazioni statali al miglioramento dei saldi di bilancio. Tali somme non possono essere utilizzate per incrementare i fondi per la contrattazione integrativa.

⁷ C. Cost. 10 giugno 2010 n. 207, cit.

⁸ Tar Roma Lazio, sez. I, 24 aprile 2009 n. 4078, in *LPA*, 2009, 3-4, p. 675 ss., con nota di DI NARDO, *Le decurtazioni stipendiali per le assenze per malattia nel pubblico impiego dopo il d.l. n. 112/2008*.

tore di lavoro, in una difformità di situazioni rispetto all'astensione per esigenze di cura propria.

Non può porsi alcun dubbio sulla inesistenza di elementi di fatto, connessi alla caratterizzazione giuridica di qualsivoglia rapporto di lavoro (pubblico o privato, tipico o atipico, subordinato o parasubordinato), che si traducano in una differenza nelle istanze materiali e, corrispondentemente, nel fascio di interessi giuridici di cui è portatore, secondo il nostro ordinamento, il lavoratore malato ed il suo datore di lavoro⁹.

Né una tale differenza può vedersi ancorata ad elementi di diritto, cioè alla costruzione giuridica della peculiarità del rapporto riflessa nelle scelte di regolazione dello stesso. Non convince ad esempio la conclusione, del Tar del Lazio 2010, della non assimilabilità del lavoro pubblico a quello privato in funzione della diversa natura del trattamento economico di malattia, retributiva nel primo caso ed indennitaria previdenziale nel secondo. Tale circostanza nulla determina, e nulla sottende, circa il dato sostanziale delle due fattispecie.

Nemmeno appaga il rilievo della finalizzazione dell'attività lavorativa del dipendente pubblico ad un interesse diverso e superiore rispetto a quello del lavoro nell'impresa, che configurerebbe l'evento (il fatto) malattia come foriero di interessi, in capo al datore ed al lavoratore, specifici e peculiari legittimanti una regolazione (il diritto) esclusiva¹⁰. Da una parte, si dubita che retaggi di immedesimazione organica ancora possano sopravvivere, al di fuori dei casi espressamente previsti, al processo di contrattualizzazione avviato nel 1993. Dall'altra, si osserva che l'interesse al buon andamento e imparzialità dell'amministrazione non entra nel sinallagma contrattuale ad arricchire la posizione debitoria della parte subordinata nel rapporto speciale rispetto al social-tipo di cui all'art. 2094 cod. civ.¹¹. Senz'altro sussiste in capo al datore pubblico, però non muta *tout court* la fisionomia delle situazioni di fatto di entrambe le parti del rapporto, non a caso "privatizzato"; ne influenza la regolazione, con incidenza sulle con-

⁹ Ciò si è già avuto occasione di precisare in CASILLO, *La malattia del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 394 ss.

¹⁰ *Contra* CASALE, *Il controllo delle assenze per malattia, tra rigore del legislatore ed innovazioni tecnologiche*, in *LPA*, 2010, n. 5, p. 833 ss.

¹¹ O semplicemente dotato di specificità: SGROI, *La "specialità" del pubblico impiego in dottrina e giurisprudenza*, in *RIP*, 2005, p. 1 ss.

trapposte situazioni giuridiche attive e passive in modo peculiare, per quei soli aspetti che si intrecciano con i valori *ex art. 97 Cost.*¹²: è il caso, tra gli altri, del momento dell'instaurazione del rapporto, delle mansioni, della compatibilità con lo svolgimento di altre attività, ma non è il caso dell'assenza per malattia.

Tanto l'obiettivo dell'imparzialità e buon andamento quanto la soddisfazione dell'interesse pubblico, si vuol dire, non ricadono sulla situazione di fatto del datore di lavoro del prestatore malato né su quest'ultimo; di conseguenza non richiamano strumenti di tutela di interessi diversi da quelli determinati dall'insorgere di esigenze di cura propria nello svolgimento di un rapporto di lavoro privato. Possono invece, quegli interessi esclusivi dell'ente, conformare la posizione del prestatore malato sul piano disciplinare. Diversamente, peraltro, neanche si può sostenere con riferimento al dipendente che svolge funzioni di rilevanza costituzionale, quello il cui rapporto è in regime di diritto pubblico ed al quale, non a caso, il co. 10, art. 16, l. III/II estende le previsioni dell'art. 71, co. 1 dalle quali era, sino ad ora, irragionevolmente escluso.

La ferma convinzione dell'eguaglianza delle due situazioni sul piano sostanziale – rispetto all'interesse alla produzione e alla cura della salute – e, perciò, della necessaria parità di trattamento normativo – che accordi tutela ai contrapposti interessi in modo eguale, *ex art. 3, co. 1, Cost.* – non vale tuttavia a gettare ombre sulla determinazione dell'art. 71, co. 1, l. 133/08 nei termini in cui ciò è prospettato nell'ordinanza in esame.

Non rileva quale trattamento discriminatorio ingiustificato il fatto che la disciplina legale sia difforme (peggiorativa o, in ipotesi, anche migliorativa) rispetto a quella prevista, dalla contrattazione collettiva, per la analoga fattispecie nel rapporto di lavoro nell'impresa, come invece si legge nel testo che si annota. Il precetto di eguaglianza giuridica valutativa tecnicamente orienta secondo razionalità e ragionevolezza tutte e solo le manifestazioni legislative; richiede coerenza qualificata da verificare negli atti legislativi e tra di essi, non tra atti legislativi ed atti privati (pur se fonti *extra ordinem*).

¹² Sulla questione, oramai, la giurisprudenza costituzionale non lascia alcuno spazio di dubbio: v. PIOGGIA, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in DELLA CANANEA, DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, EST, 2006, p. 255 ss. V. anche, più di recente, C. Cost. 16 maggio 2008 n. 146, in *LPA*, 2008, 3-4, p. 602, con nota di SANTINELLI.

In questa prospettiva, ad esempio, correttamente si può porre il dubbio sulla legittimità del trattamento privilegiato che l'art. 71, co. 1-bis, riserva al personale del comparto sicurezza e difesa e Corpo dei vigili del fuoco; dell'art. 71, co. 1, nella parte in cui differenzia il trattamento economico a seconda della durata (inferiore, pari o superiore a dieci giorni) dell'astensione; della determinazione legale difforme, per settore pubblico e privato, delle fasce di reperibilità.

Il profilo critico dell'art. 71, co. 1 rispetto all'art. 3, co. 1 Cost. emerge, invece, argomentando da una diversa considerazione. Esattamente guardando, a monte, alla stessa scelta di disciplinare, in modo esclusivo ed inderogabile, il bilanciamento dei diritti della persona che lavora con le istanze di produttività dell'organizzazione, emergenti nella vicenda di sospensione per malattia, nel solo impiego pubblico, lasciando alla discrezionalità collettiva la composizione dei medesimi interessi per il rapporto di lavoro nell'impresa. Il rango primario dei beni implicati – la libertà di iniziativa economica *ex art. 41, Cost.* ed il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* – imporrebbe, all'opposto, certezza ed effettività delle tutele veicolabile solo attraverso una etero regolamentazione non pattizia ma legale. Mentre la sostanziale omogeneità delle due fattispecie richiederebbe una uniformità di disciplina in ordine al trattamento economico ed a tutti gli altri aspetti in cui si declina giuridicamente l'ipotesi di sospensione.

3. *Il confronto con il canone di sufficienza ex art. 36, co. 1, Cost.*

Un secondo dubbio che il Tribunale di Livorno porta all'attenzione della Corte è quello relativo alla conformità, al canone di sufficienza *ex art. 36, co. 1, Cost.*, del trattamento economico in regime di sospensione in quanto legalmente decurtato rispetto alla retribuzione spettante nei periodi di lavoro. Con la scelta legislativa, si legge nel testo dell'ordinanza, il lavoratore “si ritrova a non percepire, durante il periodo di malattia, le indennità o i trattamenti aggiuntivi che sono comunque di sua spettanza o competenza per diritto in tal senso già acquisito e sancito in busta paga ... che normalmente gli spetterebbero in funzione del suo lavoro ... (e così) subisce un concreto danno economico in senso retributivo e contributivo, dal momento che la busta paga del mese o dei mesi nei quali esso è ammalato risulta di fatto inferiore rispetto a quella dei mesi nei quali svolge il suo lavoro” e “dati gli stipendi che percepiscono oggi i lavoratori del comparto

pubblico, diventa (il trattamento di malattia legale) tale da non garantire al lavoratore una vita dignitosa”.

Il confronto col parametro della sufficienza *ex art. 36, co. 1, Cost.*, come pure quello con l’art. 3, co. 1, Cost, prima esaminato, non è sfuggito ai commentatori della disposizione del 2008. La problematica, però, è stata sempre inquadrata accostando, alla disposizione costituzionale, la retribuzione legale per come ridotta rispetto a quella prevista, per la stessa ipotesi di sospensione, nei contratti collettivi di comparto. Si è posto, cioè, il dubbio che la rivisitazione del trattamento economico di malattia, per la misura in cui riduce quello previsto in sede di contrattazione, non fosse in linea con la garanzia di vita dignitosa. Non è mai stata posta in discussione, invece, la riduzione in sé della retribuzione rispetto a quella garantita nel periodo di effettivo lavoro; né quest’ultima è mai stata presa a riferimento per verificare la conformità del rivisitato trattamento legale rispetto all’art. 36 Cost. Ciò che, invece, non proprio correttamente fa il giudice di Livorno.

Come noto, l’art. 2110, co. 1, cod. civ. al lavoratore, se malato (o infortunato, o in gravidanza o in puerperio), garantisce la copertura economica nel periodo di sospensione nella forma retributiva a totale carico del datore di lavoro, nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle disposizioni collettive, dagli usi oppure dall’equità. All’inversione del rischio contrattuale (art. 1464 cod. civ.) il datore si sottrae solo se leggi o norme collettive stabiliscono forme equivalenti di assistenza o previdenza, ed in tal caso il trattamento economico assume la forma di indennità, previdenziale o assistenziale.

Ben può, perciò, la legge, intervenire sul punto, in alternativa o anche in sostituzione della fonte collettiva. Né la disposizione indirizza nel ritenere che la garanzia debba coprire l’intera retribuzione prevista nei periodi di svolgimento dell’attività lavorativa; svolgimento che solo perfeziona l’acquisizione del diritto retributivo definito, per pattuizione collettiva o individuale, all’atto della costituzione del rapporto, diversamente da quanto sostiene il Giudice di Livorno. Semmai, e proprio in forza dell’art. 2110 cod. civ. che è in perfetta sintonia con la garanzia, *ex art. 36 Cost.*, di vita dignitosa “nonostante” lo svolgimento di attività in regime di subordinazione¹³, la posizione giuridica che il lavoratore in quella sede acquisisce è il diritto

¹³ Il riferimento è alla funzione anche sociale della retribuzione: ZOPPOLI L., *La correttezza nel contratto di lavoro*, Jovene, 1992, p. 279 ss., p. 307 ss., p. 331 ss.

ad un trattamento economico retributivo in caso di sospensione per malattia tuttavia non determinato nella misura, per la quale la norma codicistica lascia ampia discrezionalità, tanto alla legge quanto ai contratti collettivi¹⁴.

Non si può escludere che la determinazione dell'entità di quel trattamento sconti il limite dell'art. 36, co. 1, Cost.; anche per il lavoro pubblico che rifugge da una applicazione incondizionata dell'art. 36 Cost. solo con riferimento alla proporzionalità¹⁵. Ed il problema si confonde con quello della determinazione della misura della retribuzione necessaria e sufficiente a garantire al lavoratore ed alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa. Senza nemmeno accennare alle complesse problematiche che la dottrina e la giurisprudenza hanno ampiamente svolto sul tema¹⁶, e solo considerando che la sufficienza della retribuzione risente del contesto storico economico in cui l'indagine si compie, possono dirsi minoritarie (se non superate) le incertezze sulla coincidenza della "giusta retribuzione" con l'insieme degli elementi fondamentali della struttura retributiva definita dalla contrattazione collettiva nazionale¹⁷, anche per essere questa deputata a fare emergere, nel contratto di lavoro, i mutamenti della realtà sociale ed economica.

Ora, rispetto all'art. 71, co. 1, l. 133/08 il quesito, in rapporto all'art. 36 Cost., non è correttamente posto se il trattamento legale in regime di sospensione è raffrontato con la maggiore retribuzione complessiva prevista per il tempo di effettivo svolgimento della prestazione, con ciò basandosi sull'assunto, chiaro anche se inespresso, che solo quest'ultima rispetti il canone *ex art. 36, co. 1, Cost.* Quello che, invece, il Giudice di Livorno avrebbe potuto fare è porre la questione della conformità dello stesso trattamento economico che risulta dalla decurtazione rispetto all'art. 36, co. 1, Cost. E qui la soluzione, positiva, non passa attraverso il rilievo che la limitazione al trattamento fondamentale, con esclusione di ogni indennità o emolumento accessorio con carattere fisso e continuativo, è limitata ai soli

¹⁴ MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 112 ss.

¹⁵ Tra le ultime, Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2011 n. 3639, in *FA CDS*, 2011, n. 6, p. 2055; Cons. St., sez. V, 25 maggio 2010 n. 3314, in *FA CDS* 2010, n. 5, p. 1055.

¹⁶ Per le quali, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Giuffrè, 2003, p. 115 ss.; CARUSO B., ZOLI C., ZOPPOLI L. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Jovene, 1994; da ultimo MARINELLI, *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, in *ADL* 2010, p. 86 ss.

¹⁷ Solo tra le più recenti, Cass. 17 gennaio 2011 n. 896, in *RCDL*, 2011, I, p. 170 ss.; Cass. 25 marzo 2010 n. 7528, in *DE&G*, 2010; Cass. 15 ottobre 2010 n. 21274, in *MGL*, 2010, 10, p. 1328; Cass. 22 dicembre 2010 n. 26985, in *MGL*, 2009, 12, p. 1736.

primi dieci giorni di assenza¹⁸: l'art. 36, co. 1, Cost. non autorizza a ritenere che la dignitosità di vita segue ad una retribuzione “mediamente” sufficiente. Risolutivo, si ritiene, è il rilievo che il trattamento garantito è quello fondamentale, definito dalla contrattazione collettiva nazionale e acquisito come rispondente all'art. 36 co. 1, Cost.

Altro e ben diverso è il problema, tuttavia non risolvibile attingendo alla traccia costituzionale, del se quel trattamento, nell'attuale congiuntura economica, è ancora “giusto e sufficiente”.

4. *Il rapporto con l'adeguatezza dei mezzi di vita nell'ipotesi di sospensione, ex art. 38, co. 2, Cost.*

Al tema della sufficienza della retribuzione anche nella vicenda sospensiva è apparso, al Giudice di Livorno, contiguo quello della garanzia dei mezzi necessari per vivere ex art. 38 Cost. La violazione della norma costituzionale, secondo le poche righe dell'ordinanza di remissione sul punto, si apprezza nel fatto che “il privare, durante la malattia, il lavoratore di parte dello stipendio, della retribuzione globale di fatto, integra esattamente quel fare venire meno i mezzi di mantenimento e assistenza al cittadino in quel momento inabile al lavoro”.

A rigore, la copertura economica della sospensione per malattia effettivamente non va valutata solo in rapporto al parametro ex art. 36, Cost. ma anche a quello – o, più correttamente, ad uno di quelli – di cui all'art. 38 Cost. Per come presentata alla Corte, tuttavia, la questione di legittimità è incerta, innanzitutto perché il richiamo implicito al co. 1 dell'art. 38, Cost. – il solo che contiene il riferimento al mantenimento e assistenza dei cittadini inabili al lavoro, compiuto dal Tribunale – non è pertinente.

Il co. 1 dell'art. 38, Cost. è garanzia dell'assistenza sociale. Rispondente ad un modello di *welfare* residuale con prestazioni uniformi a totale carico della fiscalità generale, l'assistenza non è destinata, per sua natura, a tutti i cittadini, ma ai soli che, per ragioni fisiche o professionali (mancanza di qualificazione o, in ipotesi, anche di istruzione), sono inabili al lavoro, sprovvisti di mezzi necessari per vivere e non in grado, proprio per ragioni

¹⁸ È la tesi di: CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/2008 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *WP Massimo D'Antona*, 78/2008, p. 26; CASALE, *Il controllo delle assenze per malattia, tra rigore del legislatore ed innovazioni tecnologiche*, cit.; Tar Roma Lazio, 24 aprile 2009 n. 4078, cit.

di inabilità fisica o sociale, di procurarsi con attività lavorativa mezzi necessari al soddisfacimento dei propri bisogni¹⁹. L'assistenza sociale, si intende dire, è quell'ambito del nostro sistema di *welfare state* destinato all'emarginazione sociale e all'indigenza.

Per i lavoratori subordinati (e per i parasubordinati, gli autonomi e, in generale, per la popolazione attiva) vale, invece, il sistema previdenziale disegnato all'art. 38, co. 2, Cost. Un sistema, basato (almeno teoricamente) su di una fiscalità corporativa, che impone allo stato – e solo ad esso – di disporre affinché siano garantiti mezzi adeguati alle esigenze di vita al verificarsi di eventi che, incidendo sulla capacità fisica (la malattia, l'infortunio, l'invalidità) o convenzionale (l'età di vecchiaia, recesso del datore, impossibilità del substrato della prestazione) al lavoro, rendono temporaneamente impossibile la prosecuzione del rapporto o ne determinano l'estinzione. Per tali casi, leggi speciali intervengono per la organizzazione e gestione della contribuzione corporativa in modo da assicurare un reddito sostitutivo o integrativo di quello di lavoro, quando il rapporto si interrompe e anche in costanza di rapporto quando pure sussiste l'inversione del rischio contrattuale *ex art. 2110 cod. civ.*, disponendo una prestazione (previdenziale) in sostituzione o integrazione della prestazione (retributiva) dovuta dal datore, affinché sia garantita, nelle ipotesi nominate, l'adeguatezza dei mezzi di vita.

Senonché, dalla tutela previdenziale in caso di sospensione per malattia sono escluse alcune categorie di lavoratori, quelle per le quali non sono previsti a tal fine “istituti predisposti o integrati dallo stato” (art. 38, co. 4, Cost.). Tra di esse, la categoria dei dipendenti pubblici i quali, nella vicenda sospensiva, accedono alla sola applicazione dell'inversione del rischio contrattuale *ex art. 2110 cod. civ.*, con l'obbligo datoriale alla copertura retributiva segnata dal solo limite dell'art. 36 Cost.

È precisamente il combinarsi della mancata attuazione della tutela previdenziale con la decurtazione retributiva *ex l'art. 71, co. 1, l. 133/08* a generare uno scenario che prepotentemente contrasta con l'art. 38, co. 2 Cost. Contrasto che emerge chiaro ragionando sulla “adeguatezza dei mezzi di vita” e sul fatto che, secondo la stessa disposizione costituzionale, questa adeguatezza il sistema previdenziale deve assicurare, anche nel caso malattia, a “tutti” i lavoratori.

¹⁹ MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 3 ss.; per la diversa tesi dell'unicità del sistema di *welfare*, PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2002, p. 9 ss.

Se si considera la “adeguatezza” (art. 38) come non coincidente con la “sufficienza” (art. 36) dei mezzi di vita per essere, la prima, ancorata al tenore di vita determinato alla complessiva retribuzione²⁰, risulta non adeguata la copertura retributiva invece sufficiente (trattamento fondamentale) imposta al datore con l’art. 71, co. 1, l. 133/08. È vero però che, non essendo tenuto alla garanzia previdenziale di cui all’art. 38, co. 2, Cost. bensì, semplicemente, a quella retributiva di cui all’art. 2110, co. 1, cod. civ., il datore di lavoro non è affatto vincolato all’adeguatezza ma alla sola sufficienza *ex art. 36 Cost.*: ad essa doveva attenersi, come ha fatto, l’art. 71, co. 1. Ma è anche vero che alla stessa garanzia di adeguatezza è viceversa obbligato lo stato, mediante prestazioni – in questo caso non assistenziali bensì – previdenziali attraverso istituti da esso predisposti o integrati, *ex art. 38, co. 2 e 4, Cost.*

E allora, delle due l’una. Si attende alla garanzia costituzionale con un intervento legislativo che definisca, anche per il dipendente pubblico, i termini e le modalità di una copertura previdenziale nella vicenda sospensiva, la quale, come nel settore privato, si aggiunga alla retribuzione²¹. Oppure, il problema viene eliminato in radice, obbligando *ex art. 2110 cod. civ.* il datore pubblico ad un trattamento retributivo della sospensione tendente alla adeguatezza e non, invece, appiattito sulla sufficienza.

5. *L’incidenza della decurtazione retributiva sull’interesse collettivo alla salute individuale, ex art. 32 Cost.*

Ancora un ultimo rilievo il Giudice di Livorno formula sull’art. 71, co. 1, l. 133/08, e lo fa con riferimento al diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, giustamente ricordato quale “diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività”.

Sì è già detto dei termini in cui le previsioni dell’art. 71, co. 1, contrastano col diritto fondamentale alla cura della salute propria²². Diritto la cui effettività, in regime di subordinazione, pretende garanzia delle condizioni materiali di esercizio – il tempo di cura (l’astensione) con copertura eco-

²⁰ CINELLI, *L’adeguatezza della prestazione tra parità e proporzionalità*, in *FI*, 1986, c. 1771 ss.; MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 54 s.

²¹ Nel settore privato, il sistema previdenziale si combina con la fonte collettiva che obbliga il datore ad integrare la prestazione dell’Inps, generalmente assicurano al lavoratore l’integrale copertura economica per tutta o per una sola parte del periodo di sospensione.

²² CASILLO, *La malattia del dipendente pubblico*, cit., p. 384 ss.

nomica (retributiva e/o indennitaria) – e garanzia della stabilità del rapporto – la sospensione dello stesso e, nelle more, l'irrecedibilità del datore. Istanze che non ammettono graduazioni in funzione né delle patologie, né dei tempi dell'astensione, né delle ragioni (prevenzione o cura) di essa. Ciò che invece vistosamente compie, con riferimento al trattamento economico (ma non solo), l'innovazione legislativa del 2008.

L'ordinanza del Giudice di Livorno considera il diverso e ulteriore profilo della dimensione collettiva del diritto individuale alla salute, facendo emergere, dalla lettura dell'art. 32 Cost., la tutela della salute del lavoratore quale interesse della collettività, autonomo e distinto da quello di cui, sempre in forza dell'art. 32, è portatore il singolo. E, dopo avere rilevato che "La salute del lavoratore diventa un aspetto fondamentale per il buon andamento dell'economia della Repubblica, contribuendo un lavoratore in salute alla crescita del paese", il giudice afferma il contrasto dell'art. 71, co. 1 con detto interesse collettivo osservando che "La norma in questione, incidendo pesantemente sulla retribuzione del lavoratore in malattia, crea di fatto un abbassamento della tutela della salute del lavoratore che, spinto dalle necessità economiche, viene di fatto indotto a lavorare aggravando il proprio stato di malattia, creando così un *vulnus* a se stesso e al paese, in violazione dell'art. 32 Cost."

Il ragionamento si discosta dall'interpretazione dell'interesse collettivo ex art. 32 Cost. che ne rende una declinazione in termini di "tutela della salute pubblica" quale prevenzione di fenomeni epidemiologici, atta anche a giustificare una sorta di obbligo, in capo al singolo, alla cura della sua salute, forzatamente realizzato con l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori²³. Ed è facile osservare che, nel nostro ordinamento, ha piena cittadinanza anche "l'interesse pubblico alla salute individuale". È l'interesse della collettività sociale alla integrità psico-fisica dei suoi membri, che genera un dovere costituzionale dello stato (del legislatore ordinario) alla prevenzione del pregiudizio alla salute; alla garanzia di cure gratuite agli indigenti (art. 32, co. 1); nonché, per il rischio che l'alterazione sostanziale delle disponibilità economiche possa tradursi in alternativa tra lavoro e cura, alla predisposizione di strumenti assistenziali e/o previdenziali ai cittadini che, in modo temporaneo o permanente, sono fisicamente o socialmente inabili al lavoro (art. 38, co. 1 e 2).

²³ Con l. 13 maggio 1978 n. 180. In tema, fondamentali sono i rilievi di C. Cost. 19 giugno 1998 n. 218, in www.giurcost.org.

Ciò detto, l'interesse collettivo alla cura della salute individuale risulta violato non dalla norma – l'art. 71, co. 1, l. 133/08 – che ridimensiona la misura dell'obbligo retributivo del datore di lavoro nei confronti del lavoratore malato. Risulta violato, esattamente, dal legislatore che disattende alla predisposizione di adeguata tutela previdenziale nell'ipotesi sospensiva, l'unico tenuto alla realizzazione dell'interesse collettivo alla salute individuale e l'unico destinatario dell'obbligo di attuazione del programma costituzionale di cui agli artt. 32 e 38, co. 1, Cost.

Patrizia Tullini

Ragioni e filosofie della collaborazione tra pubblico e privato nel mercato del lavoro*

SOMMARIO: **1.** La gestione mista del mercato del lavoro: una lenta e faticosa evoluzione. **2.** I modelli d'interazione pubblico-privato e la necessità d'un approccio regolamentare distinto. **2.1.** Operatori pubblici e privati nell'esercizio dell'intermediazione. **2.2.** Le forme di raccordo tra pubblico e privato nel comparto delle politiche attive del lavoro.

1. *La gestione mista del mercato del lavoro: una lenta e faticosa evoluzione*

Il reiterato intervento legislativo sui meccanismi autorizzatori degli operatori del mercato del lavoro – dopo l'estesa riforma attuata dall'art. 48, l. n. 183 del 2010 (cd. Collegato Lavoro) – ha riaperto l'interesse per le forme e le modalità d'incontro tra domanda ed offerta in un'organizzazione istituzionale complessa che integra servizi pubblici e privati. Nel quadro degli interventi urgenti per la stabilizzazione finanziaria, l'art. 29, d.l. n. 98/2011, conv. in l. 111/2011 ha ridisegnato *ex novo* la disciplina dei regimi “particolari” di autorizzazione all'esercizio dell'intermediazione (art. 6, d.lgs. n. 276 del 2003) nella prospettiva di un'ulteriore “liberalizzazione del collocamento e dei servizi”, mobilitando altri soggetti in precedenza esclusi o marginali: oltre agli istituti scolastici (statali e paritari) e alle Università (pubbliche e private), i consorzi universitari e i gestori di siti *internet*¹. A questi s'è aggiunto successivamente l'ente nazionale di previdenza

* Intervento alla giornata introduttiva del percorso formativo Forma.Temp su “Ragioni e filosofie della collaborazione pubblico/privato. Le *best practice* in Italia”, Napoli, 28 ottobre 2011.

¹ Scompaiono, invece, dal catalogo dei soggetti in grado di ottenere l'autorizzazione “particolare” all'intermediazione “le fondazioni universitarie che hanno come oggetto l'alta formazione con specifico riferimento alle problematiche del mercato del lavoro”, già contemplate dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 276/03.

per lo spettacolo e lo sport (ENPALS), ch'è stato abilitato allo svolgimento dell'intermediazione con esclusivo riferimento ai lavoratori del settore (cfr. l'art. 22, co. 9, l. n. 183/11, che ha introdotto la lett. *f-bis*) nell'elenco dell'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 276/03).

Appare allora evidente come – nonostante l'apertura attuata nella fase post-monopolistica e l'abbondante produzione normativa dispiegata nell'arco d'un decennio – l'assetto organizzativo del mercato del lavoro rimanga, per molti aspetti, ancora incompiuto. Ciò che sembra scontato nella prospettiva teorica – cioè, una gestione mista pubblico-privata delle attività promozionali dell'occupazione – risulta invece il frutto d'una lenta e difficile evoluzione, per nulla assestata.

Se si considera il lungo percorso politico-legislativo verso l'attuazione del diritto sancito dall'art. 4 Cost., è facile avvedersi che il motore della trasformazione del mercato del lavoro sia stato proprio la coppia dialettica pubblico/privato². È opinione unanime che la *ratio* dominante del sistema giuridico-istituzionale – ancora denominato, un po' riduttivamente, come “collocamento” – coincida con la promozione, il sostegno e la facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta. Con il superamento dell'originaria impostazione autoritativa, infatti, l'interesse pubblico rilevante non s'incanta più sulla semplice mediazione giuridico-amministrativa tra datori e lavoratori, quanto sull'erogazione di servizi all'impiego e sulla valorizzazione delle opportunità occupazionali. E, non v'è dubbio che tale *ratio* sia emersa e progressivamente si sia consolidata con la partecipazione dei privati e lo sviluppo delle prestazioni professionali alle imprese.

Anzi, merita di essere sottolineato che il ruolo degli operatori privati è stato riconosciuto e legittimato, in primo luogo, dal lato dell'offerta piuttosto che da quello della domanda. Nel senso che l'apporto positivo della collaborazione pubblico-privato è stato recepito soprattutto dalle politiche del lavoro dirette a realizzare un'efficiente distribuzione delle occasioni d'impiego; mentre le imprese hanno per lo più mostrato di apprezzare tale apporto ai fini dello snellimento dell'apparato amministrativo e della contrazione della rigida regolamentazione pubblicistica. Ancora oggi, resta l'impressione che la presenza dei privati sia concepita più nella prospettiva della flessibilità e della demolizione del vecchio assetto del collocamento,

² LISO, *I servizi all'impiego*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 614 ss.

anziché – come si dovrebbe – in vista della costruzione d'un adeguato *mix* di attività e di servizi per soddisfare le esigenze di acquisizione della forza lavoro da parte delle organizzazioni produttive³.

In ogni caso, le basi giuridiche, le ragioni e le opportunità d'una gestione mista non sono più messe in discussione. L'idea che la realizzazione del diritto al lavoro possa e debba essere affidato ad una pluralità di soggetti, sia pubblici sia privati, è stata definitivamente accolta dalla cultura giuslavorista, e non solo dalla teoria economica che invece l'ha sempre ritenuta decisiva, da un lato, per il funzionamento ottimale del mercato del lavoro e, dall'altro, per la modernizzazione delle strutture pubbliche⁴. Del resto, è un'idea avvalorata e confermata anche sul piano costituzionale in forza dei principi di adeguatezza e di sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118, co. 4, Cost. che favoriscono l'iniziativa dei privati per lo svolgimento di "attività di interesse generale", non escluse quelle preordinate all'attuazione dei diritti sociali e all'erogazione di servizi all'impiego⁵.

Caduta o attenuata ogni pregiudiziale di principio, restano i molteplici fattori che hanno segnato negativamente il rapporto tra pubblico e privato, avviato non senza contrasti con l'utilizzo dello schema della "convenzione" in deroga rispetto alla disciplina imperativa delle assunzioni o in parziale supplenza delle strutture pubbliche. Non hanno giovato né la mancanza (per lungo tempo) d'un progetto complessivo delle infrastrutture del mercato del lavoro, né il carattere di continua sperimentalità della normativa che ha coinciso spesso con la provvisorietà e l'incertezza, con la scelta di privilegiare la tecnica derogatoria anziché una netta linea evolutiva⁶.

Ciò spiega, almeno in parte, la persistente diffidenza che ha accompagnato l'attività degli operatori professionali nell'esperienza italiana (a diffe-

³ LISO, *op. cit.*, p. 618.

⁴ In tal senso, pur con prospettive diverse, ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Giappichelli, 2009, p. 156 ss.; OLIVELLI, *Prospettive di un sistema integrato pubblico-privato nei servizi per l'impiego*, in OLIVELLI (a cura di), *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Giuffrè, 2003, p. 1 ss. Nella dottrina economica cfr., ad es., PIRRONE-SESTITO, *Disoccupati in Italia*, il Mulino, 2006, p. 10 s.

⁵ Cfr. ALAIMO, *op. cit.*, p. 139 ss.; CANAVESI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei sistemi regionali dei servizi per l'impiego*, in OLIVELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 221 ss.; ID., *Regolazione del mercato del lavoro e principio di sussidiarietà*, in OLIVELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffrè, 2005, p. 97 ss.

⁶ Ripercorre le tappe dello sviluppo delle convenzioni tra soggetti pubblici e privati, LISO, *op. cit.*, 618 ss.

⁷ TREU, *Per un nuovo programma di politiche del lavoro*, in MARIUCCI (a cura di), *Dopo la*

renza di quella europea)⁷ e l'esigenza, ancora attuale, di trovare una base comune di obiettivi e di prassi per costruire quella fiducia reciproca che è una condizione essenziale per l'efficacia allocativa dell'intero mercato del lavoro.

2. *I modelli d'interazione pubblico-privato e la necessità d'un approccio regolamentare distinto*

Se – come s'è appena rilevato – possono ritenersi ormai accreditate le ragioni storico-giuridiche della relazione tra pubblico e privato, rimane invece piuttosto confusa e indeterminata la filosofia che dovrebbe orientare la gestione mista del mercato del lavoro.

La fase di costruzione (ancora in atto) di un'organizzazione unitaria e al contempo caratterizzata da un'autentica *mixité* è stata inaugurata dal d.lgs. n. 276/03, che ha delineato un modello, o forse più modelli, dell'interazione tra i diversi soggetti. La tesi assolutamente prevalente, e più accreditata sul piano politico-interpretativo, è quella che ravvisa una sostanziale continuità con il passato e con i provvedimenti di fine secolo che avevano già consentito l'ingresso dei privati e legittimato la loro partecipazione al mercato del lavoro⁸. L'intervento del d.lgs. n. 276/03 si sarebbe limitato ad ampliare la platea degli operatori e a rafforzare la liberalizzazione delle attività, sia ammettendo la polifunzionalità dei servizi professionali sia attivando le regole di mercato mediante i canali dell'autorizzazione e dell'accreditamento.

Eppure, nonostante la conferma del precedente impianto riformatore che suggerisce l'immagine d'un *iter* ininterrotto, nelle pieghe della disciplina attuale sembrano insinuarsi alcuni significativi elementi di discontinuità. Quanto meno perché la filosofia che premia la collaborazione non esclude neppure l'intento d'instaurare un regime concorrenziale, sul presupposto che solo una forte scossa competitiva possa accelerare l'innovazione del sistema pubblico giunto finalmente al suo *turning point*, incidendo

flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro, il Mulino, 2006, p. 381; in prospettiva comparata v. PIRRONE-SESTITO, *op. cit.*, p. 193 s.

⁸ Cfr. NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *I servizi per l'impiego*, in *Cod. civ. Comm.* diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2010, 45 ss. e *ivi* ampia bibliografia.

⁹ Rivendicano il carattere innovativo della riforma del 2003, SACCONI, REBOANI, TIRABOSCHI, *La società attiva. Manifesto per le nuove sicurezze*, Marsilio, 2004, p. 112, perché avrebbe realizzato “quel salto che rappresenta il passaggio da alcune simboliche novità ad un'effettiva

sull'apparato burocratico intorpidito da decenni di regime monopolistico⁹.

Ora, si deve ammettere che una certa retorica della concorrenza agitata nel dibattito interpretativo abbia funzionato come deterrente e alimentato i timori d'uno spiazzamento degli attori pubblici da parte dei privati, sino a deprezzare "il possibile contributo di quelle stesse risorse (private) alla nuova competizione"¹⁰. È parimenti indubbio, però, che una rappresentazione retorica uguale e contraria abbia enfatizzato l'impatto performante dell'attività dei privati sulle strutture pubbliche e sugli stessi compiti assegnati alla rete dei servizi all'impiego¹¹.

È vero, piuttosto, che il modello organizzativo virtuoso e contendibile ipotizzato dal legislatore nazionale è rimasto sostanzialmente sulla carta, anche per la mancanza d'un approccio adeguato e differenziato alla disciplina dell'intermediazione, da un lato, e a quella dei servizi connessi alle politiche attive, dall'altro.

L'intermediazione tra domanda e offerta (nonché la ricerca e selezione del personale ch'è tipizzata in modo autonomo) viene intrinsecamente considerata quale attività a contenuto economico: così è stata concepita nell'esperienza dei Paesi europei e allo stesso modo l'ha intesa la giurisprudenza della Corte di giustizia quando, alla fine degli anni Novanta, ha censurato il monopolio pubblico del collocamento italiano per violazione della libera concorrenza, a causa dell'inefficienza ed inefficacia delle prestazioni erogate alle persone in cerca di occupazione¹². Al contrario, il comparto relativo alle misure di sostegno e di attivazione dev'essere governato

rivoluzione del tradizionale, opaco e inefficiente, mercato del lavoro". A favore del modello competitivo pubblico-privato cfr. FALASCA, *I servizi privati per l'impiego*, Giuffrè, 2006, p. 115 ss.; TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in OLIVELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 73.

¹⁰ SCIALDONE, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, 2003, p. 59 s.

¹¹ Cfr. NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *op. cit.*, p. 53: "Il sistema pubblico senza la presenza di operatori privati peccherebbe d'inefficienza"; LISO, *op. cit.*, p. 619, secondo cui i privati "sono stati fatti entrare per accelerare la modernizzazione del sistema ed aumentarne l'efficienza allocativa"; contra ZOPPOLI, *Attività pubblica di collocamento e attività dei privati*, in RGL, 1999, suppl. n. 3, p. 65 che ha dubitato della possibilità di attribuire ai privati "il delicato compito di stimolare il pubblico" per competere nella gestione dei servizi all'impiego.

¹² Come osserva LISO, *op. cit.*, p. 618, la giurisprudenza comunitaria "internalizzava una visione del collocamento come esercizio di attività oggettivamente economica che era quanto di più lontano ci fosse dal cultura del nostro sistema"; RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in RGL, 1999, suppl. n. 3, p. 29.

dalle politiche per l'impiego e chiaramente orientato verso il perseguimento di obiettivi pubblici, in coerenza con il riconoscimento del diritto al lavoro e con il criterio organizzativo della sussidiarietà orizzontale.

Si tratta di settori del mercato del lavoro con caratteristiche ed esigenze ben diverse, nei quali l'intervento (diretto e indiretto) dei pubblici poteri e la regolamentazione normativa assumono distinte finalità¹³. Pare ovvio quindi ammettere, nell'uno e nell'altro ambito, specifiche forme e regole di coesistenza tra gli operatori pubblici e privati.

Ad una prima impressione, tuttavia, le indicazioni legislative si rivelano incerte: per un verso, puntano sul regime competitivo nell'area dell'intermediazione senza preoccuparsi di assicurare un'effettiva contendibilità, così da selezionare i servizi migliori e favorire l'ingresso dei *competitors* senza costi od oneri eccessivi. Viceversa, nel comparto delle misure di sostegno per l'inserimento lavorativo, dove occorre la definizione d'una chiara *policy* pubblica e si giustifica un diretto controllo sulle prestazioni sociali concernenti il diritto al lavoro, residuano numerose criticità nel raccordo pubblico-privato e gli elementi ambigui tendono ad accentuarsi nel corso dei ripetuti assestamenti della normativa.

2.1. Operatori pubblici e privati nell'esercizio dell'intermediazione

Tra i diversi modelli del rapporto pubblico-privato¹⁴, com'è noto, i documenti comunitari e internazionali prediligono esplicitamente quello improntato alla cooperazione e alla complementarità, perché in grado di valorizzare la reciproca specializzazione degli operatori e la loro capacità d'incidere su segmenti diversi della domanda e dell'offerta. Secondo la filosofia collaborativa, i servizi pubblici e privati dovrebbero riuscire ad integrarsi e completarsi a vicenda per coprire l'intero mercato del lavoro e soddisfare il fabbisogno dell'utenza, realizzando *standard* di efficienza complessiva.

La scelta compiuta a livello nazionale, tuttavia, è un'altra: la disciplina del mercato del lavoro prevede una gestione mista dell'intermediazione da parte dei Centri per l'impiego e dei diversi soggetti individuati dagli artt.

¹³ La tesi è sostenuta spec. dalla dottrina economica: cfr. PIRRONE-SESTITO, *op. cit.*, p. 200 ss.

¹⁴ Come definiti da uno studio OIL del 2003 (cooperazione, complementarità, competizione): cfr., ad es., GIANNOTTI, PUTRIGNANO, *La riforma dei servizi per l'impiego: una prospettiva comunitaria e comparata*, in OLIVELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 114 ss.; ALAIMO, *op. cit.*, p. 160 ss.; FALASCA, *op. cit.*, p. 103 ss.

4-6, d.lgs. n. 276/03 (si tratta di operatori pubblici e privati, organismi del terzo settore e *no-profit*; enti del settore privato-sociale, associazioni, ordini professionali, ecc.). Il legislatore ha utilizzato soprattutto le leve della liberalizzazione all'ingresso e dell'aumento progressivo degli intermediari autorizzati – ben oltre quanto raccomandato dalle fonti sovranazionali – anche a prescindere dalla specifica competenza e specializzazione, pressoché allineando tutti gli operatori, professionali e non.

In questa prospettiva si pongono anche gli interventi recenti che hanno ampliato il circuito “particolare” dell’intermediazione autorizzata (v. *retro* n. 1), estendendolo a soggetti eterogenei che – almeno in prevalenza – svolgono un’attività solo incidentale, *a latere* di quella principale e ordinaria, oppure operano su bassa scala e per segmenti molto limitati dell’offerta. Eppure, vengono tutti forzati ad un’istituzionalizzazione del loro ruolo come intermediari stabili del mercato del lavoro, tra l’altro con il vincolo dell’assenza di scopo lucrativo, o più espressamente, della gratuità (come, ad es., per Università e Scuole).

In realtà, è ormai accertato che dosi sempre più massicce di liberalizzazione all’ingresso non generano, di per sé, effettive condizioni concorrenziali nel comparto dell’intermediazione: al contrario, l’immissione di soggetti sempre nuovi (e la loro forzata ruolizzazione come *competitors*) dimostrano che il volume dell’attività d’incontro tra domanda e offerta rimane comunque basso¹⁵, e ancora inadeguata l’efficienza dei servizi professionali sui quali si fondava la scommessa per la modernizzazione e la migliore funzionalità del mercato del lavoro.

Di più, l’enfasi posta su un possibile regime competitivo, senza garantire le regole e le condizioni effettive per un esercizio davvero contendibile dell’intermediazione, ha reso più difficoltoso lo sviluppo d’una autentica logica collaborativa tra pubblico e privato, generando alcune pulsioni conflittuali e persino stimoli all’elusione della normativa.

In particolare, un rischio evidente è insito nella definizione con valore prescrittivo (quindi, vincolante) dell’attività di mediazione e nella sua scomposizione attraverso la rigida tipizzazione dei contenuti, delle modalità e degli strumenti da utilizzare. Lo sforzo è quello di distinguerla, al-

¹⁵ Si tratta d’una manifestazione “d’impotenza, piuttosto che di effettività”: ALAIMO, *op. cit.*, p. 167; CARUSO, BONURA, *La riforma degli strumenti del mercato del lavoro. Note introduttive*, in DE LUCA TAMAJO, SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *NLCC*, 2007, p. 80.

meno sotto il profilo funzionale, dall'attività più semplice e circoscritta di "ricerca e selezione del personale" (art. 2, co. 1, lett. b)-c), d.lgs. n. 276/03), con la quale condivide inevitabilmente molte caratteristiche organizzative e strumentali. Ma, sebbene l'automaticità del meccanismo autorizzatorio possa risolvere il problema inglobando l'attività più ridotta in quella più ampia, resta il fatto che stabilire *in concreto* dove finisce l'una e comincia l'altra risulta tutt'altro che agevole¹⁶. I (potenziali) effetti controproducenti sono ovvi: dall'arbitrio interpretativo, allo sconfinamento più o meno consapevole nello svolgimento delle diverse attività, sino all'aggravamento delle norme definitorie che stabiliscono l'ambito oggettivo dell'autorizzazione.

Si può dubitare allora che una nozione analitica e dettagliata delle attività consentite possa servire – come pure s'è scritto – a prosciugare le zone d'ombra e ad impedire l'esercizio dell'intermediazione fuori dal quadro legale¹⁷. Al contrario, ne deriva paradossalmente una rigidità a scapito dell'iniziativa privata, nel segno esattamente contrario all'obiettivo della liberalizzazione¹⁸.

La rappresentazione ancor più evidente d'una realtà formalmente aperta e concorrenziale, eppure priva d'una vera logica di mercato, è offerta dalla disciplina relativa alla Borsa continua nazionale del lavoro che contempla l'obbligo giuridico, a carico di tutti gli operatori, dell'interconnessione e del conferimento di ogni informazione disponibile sulla domanda e sull'offerta. Secondo le intenzioni del legislatore, si tratta della realizzazione tecnologica indispensabile per il funzionamento del mercato del lavoro, la sua necessaria proiezione via *web*: una piattaforma unitaria, perfettamente trasparente e senza asimmetrie informative, in grado d'integrare le risorse degli attori pubblici e privati, di garantire la circolazione universale

¹⁶ Così la dottrina pressoché unanime: cfr. NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *op. cit.*, p. 69 s., che rilevano come nell'una e nell'altra ipotesi, "l'operatore è facilitato nel suo compito attraverso l'archivio delle offerte"; TORELLI, *Servizi all'impiego pubblici e privati verso un complesso sistema di relazioni*, in PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2004, p. 271 ss., che sottolinea anche "l'impatto che può avere sull'utenza una descrizione piuttosto dell'altra" relativa alle attività contermini.

¹⁷ L'effetto positivo è sottolineato spec. da FALASCA, *op. cit.*, p. 82.

¹⁸ Sottolineano il paradosso LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 395; TORELLI, *op. cit.*, p. 273, che rileva anche l'opportunità d'una tecnica legislativa attenta invece ai profili caratterizzanti delle singole attività.

¹⁹ Così SACCONI, REBOANI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 116.

dei dati, di contrastare i molteplici fattori di segmentazione e di disuguaglianza (professionale, territoriale, ecc.)¹⁹.

Sul piano operativo, e meno ideologico, lo spazio telematico della Borsa realizza una forma di cooperazione *obbligatoria* in base alla quale i soggetti privati (professionali e non) dovrebbero condividere con quelli pubblici una serie di azioni: raccolta dei *curricula* relativi all'offerta, creazione di banca dati e archivio delle candidature, scambio dei flussi informativi sulle occasioni di lavoro²⁰. Ma, almeno per l'intermediazione svolta dalle agenzie private, le opportunità e i vantaggi della piattaforma unica non sembrano del tutto chiari, oltre che discutibili o poco rilevanti gli incentivi a parteciparvi.

Ci si può interrogare, infatti, sulla funzionalità d'un sistema informativo che si basa su dati rigidamente codificati e su classificazioni stereotipate relative all'offerta, quando invece è noto che – al di là delle esigenze del monitoraggio statistico sull'andamento occupazionale – ai fini dell'intermediazione non importa tanto la numerosità delle candidature o l'elenco formale delle disponibilità. Risulta decisiva piuttosto la qualità delle informazioni raccolte, in termini di completezza, puntualità, aggiornamento e affinamento delle acquisizioni. Così, non sorprende che il vincolo giuridico dell'interconnessione alla Borsa finisca per apparire poco conveniente specie per gli intermediari professionali, i quali non hanno un reale interesse a comunicare le loro informazioni né ad utilizzare schemi predefiniti e scarsamente flessibili per l'attività di *matching*.

L'obbligo d'interconnessione e di comunicazione alla piattaforma nazionale costituisce una condizione tanto più onerosa e ingiustificata per gli enti che svolgono un'attività d'intermediazione solo incidentale o secondaria od occasionale, pur essendo tenuti – come le Università e le Scuole – al conferimento di tutti i dati acquisiti e, in aggiunta, a rendere accessibili gratuitamente e universalmente i *curricula* dei propri studenti ed utenti.

Com'è ovvio, il dovere di partecipare alla Borsa è imposto per evitare i comportamenti opportunistici, nonché per ridurre il vantaggio competitivo eventualmente generato dalla concentrazione dei dati o dal possesso riservato delle informazioni utili all'incontro tra domanda e offerta. Così si spiega, forse, un certo accanimento legislativo nei confronti di alcuni intermediari occasionali o marginali che detengono *naturalmente* una grande

²⁰ Cfr. PIRRONE, SESTITO, *op. cit.*, p. 220, secondo i quali la Borsa costituisce “l'elemento centrale ed emblematico dell'interazione pubblico-privato ricercata in Italia”.

quantità d'informazioni sulle persone in cerca di occupazione o su segmenti determinati dell'offerta.

Non si vuole certo sostenere che un simile intervento regolativo – sebbene esiga comportamenti astrattamente cooperativi fra tutti i soggetti – sia intenzionalmente diretto a favorire (solo) i servizi professionali e commerciali, oppure si traduca automaticamente in una misura che avvantaggia gli intermediari privati rispetto ad altri *competitors*. Si può fondatamente dubitare, tuttavia, dell'impatto positivo dell'intervento in termini di effettiva contendibilità del mercato del lavoro. L'imposizione di oneri gravosi e di condizioni per l'ingresso nei confronti di soggetti che svolgono marginalmente l'attività d'intermediazione rischia di escluderli o di allontanarli, mentre la loro partecipazione è in grado di accrescere il tasso reale di concorrenzialità e la qualità dei servizi privati, sollecitando la raccolta e lo scambio delle informazioni, la promozione delle candidature, il reperimento delle occasioni d'impiego.

2.2. *Le forme di raccordo tra pubblico e privato nel comparto delle politiche attive del lavoro*

Un comparto del mercato del lavoro, diverso da quello relativo all'attività d'intermediazione, è quello concernente le misure di sostegno e di politica attiva rivolte, in particolare, alle fasce deboli e alle persone con difficoltà d'inserimento lavorativo. In tale ambito, la *partnership* tra pubblico e privato – in Italia e nei Paesi europei²¹ – assume quasi esclusivamente le forme della cooperazione e della complementarità in vista del conseguimento di *standard* qualitativi e di efficacia delle prestazioni sociali erogate.

La modalità tecnico-organizzativa più diffusa, con un peso crescente nell'apparato pubblico, consiste nella gestione indiretta dei servizi e degli interventi di attivazione mediante il ricorso ad operatori esterni (professionali e non), integrati nella rete pubblica con il regime dell'accreditamento. La normativa nazionale, com'è noto, ha sostanzialmente affidato alla potestà delle Regioni la costruzione d'un concreto modello relazionale pubblico-privato in questo comparto (art. 7, d.lgs. n. 276/03), anche se il dise-

²¹ Per una comparazione con le esperienze straniere in materia di politiche attive del lavoro cfr. LAGALA, D'ONGHIA (a cura di), *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, Ediesse, 2010; CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Giuffrè, 2009, spec. p. 141 ss.

gno adottato dalla maggior parte dei sistemi territoriali presenta ormai caratteristiche analoghe. In prevalenza si ricorre all'esternalizzazione di precisi e determinati segmenti operativi (ad es., definizione del bilancio di competenze, programmi formativi e di riqualificazione professionale) secondo il metodo della cooperazione – anziché della sostituzione – rispetto al soggetto pubblico competente, con l'individuazione di limiti più o meno stringenti nei confronti dei *provider* esterni²².

Di fatto, la quota di servizi all'impiego affidati o acquistati all'esterno è progressivamente aumentata in concomitanza con la riduzione dei trasferimenti del FSE e delle risorse (finanziarie, umane e strumentali) finalizzate all'erogazione diretta, sebbene a rigore il processo di esternalizzazione – avverte la dottrina economica – dovrebbe perseguire un incremento di efficacia delle misure promozionali dell'occupazione anziché costituire una modalità di risparmio della spesa o, peggio, un'alternativa alla riorganizzazione delle strutture pubbliche²³.

Al di fuori del meccanismo regionale dell'accreditamento – che configura un modello di quasi-mercato fortemente caratterizzato dall'impegno finanziario e dalla regolamentazione dei poteri locali – la possibilità di sviluppare una gestione mista nel comparto dei servizi all'impiego è affidata agli strumenti previsti dagli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 276/03.

Si tratta probabilmente delle disposizioni più tormentate e manipolate dell'intera disciplina del mercato del lavoro: la prima consente alle Agenzie di somministrazione di “prendere in carico” i lavoratori svantaggiati e con difficoltà d'inserimento, svolgendo direttamente interventi di politica attiva o di *workfare*; la seconda – in modo più coerente con la filosofia cooperativa – introduce un particolare tipo di convenzione finalizzata all'occupazione dei disabili e delle fasce deboli, mediante il conferimento di commesse di lavoro alle cooperative sociali. Modificata a più riprese, poi abrogata per un breve periodo e assorbita nel quadro delle convenzioni per l'assunzione della l. n. 68/99 (cfr. art. 12-*bis*), quest'ultima forma di raccordo pubblico-privato è stata infine ripristinata con l. n. 133/2008.

²² Sui modelli regionali di accreditamento v. la rassegna di NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *op. cit.*, p. 162 ss.

²³ Sull'esigenza di una valutazione d'efficacia ed efficienza dei servizi per l'impiego cfr. SARTORI, *Misurare e valutare i servizi per l'impiego. L'esperienza internazionale*, Ediesse, 2009, spec. p. 39 ss.

Com'è intuibile, l'andirivieni della normativa non ha facilitato il consolidamento e la diffusione delle esperienze applicative; tuttora emerge un'impressione di confusa provvisorietà (non più giustificata dall'iniziale carattere sperimentale dello schema tecnico di raccordo) oltre che di scarsa chiarezza sulle finalità perseguite con l'intervento pubblico.

Non sono mancate le perplessità e le critiche rivolte ad entrambe le forme d'interazione tra pubblico e privato. Rispetto alla fattispecie delineata dall'art. 13 d.lgs. n. 276/2003 sono stati evidenziati i profili di ambiguità insiti nelle modalità organizzative (ad es., la genericità del piano d'insediamento del lavoratore svantaggiato; l'ampia facoltà delle Agenzie di derogare al regime generale della somministrazione di lavoro; il potere para-sanzionatorio nei confronti dei beneficiari di trattamenti previdenziali; la tecnica surrettizia di finanziamento mediante la detrazione dal complessivo trattamento retributivo e contributivo spettante al lavoratore somministrato)²⁴: ambiguità che non si traducono necessariamente in congegni elusivi, ma rendono opaca la *policy* pubblica che dovrebbe indirizzare il raccordo con i privati.

La letteratura economica ha sottolineato, in aggiunta, il cd. rischio di *creaming* che può accompagnarsi all'iniziativa diretta delle Agenzie di somministrazione, cioè la possibilità di selezionare gli utenti più facilmente collocabili e profittevoli, a scapito delle fasce deboli e svantaggiate. Resta il fatto che soggetti pubblici e privati perseguono obiettivi diversi nell'erogazione dei servizi all'impiego, ed è inopportuno confondere o sovrapporre le rispettive competenze. Con questa consapevolezza si suggerisce di conservare nell'ambito della programmazione e del controllo pubblico l'individuazione dell'utenza e la selezione dei destinatari delle misure pro-attive, senza delegare ai privati la realizzazione di specifiche finalità d'interesse generale²⁵. Si insiste, inoltre, sull'esigenza di attrezzare in modo adeguato le

²⁴ Cfr., ad es., LISO, *op. cit.*, p. 623 s.; GALIZIA, *Agenzie di somministrazione ed accesso all'occupazione dei lavoratori svantaggiati. Obiettivi, strumenti e prime applicazioni dell'art. 13 d.lgs. n. 276/2003*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, 2006, p. 247 ss.; NICCOLAI, *La nozione di lavoratore svantaggiato. Analisi della categoria "svantaggio sociale" nella disciplina del mercato del lavoro*, in BALLESTRERO-BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, 2005, p. 83 ss.

²⁵ Secondo PIRRONE-SESTITO, *op. cit.*, 214, la separazione tra settore pubblico e privato consente di mantenere anche la contendibilità del mercato dei fornitori privati dei servizi all'impiego.

istituzioni committenti ai fini della valutazione e del monitoraggio sui risultati ottenuti con la gestione mista o integrata.

Quanto allo strumento convenzionale previsto dall'art. 14, d.lgs. n. 276/03 – al di là delle particolari caratteristiche operative – i nodi critici riguardano soprattutto la misura di politica attiva e la sua efficacia inclusiva, anche in funzione antidiscriminatoria, delle persone disabili e a rischio di emarginazione sociale. L'utilizzo di questa modalità cooperativa tra pubblico e privato lascia emergere una certa ambivalenza, nella misura in cui l'inserimento lavorativo delle categorie protette attraverso il conferimento di commesse alle cooperative sociali, da un lato, non sembra garantire la parità nell'accesso e la partecipazione diretta al mercato del lavoro; d'altro lato, potrebbe accentuare gli squilibri settoriali e territoriali tra domanda e offerta. Il timore manifestato da numerosi interpreti si concentra specialmente sulla creazione d'un circuito occupazionale secondario e separato, in contrasto con i principi e le finalità del collocamento mirato nonché con il quadro costituzionale²⁶.

Le difficoltà dell'approccio normativo, le complessità di un'organizzazione aperta e contendibile dei servizi al lavoro, la pluralità dei modelli d'interazione instaurati tra gli operatori, le esigenze di differenziazione reclamate dai sistemi territoriali sconsigliano di assumere conclusioni definitive. Del resto, se oggi il mercato del lavoro riesce a trovare un proprio equilibrio attraverso la gestione mista, ciò è dovuto specialmente alla regolamentazione (e al finanziamento) dei poteri pubblici locali e alla forza dei fatti, anziché ai ripetuti *input* della legislazione nazionale, spesso tra loro contraddittori. Gli studi comparatistici, animati per definizione da una buona vena d'ottimismo, confermano che un orientamento essenzialmente pragmatico ha premiato le principali esperienze europee, dove si sono venute affinando nel tempo le soluzioni tecnico-organizzative suscettibili di favorire naturalmente la filosofia collaborativa tra pubblico e privato.

²⁶ Cfr. BELLAVISTA, *Il Protocollo del welfare e il diritto al lavoro dei disabili*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, 2009, p. 260 s.; BALLESTRERO, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *op. cit.*, p. 29; COSTANTINI, *Efficienza ed efficacia delle convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili*, *ivi*, p. 179 ss.; NICCOLAI, *op. cit.*, p. 80 s. Per una valutazione meno critica v. invece CARUSONE, *Soggetti e tecniche per l'inserimento mirato dei lavoratori disabili*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 103 ss.

notizie sugli autori

Vania Brino

Ricercatrice di Diritto del lavoro - Università Ca' Foscari Venezia

Rosa Casillo

Ricercatrice di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

Raffaele De Luca Tamajo

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

Alberto De Vita

Professore associato di Diritto penale - Università di Napoli Parthenope

Ombretta Dessì

Ricercatrice di Diritto del lavoro - Università di Cagliari

Fiorenzo Liguori

Professore ordinario di Diritto amministrativo - Università di Napoli Federico II

Antoine Lyon-Caen

Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Directeur d'études à l'EHESS

Adalberto Perulli

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università Ca' Foscari Venezia

Carmine Russo

Direttore dell'Irsi (Istituto di Ricerca sui problemi dello Stato e delle Istituzioni)

Paola Saracini

Ricercatrice di Diritto del lavoro - Università del Sannio

Laura Tebano

Ricercatrice di Diritto del lavoro - Seconda Università di Napoli

Patrizia Tullini

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Bologna

Antonio Vallebona

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Roma "Tor Vergata"

abbreviazioni

Normativa

ai	<i>accordo interconfederale</i>
ccnc	<i>contratto collettivo nazionale di comparto</i>
ccnl	<i>contratto collettivo nazionale di lavoro</i>
ccnq	<i>contratto collettivo nazionale quadro</i>
cod. civ.	<i>codice civile</i>
cod. pen.	<i>codice penale</i>
cod. proc. civ.	<i>codice di procedura civile</i>
cod. proc. pen.	<i>codice di procedura penale</i>
Cost.	<i>Costituzione</i>
d.d.l.	<i>disegno di legge</i>
d.g.r.	<i>delibera giunta regionale</i>
d.i.	<i>decreto interministeriale</i>
dir.	<i>direttiva della Comunità europea</i>
dir. P.C.M.	<i>direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri</i>
d.l.	<i>decreto legge</i>
d.lgs.	<i>decreto legislativo</i>
d.lgs.lgt.	<i>decreto legislativo luogotenenziale</i>
d.m.	<i>decreto ministeriale</i>
d.P.C.M.	<i>decreto Presidente del Consiglio dei Ministri</i>
d.P.R.	<i>decreto Presidente della Repubblica</i>
GU	<i>Gazzetta Ufficiale</i>
GUCE	<i>Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee</i>
GUE	<i>Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>
l.	<i>legge</i>
l.cost.	<i>legge costituzionale</i>
l.d.	<i>legge delega</i>
l.p.	<i>legge provinciale</i>
l.r.	<i>legge regionale</i>
PL	<i>Public Law</i>
racc.	<i>raccomandazione della Comunità europea</i>
r.d.l.	<i>regio decreto legge</i>

reg.	<i>regolamento della Comunità europea</i>
St. lav.	<i>Statuto dei lavoratori</i>
Statutes	<i>Statutes at Large</i>
Supp.	<i>Supplement</i>
Tratt. CE	<i>Trattato delle Comunità europee</i>
t.u.	<i>testo unico</i>

Giurisprudenza e altre Autorità

Caa	<i>Cour administrative d'appel</i>
Cass.	<i>Cassazione</i>
Cass. Pen.	<i>Cassazione penale</i>
Cass. Sez. Un.	<i>Cassazione Sezioni Unite</i>
App.	<i>Corte d'Appello</i>
C. Conti	<i>Corte dei Conti</i>
C. Cost.	<i>Corte Costituzionale</i>
Comm. Gar.	<i>Commissione di Garanzia</i>
Cons. Giust. Amm. Sic.	<i>Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia</i>
Cons. St.	<i>Consiglio di Stato</i>
Cons. St., Ad. Plen.	<i>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria</i>
C. Eur. Dir. Uomo	<i>Corte europea dei diritti dell'Uomo</i>
C. Giust.	<i>Corte di Giustizia delle Comunità europee</i>
Pret.	<i>Pretura</i>
Trib.	<i>Tribunale</i>
Ta	<i>Tribunal administratif</i>
Tar	<i>Tribunale amministrativo regionale</i>

Commentari, enciclopedie e trattati

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone

<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires

<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de informacìon sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	CNS-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law
<i>D&L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio
<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto

<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEccl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLOro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTY</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line
<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research

<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWS</i>	The European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EM</i>	Environmental Management
<i>EP</i>	Economic Policy
<i>EPI</i>	Economia e politica industriale
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ETUI-REHS WP</i>	European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety
<i>EuD</i>	Europa e diritto
<i>EULJ</i>	European Law Journal
<i>EuMLR</i>	European Law Review
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>GA Sicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore
<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore

<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	International Labor Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy

<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTl</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&G</i>	Legge&Giustizia: www.legge-e-giustizia.it
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro

<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato

<i>QISV</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia CE
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Rivista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail

<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECON WP</i>	RECON Online Working Papers, www.reconproject.eu
<i>REDT</i>	Revista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGLVeneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Pubbl.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGs</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia
<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale

<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelijke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review
<i>SO</i>	Sviluppo e organizzazione
<i>Società</i>	Le Società
<i>SP</i>	Sanità pubblica
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>SU</i>	Studi urbinati
<i>TAR</i>	I tribunali amministrativi regionali
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
<i>TG</i>	Toscana giurisprudenza
<i>TL</i>	Temas Laborales
<i>TP</i>	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research

<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
<i>UA</i>	Urbanistica e appalti
<i>UCLR</i>	University of Chicago Law Review
<i>UPLR</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
<i>WD</i>	World Development
<i>WESoc.</i>	Work, Employment and Society
<i>WP</i>	World Politics
<i>WP C.S.D.L.E.</i>	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp
<i>WSIM</i>	WSI - Mitteilungen
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	Yale Law Journal
<i>ZA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

indice dell'annata 2011

editoriale

- 1** RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Riforme (im)possibili nel diritto sindacale
- 395** ANTOINE LYON-CAEN
Le langage des adjectifs
- 187** MARIO RUSCIANO
A due anni dalla cd. riforma Brunetta

saggi

- 199** EMILIANO BRANCACCIO
Crisi dell'unione monetaria europea e "standard retributivo"
- 419** VANIA BRINO
Spiragli di fair trade nel commercio internazionale
- 215** GUSTAVO DANISE
I limiti al sindacato del giudice dopo il "Collegato lavoro" (l. 183/10)
- 399** RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza
- 475** ALBERTO DE VITA
La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra "Formula di Frank" e recklessness
- 505** OMBRETTA DESSÌ
Federalismo, formazione professionale e contratto di inserimento
- 445** FIORENZO LIGUORI
Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione

- 63** VERONICA PAPA
Il fattore newcomer di discriminazione e il suo temperamento con le politiche sociali nazionali
- 35** PASQUALE PASSALACQUA
Le novità in materia di licenziamento nel cd. "Collegato lavoro"
- 403** ADALBERTO PERULLI
I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità
- 7** UMBERTO ROMAGNOLI
La costituzione venuta dal futuro
- 229** ELISA SACCÀ
Consigliera di parità e spoils system. E le direttive comunitarie?
- 433** LAURA TEBANO
Ragionevolezza e potere di controllo del datore di lavoro
- 253** CARLO ZOLI
Sostegno all'occupazione e accordi del Gruppo Intesa Sanpaolo
- 21** LORENZO ZOPPOLI
Contratti collettivi e circuiti della rappresentanza. La "riforma Brunetta" due anni dopo

giurisprudenza

note e rassegne critiche

- 263** CRISTINA ALESSI
Il part-time nel lavoro pubblico e la Direttiva 97/81/CE (NOTA a Tribunale Trento, 4 maggio 2011 e 16 giugno 2011 - ordinanze)
- 561** ROSA CASILLO
Trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici e principi costituzionali (NOTA a Tribunale Livorno 5 agosto 2011 - ordinanza)
- 293** MARIA CRISTINA CATAUDELLA
Parto prematuro e ritardato ingresso nella casa familiare (NOTA a Corte Costituzionale 7 aprile 2011 n. 116)
- 89** FAUSTA GUARRIELLO, FEDERICA MINOLFI
Da cenerentola a leading case: discriminazioni per età e Carta dei diritti fondamentali (NOTA a Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, causa C-555/07)

- 109** GAETANO NATULLO, TERESA GIORNALE
Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nel regime transitorio della riforma Brunetta (NOTA a Tribunale di Torino 21 settembre 2010 n. 3681 e a Tribunale di Trieste 5 ottobre 2010)
- 553** CARMINE RUSSO
Legge e contrattazione per la retribuzione accessoria del lavoro pubblico regionale (NOTA a Corte Costituzionale 22 dicembre 2011 n. 339)
- 303** RAFFAELLO SANTAGATA
Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche dopo Lisbona: un altro controverso intervento della Corte di Giustizia (NOTA a Corte di Giustizia 15 luglio 2010, C-271/08, Commissione c. Germania)
- 539** PAOLA SARACINI
Il contratto a termine dinanzi alla Consulta: il risarcimento rimane "sbilanciato" (NOTA a Corte Costituzionale 11 dicembre 2011 n. 303)
- 535** ANTONIO VALLEBONA
La vittoria della certezza (NOTA a Corte costituzionale 11 dicembre 2011 n. 303)

osservatorio

- 145** MARIA DOLORES FERRARA
Il decreto legislativo 150 del 2009 nelle Regioni a statuto speciale: il caso del Friuli Venezia Giulia
- 333** GIUSEPPE GENTILE, CLAUDIA AVOLIO, ANTONELLO BALDASSARRE
L'esperienza del Reddito di cittadinanza: welfare locale, strumenti partecipativi e politiche di inclusione sociale
- 365** VITO PINTO
Note su sviluppo economico e lavoro nella VIII legislatura della Regione Puglia (2005-2010)
- 575** PATRIZIA TULLINI
Cooperazione pubblico-privato nel mercato del lavoro

table of contents 2011

editorial

- 1** RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
(Im)possible reforms in union law
- 395** ANTOINE LYON-CAEN
The language of adjectives
- 187** MARIO RUSCIANO
The ‘Brunetta reform’ three years later

articles

- 199** EMILIANO BRANCACCIO
The crisis of European Monetary Union and the ‘wage standard’
- 419** VANIA BRINO
Small opening of fair in the global trade
- 215** GUSTAVO DANISE
The boundary of judges’ trying after the ‘Collegato Lavoro’ (law 183/10)
- 399** RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
The control of reasonableness in case law
- 475** ALBERTO DE VITA
The responsibility of top management in Thyssen-Krupp case between “Frank Formula” and recklessness
- 505** OMBRETTA DESSÌ
Federalism, vocational training and ‘contratto di inserimento’
- 445** FIORENZO LIGUORI
Economic freedoms and executive powers: the rule of subsequent control from law to Constitution

- 63 VERONICA PAPA
The newcomer ground of discrimination and its balancing with national social policy
- 35 PASQUALE PASSALACQUA
New rules on dismissal in so called “Collegato lavoro”
- 403 ADALBERTO PERULLI
The qualitative concepts on labour law: standards, reasonability and fairness
- 7 UMBERTO ROMAGNOLI
The Constitution coming from the future
- 229 ELISA SACCÀ
The ‘Consigliere di Parità’ (Councillor for Equality): conformity with the EU Directives and the spoils system
- 433 LAURA TEBANO
Reasonableness and the employer’s power of control
- 253 CARLO ZOLI
The Intesa Sanpaolo Group agreement to support employment: some aspects of legitimacy
- 21 LORENZO ZOPPOLI
Collective bargaining and “agency circuits”. The “Brunetta Reform” two years later

cases

notes and critical reviews

- 263 CRISTINA ALESSI
Part-time work in public employment and Directive 97/81/EC
(NOTE to Tribunale Trento, 4 May 2011 e 16 June 2011)
- 561 ROSA CASILLO
Economic compensation for sickness of civil servants and constitutional principles
(NOTE to Tribunale Livorno 5 August 2011)
- 293 MARIA CRISTINA CATAUDELLA
Premature and delayed return to home
(NOTE to Corte Costituzionale 7 April 2011 No. 116)

- 89** FAUSTA GUARRIELLO, FEDERICA MINOLFI
From Cinderella to leading - case age discrimination in the light of the Charter of fundamental rights
(NOTE to EJC 19 gennaio 2010, cause C- 555/07)
- 109** GAETANO NATULLO, TERESA GIORNALE
Collective bargaining and industrial relations in the “limbo” of Brunetta’s Reform
(NOTE to Tribunale Torino 21 settembre 2010 n. 2680
and Tribunale Trieste 5 ottobre 2010)
- 553** CARMINE RUSSO
Law and collective bargaining concerning the collateral wage in regional civil service
(NOTE to Corte Costituzionale 22 December 2011 No. 339)
- 303** RAFFAELLO SANTAGATA
Reconciling social rights and economic freedoms after Lisbon Treaty: another exemplary decision (NOTE to Court of Justice 15 July 2010, C-271/08, *Commission v Germany*)
- 539** PAOLA SARACINI
The fixed-term contract before the Constitutional Court: the ‘unbalanced’ compensation (NOTE to Corte Costituzionale 11 December 2011 No. 303)
- 535** ANTONIO VALLEBONA
The victory of certainty (NOTE to Corte Costituzionale 11 December 2011 No. 303)

observatory

- 145** MARIA DOLORES FERRARA
The Brunetta reform in the Regions with a Special Statute: the case of Friuli Venezia Giulia
- 333** GIUSEPPE GENTILE, CLAUDIA AVOLIO, ANTONELLO BALDASSARRE
Citizen’s Income experience: local welfare, participation and social inclusion policies
- 365** VITO PINTO
Remarks on economic development and employment in the VIII legislature of Puglia Region (2005–2010)
- 575** PATRIZIA TULLINI
Public-private cooperation in labour market

indice degli autori 2011 table of authors 2011

CRISTINA ALESSI, 263
CLAUDIA AVOLIO, 333

ANTONELLO BALDASSARRE, 333
EMILIANO BRANCACCIO, 199
VANIA BRINO, 419

ROSA CASILLO, 561
MARIA CRISTINA CATAUDELLA, 293

GUSTAVO DANISE, 215
RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, I, 399
ALBERTO DE VITA, 475
OMBRETTA DESSÍ, 505

MARIA DOLORES FERRARA, 145

GIUSEPPE GENTILE, 333
TERESA GIORNALE, 109
FAUSTA GUARRIELLO, 89

FIRENZO LIGUORI, 445
ANTOINE LYON-CAEN, 395

FEDERICA MINOLFI, 89

GAETANO NATULLO, 109

VERONICA PAPA, 63
PASQUALE PASSALACQUA, 35
ADALBERTO PERULLI, 403
VITO PINTO, 365

UMBERTO ROMAGNOLI, 7
MARIO RUSCIANO, 187
CARMINE RUSSO, 553

ELISA SACCÀ, 229
RAFFAELLO SANTAGATA, 303
PAOLA SARACINI, 539

LAURA TEBANO, 433
PATRIZIA TULLINI, 575

ANTONIO VALLEBONA, 535

CARLO ZOLI, 253
LORENZO ZOPPOLI, 21

