



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca
in Diritto Europeo dei Contratti Civili, Commerciali e del Lavoro
Ciclo 25°
Anno di discussione 2013**

***Teorie e prassi della Regolazione
Contesti economici globali e implicazioni nel mercato
del lavoro***

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/07
Tesi di Dottorato di Piero Chiavacci, matricola 962564**

Coordinatore del Dottorato

Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del Dottorando

Prof. Adalberto Perulli

Prof. Adalberto Perulli

INDICE

INTRODUZIONE.....

CAPITOLO PRIMO

LE DIVERSE ACCEZIONI DEL CONCETTO DI REGOLAZIONE

PARTE PRIMA

LA REGOLAZIONE NELLA DOTTRINA ECONOMICA

1. Premessa
2. *L'École de la Regulation* e il concetto di Regolazione economica.
 - 2.1 Segue. Ricerca regolazionista e lavoro.
3. Un approccio regolazionista alla regolazione del mercato del lavoro.

PARTE SECONDA

LA REGOLAZIONE NELLA DOTTRINA GIURIDICA

1. La "*Regulation*" e il concetto di Regolazione giuridica.
2. Le autorità indipendenti in Italia.
3. L'attività di *moral suasion* delle autorità indipendenti.
 - 3.1. L'Istituto di Vigilanza per le Assicurazioni Private.
 - 3.2. La Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione.
 - 3.3. Il Garante per la *Privacy*.
 - 3.4. La Banca di Italia.
 - 3.5. L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.
 - 3.6. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa.
4. Il procedimento di adozione degli atti di *soft law* delle Autorità Indipendenti in Italia.
 - 4.1. Il modello seguito da I.S.V.A.P. e C.O.V.I.P.
 - 4.2. Il modello seguito dal Garante per la *Privacy*.

- 4.3. Il modello da Banca di Italia, C.O.N.S.O.B. e I.V.C.P.
5. *Regulation* e Regolamentazione: una lettura d'insieme.

CAPITOLO SECONDO

IL MERCATO, LE REGOLE E LO SPAZIO

1. Il mercato regolato.
2. Le regole nello spazio.
3. Le conseguenze dell'abbattimento dei limiti spaziali sull'attività regolativa.
4. I sistemi alternativi a quelli del “mercato regolato”: *L'Evolutionary economic*.

CAPITOLO TERZO

LA REGOLAZIONE DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE E LE IMPLICAZIONI NEL MERCATO DEL LAVORO

1. Globalizzazione, concorrenza regolativa, *dumping* sociale e libero scambio: molte faccie di una sola medaglia.
2. Il nuovo assetto degli interessi economici e la difficile relazione con i diritti sociali.
3. I principali attori della regolazione del commercio internazionale: organizzazioni internazionali e *transnational enterprises*.
 - 3.1. Segue. *Le transnational enterprises*
4. Nuovi approcci e nuove forme di regolazione.
 - 4.1. Esperienze regolative attuate attraverso strumenti di *hard law*.
 - 4.2. Esperienze regolative attuate attraverso strumenti di *soft law*.
 - 4.3. Segue. Gli *international frameworks agreements*.
5. Le tecniche regolative di integrazione regionale.

CAPITOLO QUARTO

REGOLE E MERCATO DEL LAVORO IN ITALIA

1. Le regole del lavoro in Italia tra passato, presente e futuro.
2. L'assorbimento dell'"onda lunga" delle politiche economiche globali antecedenti alla crisi economica nel mercato del lavoro italiano.
 - 2.1. Segue.
 - 2.2. La flessibilizzazione del mercato del lavoro.
 - 2.3. Un'auspicabile "flessibilizzazione in uscita".
3. Flessibilizzazione in entrata e flessibilità in uscita alla luce della recente riforma del mercato del lavoro.
4. Rimedi alla proliferazione delle tipologie contrattuali: irrigidire la flessibilizzazione in entrata.
5. Nuovi approcci di regolazione negoziale in ambito giuslavoristico: differenze e punti in comune con la contrattualistica privatistica. L'esempio delle camere di commercio.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Con la parola Regolazione si può fare riferimento a due accezioni tra loro differenti che trovano origine rispettivamente l'una nella ricerca e nella riflessione economico politica e l'altra nell'approfondimento e nell'esperienza gius-privatistica e gius-amministrativa.

In ambito economico per Teoria della Regolazione si intende un programma di ricerca nel campo della teoria economica e della politica economica sorto in Francia all'inizio degli anni Settanta.

Tale programma fu ideato e sviluppato dal movimento noto come *École de la Regulation* e ruota attorno al principio del *modo di regolazione*, che rappresenta il concetto cardine di questo programma di ricerca: l'attenzione del ricercatore è rivolta innanzitutto all'insieme delle regole e delle procedure, norme, consuetudini, leggi, che assicurano il funzionamento e la capacità di perdurare nel tempo del processo di accumulazione in un sistema capitalistico di produzione e alle cause che ne possono comportare la crisi o il fallimento.

In ambito giuridico, invece, la regolazione spesso assume la variazione semantica di Regolamentazione, di tradizione anglosassone, che, a sua volta, rappresenta le modalità secondo le quali lo stato dovrebbe delegare la gestione dei servizi pubblici e collettivi alle imprese private a condizione di istituire degli agenti collettivi indipendenti, definite *agenzie di regolazione*.

Esiste, pertanto, un approccio giuridico alla regolazione, che è ideologicamente diverso dal primo. In questo senso regolazione è concetto alternativo a quello di "regolamentazione" vera e propria. La regolamentazione è la disciplina tradizionale di un istituto giuridico secondo la legge, è la *hard law*, viene dalla tradizione che nel *common law* è il *command and control* e nel *civil law* la "legge". La regolazione al contempo è anche *soft law*, è regolazione di autorità amministrative indipendenti di regolazione del mercato, nonché pratiche riconducibili alla c.d. Responsabilità Sociale delle imprese e autoregolazione delle imprese attraverso la predisposizione di codici di condotta.

Ad oggi, in Italia, esistono molte autorità indipendenti, si pensi a quelle che regolano il mercato dell'energia, della concorrenza o dei mercati finanziari.

In generale, entrambe le accezioni di Regolazione, benchè quella economica preveda dei dinamismi opposti a quelli propri dell'economia standard di mercato, conducono ad un punto di convergenza nel senso di trovare un equilibrio tra il principio della concorrenza e quello anticoncorrenziale di gestione pubblica.

D'altra parte è un fatto noto che il particolare periodo storico che stiamo vivendo abbia mostrato un evidente sbilanciamento a favore delle strategie di mercato "capitalistiche": si è assistito così alla sempre maggiore e frequente liberalizzazione di settori economici in precedenza gestiti dallo stato: energia, telecomunicazioni, trasporti. Rispetto ad altri, invece, ad esempio la sanità, il sistema delle privatizzazioni è arretrato, lasciando al *welfare* il compito di curarne la gestione ed il funzionamento.

In questo periodo, pertanto, in cui è l'economia che detta le regole del diritto (si pensi ai concetti di teoria economica del diritto o di efficacia economica delle norme), il diritto ha dovuto ritrovare una sua assiologia e ciò è avvenuto lasciando al diritto il compito di organizzare il sistema delle privatizzazioni.

Ciò, in ambito interno, è avvenuto attraverso la creazione delle Autorità amministrative indipendenti, le quali avrebbero dovuto rappresentare il giusto compromesso tra liberalizzazione di settori strategici e controllo da parte di un ente indipendente ma di derivazione pubblico-amministrativa. Tali enti non hanno dimostrato grande funzionalità e incisività, diversamente da quanto è accaduto in altri paesi, per esempio Inghilterra e Francia, dove essi furono importati nel corso del XX secolo dagli Stati Uniti d'America, dove si svilupparono durante il XIX secolo.

Tutto questo percorso che passa dall'economia al diritto per poi trovare un punto in comune nel concetto omnicomprensivo di Regolazione, sarà analizzato nel primo capitolo.

Nel secondo capitolo, si affronterà il tema della regolazione nella sua accezione che deriva dalle scienze sociologiche. Il fenomeno delle regole è stato affrontato

anche in ambito sociologico-filosofico, in particolare con riferimento al rapporto che esiste tra regole e confini.

Per una naturale vocazione del tema trattato, non si può non solo prescindere ma soprattutto non inserire la trattazione di tale argomento all'interno del contesto internazionale, caratterizzato, come noto, da un costante processo di convergenza economica e culturale tra i vari paesi del mondo, meglio noto come Globalizzazione.

Il terzo capitolo affronterà appunto il problema della Regolazione nel mercato globale, dove i confini cedono il passo alle libertà commerciali ed economiche.

In ambito internazionale, dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, è stata istituita l'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Si vedrà come L'OMC abbia assunto, nell'ambito della regolamentazione del commercio mondiale, il ruolo precedentemente detenuto dal GATT: di quest'ultimo ha infatti recepito gli accordi e le convenzioni adottati (tra i più importanti il GATT, il GATS ed il TRIPS) con l'incarico di amministrarli ed estenderli; a differenza del GATT, che non aveva una vera e propria struttura organizzativa istituzionalizzata, l'OMC prevede invece una struttura comparabile a quella di analoghi organismi internazionali.

In un tale panorama, dominato da prospettive globalizzanti, è noto che le organizzazioni internazionali implicate nella regolazione del commercio internazionale, l'OMC su tutte, hanno una fortissima sfera di influenza che dal *world trading* si propaga a molte altre materie, tra cui evidentemente il lavoro.

Si crea, in tal modo, un'ideale contrapposizione tra gli interessi supportati dalle organizzazioni internazionali che supportano le politiche a favore del commercio e quelle che, invece hanno a cura lo sviluppo e le migliori condizioni di lavoro, su tutte l'Organizzazione Mondiale del Lavoro.

Con riferimento alle prime, esse, tradizionalmente, hanno interesse a promuovere interessi deregolativi che facilitino l'incremento del libero commercio tra stati; le seconde, al contrario, supportano le istanze legate alla tutela delle condizioni di lavoro, attraverso atti normativi creatori di vincoli.

In questo scenario il Lavoro, inteso come diritto del lavoro e come mercato del lavoro, rappresenta senza dubbio uno spazio in cui si assiste ad una forte ingerenza del pubblico, laddove l'incontro tra domanda e offerta è sensibilmente condizionata dalle diverse discipline di natura legislativa a tutela del contraente debole.

Volendo tentare un parallelismo tra le vicende che negli ultimi vent'anni hanno interessato i settori economici strategici ed il Lavoro, si potrebbe proporre il paragone tra il fenomeno delle privatizzazioni e quello della flessibilità, tuttavia, nel settore lavoristico rimangono pur sempre dei particolari sistemi di garanzia e di welfare che fuoriescono da una logica di libero mercato.

E' allo stesso tempo vero, però, che un sistema di regole incentrato esclusivamente su provvedimenti di natura c.d. *hard*, pur avendo il vantaggio di creare certezza comporta, altresì, lo svantaggio di rallentare e rendere difficoltosi i processi di adeguamento al mercato e ai nuovi sistemi di produzione, di circolazione e di vendita di beni o servizi in generale.

Ecco che allora a tali strumenti *hard* se ne affiancano altri *soft*, privi di vincolatività cogente ma non per questo da banalizzarsi o da abbandonarsi. Sono questi gli strumenti riconducibili ai codici di condotta aziendali o le *policies* di responsabilità sociale dell'impresa. Un indubbio svantaggio per l'impresa che decida di non adottare tali nuovi mezzi di produzione normativa o vi contravvenga successivamente ad un loro riconoscimento può consistere nel processo di *moral suasion* sfavorevole che rischierebbe di interessare il mercato nei confronti degli operatori economici che non rispettino degli impegni liberamente presi.

Infine, il quarto capitolo sarà dedicato all'analisi della situazione attuale del mercato del lavoro italiano, in particolar modo si cercherà di vedere quali sono stati gli effetti della Globalizzazione su di esso e se l'attuale crisi economica abbia inciso ed in quale modo.

CAPITOLO PRIMO

LE DIVERSE ACCEZIONI DEL CONCETTO DI REGOLAZIONE

PARTE PRIMA

LA REGOLAZIONE NELLA DOTTRINA ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *L'École de la Regulation* e il concetto di Regolazione economica. - 2.1. Segue. Ricerca regolazionista e lavoro. - 3. Un approccio economico alla regolazione del mercato del lavoro.

1. Premessa.

Dovendo definire da un punto di vista anzitutto semantico la parola "regolazione" non si porrebbero grandi problemi. Si risolverebbe tutto in maniera piuttosto semplice affermando che la "regolazione" rappresenta un'operazione o una serie di operazioni per disciplinare lo svolgimento di un processo o migliorare lo svolgimento di un qualcosa. Ciò sarebbe sufficiente solo laddove questo vocabolo non trovasse applicazione specifica anche in molti ambiti del contesto economico e del contesto giuridico, interni ed internazionali.

Seguendo il metodo della linguistica moderna inaugurato da F. Saussure, si potrebbe dire che la parola "regolazione" è il significante di molteplici significati. Infatti, come detto, si parla comunemente di regolazione per definire operazioni tra loro eterogenee volte a fornire delle regole per molte materie.

In realtà sin dai tempi antichi l'uomo ha sempre cercato di studiare ed adattarsi al meglio alle regolarità naturali: a questo servono l'agricoltura, la misura del tempo, le tecniche idrologiche, la medicina e molti altri campi di indagine. Ma le

regolarità dell'agire umano, in alcuni casi, non sono dipese dalla necessità di adattarsi a regolarità naturali, ma anzi sono state poste in essere dall'uomo, autonomamente, per ordinare il sistema di vita sociale. Così è nato quel sistema complesso di regole che definisce i sistemi di interazione tra gli uomini, il diritto e così è nata quell'istituzione che ne scandisce l'agire in relazione agli scambi di beni, il mercato.

L'indagine alla base di questo lavoro sarà concentrata a definire proprio i diversi concetti che la parola regolazione assume in relazione all'ambito economico e giuridico, ai punti in comune che legano tra loro questi diversi significati e alle ricadute pratiche di suddette elaborazioni teoriche.

2. L'Ècole de la Regulation ed il concetto di regolazione economica.

In ambito economico per teoria della regolazione si intende un programma di ricerca sorto in Francia all'inizio degli anni Settanta. Fu allora che alcuni economisti osservarono la rottura delle principali regolarità riguardanti le tendenze di lungo periodo del sistema economico fordista. Il *modo di regolazione* rappresenta il concetto cardine di questo programma di ricerca: l'attenzione del ricercatore è rivolta innanzitutto all'insieme delle regole e delle procedure, norme, consuetudini, leggi, che assicurano il funzionamento e la capacità di perdurare nel tempo del processo di accumulazione in un sistema capitalistico di produzione. Secondo la testimonianza dei suoi stessi padri fondatori (M. Aglietta; R. Boyer; B. Coriat; A. Lipietz), la nascita della Scuola della Regolazione deve essere riferita alla congiuntura socioeconomica che, dopo il 1973, caratterizza la maggior parte dei paesi OCSE¹; si tratta della rottura irreversibile del modello di crescita proprio dei trent'anni gloriosi successivi alla fine della seconda guerra mondiale².

¹ M.A. TOSCANO, "Homo instabilis. Sociologia della precarietà", a cura di, 2007, p. 165.

² C. VERCELLONE, "Il capitalismo cognitivo", 2006, p. 121.

In *Régulation et crises du capitalisme* M. Aglietta fornisce una descrizione del fordismo nel contesto del sistema economico statunitense. Il fordismo viene descritto da Aglietta come un *regime di accumulazione*, all'interno del quale il consumo prodotto dai lavoratori salariati costituisce il fattore endogeno di crescita³. Tale situazione genera una *regolazione* di natura sociale ed economica capace di durare nel tempo, capace cioè di creare regolarità.

L'autore descrive i mutamenti delle convenzioni collettive sulle quali è basato il comportamento economico dei principali gruppi d'interesse presenti nell'economia americana a partire dagli anni Trenta. Nel periodo precedente, la produzione di massa, creata dai metodi di lavoro propri del sistema fordista - paradigmatico è il modello rappresentato dall'industria automobilistica - richiede a sua volta un consumo di massa, che il *mercato concorrenziale* non è in grado di garantire⁴. Secondo Aglietta, la causa fondamentale della grande crisi del 1929 risiederebbe, appunto, nell'inadeguatezza di un modo di produzione rimasto concorrenziale, rispetto alle esigenze della produzione di massa, soprattutto con riferimento ai meccanismi di produzione di formazione dei salari⁵.

Sarà il nuovo modo di regolazione, basato sulle linee di politica economica di ispirazione keynesiana, in cui la domanda effettiva è sostenuta attraverso la politica fiscale redistributiva e la spesa pubblica, a permettere, a partire dagli anni Trenta, l'uscita dalla crisi.

Tale svolta negli indirizzi di politica economica richiede l'assunzione da parte dello Stato di compiti affatto nuovi, del tutto sconosciuti al capitalismo concorrenziale. Lo Stato non è più un soggetto terzo, non può più essere un comitato che amministra gli affari comuni di tutta la classe *borghese*⁶. Al contrario lo Stato è un'istituzione che viene coinvolta nelle condizioni imposte dal sistema di produzione fordista e deve gestire e garantire l'accordo tra le parti sociali, le quali, a loro volta, si organizzano in centri di interesse danno vita ad un

³ M. AGLIETTA, *"Régulation et crises du Capitalisme. L'expérience des Etats Unis"*, 1976, p. 18

⁴ M. AGLIETTA, *ivi*, p. 25.

⁵ M. MONTOUSSE, *"Régulation et crises du Capitalisme"*, in *"100 fiches de lecture en économie, sociologie, histoire et géographie économiques"*, di AA.VV., 2008, p. 210.

⁶ K. MARX, F. ENGELS *"Manifesto del Partito Comunista"*, 1998, p. 9

compromesso, istituzionalizzato - *de jure* – nella contrattazione collettiva, tra organizzazioni in rappresentanza dei datori di lavoro e organizzazioni sindacali dei lavoratori. Un patto sulla scorta del quale si ripartiscono “*aux gestionnaires le choix concernant les méthodes de production, aux salariés une part des dividendes du progrès, c’est à dire des gains de productivité ainsi obtenus*”⁷.

Il regime cui si perviene è caratterizzato da una crescita parallela di produttività e domanda grazie ad una politica di alti salari dovuti alla contrattazione collettiva; da una struttura concentrata sui beni di consumo di massa durevoli, ciò che è in grado di orientare un altro e stabile volume di investimenti in capitale fisso; da un sistema monetario e finanziario dove le banche centrali cooperano con i governi e controllano il sistema delle banche commerciali e dove queste ultime prevalgono come fonte di finanziamento rispetto al ricorso alla Borsa; da un interventismo efficace degli stati nazionali, orientato al raggiungimento e al mantenimento del pieno impiego di lavoratori a tempo indeterminato, i cui consumi rappresentano la principale fonte endogena di impulso economico⁸. Il sistema di (ri)produzione descritto da Aglietta si diffonde nei paesi dell’Europa occidentale ed in Giappone nel corso degli anni Cinquanta, per durare sino alla fine degli anni Sessanta, quando esso inizia ad entrare in crisi⁹.

Stando a quanto confermato dallo stesso Aglietta, i primi lavori della Scuola della Regolazione avevano ad oggetto una presa di posizione critica rispetto a due questioni teoriche fondamentali per la complessiva teoria regolazionista.

Una prima questione, di teoria economica, riguardava le teorie della crescita che dominavano a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta¹⁰, le quali sostenevano l’esogenità dei fattori di crescita; una seconda questione, invece, riguardava le tendenze che il marxismo aveva assunto negli anni Sessanta.

⁷ M. AGLIETTA, "Regulation et crise du capitalisme", op.cit., p. 48

⁸ M. AGLIETTA, "Le système monétaire européen et les conjonctures européennes face à la crise du dollar", 1980, p. 15.

⁹ A. FUMAGALLI e S. LUCARELLI, "La finestra di fronte: la Scuola della Regolazione vista dall’Italia", in R. BOYER, "Fordismo e Postfordismo. Il pensiero regolazionista", 2004, p. 3.

¹⁰ Il riferimento è in particolare al modello di Robert Solow, detto anche modello di crescita esogena, secondo il quale l’incremento di reddito che non risulta spiegato dall’incremento dei due input, capitale e lavoro, viene attribuito al progresso tecnologico.

Con riferimento alla prima questione bisogna premettere che uno degli elementi costitutivi della Scuola della Regolazione consisteva nel riconoscere un “motore” endogeno all’espansione del sistema capitalistico che fosse in grado di spiegare allo stesso tempo la diversità delle traiettorie nazionali e le ragioni per le quali i tassi di crescita potessero divergere su periodi molto lunghi: *“Il modo per osservare l’endogenizzazione è stato trovato all’interno del rapporto salariale, che la ricerca regolazionista concepì contemporaneamente nei suoi aspetti di offerta e domanda, come le due facce di una medesima logica di interazione dinamica tra la formazione dei redditi e i progressi della produttività”*¹¹. Tale concezione consente di fornire una definizione dinamica del concetto di *plusvalore relativo* marxiano e allo stesso tempo consente di fornire una ridefinizione di lungo periodo della teoria keynesiana. In quest’ultima, infatti, la domanda giocava un ruolo solo nel breve periodo, mentre, le intuizioni degli economisti regolazionisti dimostrarono che nel momento in cui si hanno una crescita endogena e dei rendimenti crescenti, la domanda non si limita più ad un ruolo di breve periodo. In questo modo la Scuola della Regolazione ha proposto un nuovo schema di lettura della storia economica utilizzando gli strumenti della tradizione macroeconomica keynesiana insieme alle categorie marxiste che vengono contestualizzate all’attuale periodo storico.

Il fulcro dell’analisi socio – economica regolazionista viene rappresentato dalle condizioni che consentono la nascita e la persistenza (*viabilité*) di regime di accumulazione. Poiché il capitalismo stesso è definibile come un regime di accumulazione, sarà, allora, opportuno studiare la regolazione dei rapporti di produzione da parte dello stato, concepito come principale luogo di mediazione e aggiustamento istituzionale delle forze sociali.

Un secondo motivo di insoddisfazione che interessò i primi scritti della Scuola, più attinente ad una dimensione filosofica, è riconducibile al confronto con le categorie interpretative proprie del marxismo. In questo senso la Scuola della

¹¹ M. AGLIETTA, intervistato da Negri, Seba e Vercellone, 1994, brano riportato da A. FUMAGALLI e S. LUCARELLI, *“La finestra di fronte: la Scuola della Regolazione vista dall’Italia”*, in R. BOYER, *“Fordismo e Postfordismo. Il pensiero regolazionista”*, 2004, p. 3.

Regolazione – sulla base della rilettura sistematica e minuziosa di Marx effettuata da L. Althusser, il quale procede ad una rivisitazione dell’opera del filosofo tedesco al fine di liberarne il pensiero dalle ideologie staliniste che ne hanno travisato la dimensione filosofica¹² - si propone di individuare un adeguato *meccanismo di controllo* per l’accumulazione del capitale. Il riferimento della riflessione operata dall’École de la Regulation sembra trovarsi nella conclusione del primo libro del *Capitale*, dove Marx introduce la legge generale dell’accumulazione: “*Adoperare plusvalore come capitale*” ossia “*ritrasformare plusvalore in capitale significa accumulazione del capitale*”¹³. Prima di tale definizione, nelle sezioni quarta e quinta del primo libro, Marx ha già posto i concetti di plusvalore assoluto, plusvalore relativo ed ha, altresì, posto il problema della trasformazione in salario del valore: il suo scopo è quello di trattare l’influenza che l’aumento del capitale esercita sulle sorti della classe operaia. La conclusione cui egli giunge descrive una situazione in cui il lavoratore salariato viene espulso al momento della ripartizione delle ricchezze prodotte¹⁴.

La Scuola della Regolazione propone una nuova definizione teorica dell’approccio marxiano, rielaborando il processo dinamico che sussiste tra lo sviluppo capitalistico, inteso come logica di creazione della ricchezza e la forza lavoro. Se per Marx tale rapporto si estrinseca nella creazione e crescita della ricchezza e nella contestuale distruzione della forza lavoro, secondo la teoria regolazionista la relazione così descritta mostra evidenti contraddizioni di carattere logico e non contiene un principio di coerenza che garantisca la crescita e la regolarità di un simile sistema.

Il metodo di indagine attraverso cui la Scuola giunge alla rielaborazione della teoria marxista utilizza un approccio maieutico, ponendosi un interrogativo che ben identifica l’effettiva antitesi di posizioni esistente tra il capitalista (*rectius* l’imprenditore) e la forza lavoro (*rectius* il lavoratore): non bisogna temere che la

¹² L. ALTHUSSIER, “*Per Marx*”, Roma, 1974.

¹³ K. MARX, “*Il Capitale*”, Milano, 2007, p. 224.

¹⁴ K. MARX, *ivi*, p. 230.

competizione ed i conflitti associati al perseguimento del solo interesse individuale sfocino nel disordine, nel caos, nell'anarchia?¹⁵ La domanda è evidentemente riconducibile all'indagine che, fin dalle origini, tanto la filosofia politica che l'economia politica hanno effettuato nel tentativo di rispondere ad una questione che continuava ad esistere, tanto da diventare centrale nell'analisi regolazionista. Ancora oggi per tentare un approccio che risolva la questione risulta impossibile affrancarsi dalle conclusioni antitetiche cui erano giunti Thomas Hobbes e Adam Smith.

Per Hobbes la violenza di tutti contro tutti, espressa nel celeberrimo inciso "*homo homini lupus*", è la conseguenza diretta della competizione tra individui¹⁶. In una società simile solo la delega dell'autorità ad un sovrano permette la salvaguardia della pace sociale. Così, l'emergere di uno stato che garantisca l'ordine sarà la prima delle condizioni necessarie per l'esistenza di una società e di conseguenza, di un'economia composta da individui liberi di perseguire i propri interessi.

La risposta di Smith è, invece, ben diversa, appellandosi egli alla propensione naturale dell'uomo allo scambio. Dal momento in cui si sviluppa la divisione del lavoro ed è garantito un ordine monetario, il mercato sviluppa la proprietà di consentire l'arricchimento di una nazione nello stesso tempo in cui ciascun individuo non cessa di perseguire il proprio interesse¹⁷.

In questo modo si arriva alla prospettazione di due interpretazioni opposte: spetta allo stato oppure al mercato il compito di assicurare la disciplina dell'interazione competitiva (la concorrenza) tra gli individui?

Come è stato giustamente notato, ad una risposta, o quanto meno ad una motivata propensione per l'una o l'altra interpretazione, non è possibile giungere se si prescinde dalle implicazioni derivate dall'applicazione dell'*individualismo metodologico*, con il quale si definisce la strategia di ricerca che nelle scienze

¹⁵ R. BOYER, "*Fordismo e Postfordismo. Il pensiero regolazionista*", Milano, 2004, p. 10.

¹⁶ T. HOBBS, "*De cive*", a cura di T. MAGRI, 1992, p. 64

¹⁷ A. ZANINI, "*Adam Smith: economia, morale, diritto*", 1997, p. 121.

sociali mira a spiegare i fenomeni economici e sociali a partire dalle azioni degli individui¹⁸.

Secondo tale metodo, lo sviluppo delle teorie dell'equilibrio generale conduce ad una smentita dell'intuizione che è alla base di quella mano invisibile come metafora del funzionamento di mercati decentrati, cioè di numerosi agenti indipendenti che agiscono secondo il loro interesse. Gli approfondimenti delle intuizioni di Léon Walras, in particolare ad opera di Gerard Debreu e Kenneth Arrow, hanno permesso di mostrare le condizioni sotto le quali un equilibrio di mercato esiste e può essere raggiunto grazie a un processo per tentativi¹⁹, conducendo, tuttavia, ad un insuccesso.

Da un lato ciò avviene quando risulta che un sistema di prezzi sulla base di una serie di comportamenti individuali decentrati esiste solamente nella misura in cui tutta l'informazione sia centralizzata da un agente benevolo e che le transazioni fra gli agenti siano integralmente realizzate grazie alla sua intermediazione, formalizzando in questo modo un sistema centralizzato²⁰.

Dall'altro lato deve essere rilevata la particolarità delle condizioni che darebbero origine ad un equilibrio di mercato, le quali si verificano nel caso in cui tutti i beni siano sostituibili e/o che i mercati siano poco interdipendenti tra loro²¹. È, tuttavia, evidente che tali condizioni difficilmente potranno trovare soddisfazione nelle economie realmente esistenti.

In definitiva, l'utilizzo del principio d'individualismo metodologico non perviene a spiegare la creazione e la permanenza nella storia delle società fondate sul capitalismo.

Tale insuccesso può essere spiegato poichè l'*indivudalisimo* cerca di fornire delle spiegazioni ai fenomeni sociali basando la propria indagine sui soli comportamenti individuali e non tenendo conto del ruolo che, all'interno delle dinamiche sociali rivestono alcune entità sovraordinate: le istituzioni.

¹⁸ R. BOYER, "Fordismo e Postfordismo" op. cit. p. 14

¹⁹ J. K. ARROW, G. DEBREU, "The existence of an Equilibrium for a competitive Economy", *Econometrica*, XXII, 1954, pp. 265 – 290.

²⁰ J. K. ARROW, G. DEBREU, *ivi*, p. 275.

²¹ J. K. ARROW, G. DEBREU, *ivi*, p. 275.

Tale carenza rileva, a sua volta, l'importanza delle *istituzioni* che, da un punto di vista logico, sono necessarie all'esistenza di un'economia di mercato, *a fortiori* capitalista²².

Nel suo libro "manifesto" della Scuola, Michel Aglietta definisce le istituzioni "*à la fois les produits du conflit social et en normalisent les termes*"²³, pertanto esse rappresentano la quintessenza del concetto di regolazione, poiché, pur nascendo dal disordine, dal conflitto, si trasformano nelle regole che gli uomini si sono dati per disciplinare i rapporti tra di loro. Dalla tipizzazione (per utilizzare un termine che evoca il diritto dei contratti, e che pertanto riconduce al tema delle regole e degli accordi tutelati dalla legge), delle istituzioni e dei compromessi istituzionali prendono vita le forme istituzionali, cioè le codifiche di uno o più rapporti sociali fondamentali. Si distinguono cinque forme istituzionali, secondo la nota definizione fornita da Boyer²⁴: 1) Forma e regime monetari, che rappresentano la modalità che riveste per un paese, in una determinata epoca, il rapporto sociale che istituisce i soggetti mercantili. La moneta non è una merce particolare, ma una forma di messa in rapporto dei centri di accumulazione, dei lavoratori salariati e degli altri soggetti presenti sul mercato. Si definisce regime monetario la configurazione corrispondente che permette di adeguare deficit ed eccedenze. 2) Forma del rapporto salariale, cioè la configurazione del rapporto capitale/lavoro, composta dalle relazioni tra l'organizzazione di lavoro, il modo di vita e le modalità di riproduzione dei lavoratori salariati. In termini analitici, cinque componenti intervengono per caratterizzare le configurazioni storiche del rapporto capitale/lavoro: il tipo di mezzi di produzione; la forma della divisione sociale e tecnica del lavoro; la modalità di mobilitazione e di attaccamento dei lavoratori salariati all'impresa; le determinanti del reddito salariale, diretto o indiretto e infine, il modo di vita dei lavoratori, più o meno legata all'acquisizione di merci o all'utilizzo di servizi collettivi fuori dal mercato. 3) Forme concorrenziali, le quali indicano come si

²² R. BOYER, " *Fordismo e Postfordismo*", op. cit., p. 14

²³ M. AGLIETTA, " *Regulation et crise du capitalisme*", in pref. op. cit. p.VII

²⁴ R. BOYER, " *Les institutions dans la théorie de la régulation*", Cahiers d'économie politique, 2003/1, n. 44, p. 81 e ss.

organizzano le relazioni tra un insieme di centri d'accumulazione frazionati, le cui decisioni sono a priori indipendenti le une dalle altre. Si distinguono i seguenti casi: meccanismo concorrenziale, se è il confronto *ex post* sul mercato che definisce la validità o meno delle attività private. Monopolismo, se prevalgono alcune regole di socializzazione *ex ante* alla produzione, attraverso una domanda sociale di un ammontare e di una composizione sostanzialmente equivalenti. 4) Forma di adesione al regime internazionale, che determina il congiungimento delle regole che organizzano le relazioni tra stato – nazione e il resto del mondo, tanto in materia di scambio di merci quanto di localizzazione delle produzioni, attraverso l'investimento diretto o il finanziamento dei flussi e dei saldi con l'estero, o ancora in materia di immigrazione. 5) Forma dello stato, ovvero sia l'insieme di compromessi istituzionalizzati, che, una volta realizzati, creano delle regole e delle regolarità nell'evoluzione delle spese e delle entrate pubbliche.

Come spiegato in termini estremamente chiari da R. Boyer, la ricerca regolazionista spiega perchè capitalismo e società capitalista necessitano di essere ordinati tramite l'applicazione di un *modo di regolazione*, che finalmente è definibile come l'interazione delle forme istituzionali tra loro connesse e coordinate, cosicchè possano dare origine ad un'evoluzione d'insieme: un sistema²⁵, cioè un'entità regolata e regolare. In altre parole un modo di regolazione rappresenta, da un lato, l'insieme delle procedure e dei comportamenti individuali e collettivi che abbiano la proprietà di riprodurre i rapporti sociali fondamentali attraverso la congiunzione delle forme istituzionali storicamente determinate; dall'altro, esso dovrà sostenere e dare un indirizzo al regime di accumulazione in vigore, assicurando che le decisioni prese al suo interno (e cioè di concerto tra le cinque forme istituzionali) siano coerenti e compatibili con il sistema creato dalle regolarità preesistenti²⁶.

In questi termini il pregio della ricerca portata avanti dall'*Ecole* è quello di dimostrare che l'attuale società capitalistica è il frutto di scelte e interazioni che

²⁵ R. BOYER "Fordismo e Postfordismo", op. cit. p.

²⁶ M. A. TOSCANO, " Homo instabilis. Sociologia della precarietà", op. cit. p. 165.

avvengono al fine di creare e mantenere delle regolarità, poichè il fine ultimo è rappresentato dall'accumulazione di capitale.

Da questa prima definizione di Regolazione, benchè limitata all'ambito economico, è possibile definire alcuni elementi base, come le regolarità, l'accumulazione, la necessità di istituzioni, elementi che insieme ad altri che verranno presi in considerazione nel corso di questo lavoro, contribuiscono a enucleare il concetto generale di Regolazione.

Inoltre, la riflessione operata dall'*École de la Regulation* presenta un secondo spunto estremamente interessante e che si riflette nelle possibili impostazioni regolatorie delle materie ad elevato impatto sociale, tra cui trova spazio anche il diritto del lavoro. Ci si riferisce in particolare all'intuizione che spinse inizialmente i ricercatori regolazionisti a trovare la causa delle rotture delle regolarità del sistema fordista. L'*École*, come visto, identifica e "codifica" le cause di tali interruzioni che, a loro volta, determinano un abbassamento delle positività economiche del mercato.

Da ciò nasce la consapevolezza che il mercato, in un sistema economico moderno, non rappresenta un'istituzione stabile e di conseguenza lo Stato dovrà intervenire nella regolazione e nella sorveglianza di alcune materie come sanità, servizi pubblici o energia²⁷ ma anche diritto del lavoro.

2.1 - Segue. Ricerca regolazionista e Lavoro.

Definito questo "istinto riproduttivo regolato" che, secondo il pensiero sviluppato dall'*École de la Regulation*, soggiace alla base del capitalismo, appare chiara l'antitesi con la visione marxista, la quale, come visto, considerava autodistruttivo il sistema capitalista laddove prevedeva la consumazione della forza lavoro e l'espulsione del salariato al momento della ripartizione delle ricchezze prodotte²⁸. Diventa, così, facile rispondere alla domanda che ci si era

²⁷ Questa è in particolare l'impostazione di M. A. Frison Roche che sarà meglio esposta alla fine della seconda parte di questo capitolo.

²⁸ K. MARX, "*Il capitale*", op. cit. p. 224.

posti in precedenza a proposito del pericolo che la pressione nascente tra opposti interessi sociali rischi di portare al disordine. Alla luce di quanto detto sopra, sarebbe quantomeno contraddittorio affermare che il sistema capitalista determini scientemente la distruzione della forza lavoro provocando così una distorsione produttiva e sociale che ne determinerebbe il crollo. Questo è il punto centrale che caratterizza la Teoria della Regolazione dal confronto con Marx: se questi insiste sull'aspetto conflittuale del rapporto salariale, dandogli il carattere di una lotta di classe irriducibile, il cui punto di arrivo è la scomparsa del capitalismo stesso, l'approccio regolazionista considera questa contraddizione superabile attraverso una trasformazione in cui il dinamismo del capitale migliora anche le condizioni di vita del salariato e sviluppa una *società salariale*²⁹. Il concetto di "*società salariale*" consiste nel caratterizzare, come punto cruciale della dinamica del capitalismo occidentale, la trasformazione del lavoratore subordinato, da mera forza lavoro a forza di progresso attraverso la sua assimilazione e integrazione all'interno dei meccanismi di accumulazione. L'emergere di tale modalità d'integrazione determina una ridefinizione teorica dell'approccio marxiano grazie alla quale la posizione del lavoratore assume un ruolo opposto rispetto a quello prospettato da Marx.

Vi è da dire, tuttavia, che il periodo storico in cui visse e scrisse Marx e la tipologia di regolazione adottata nel XIX secolo apparivano assai diversi a quelli in cui si sviluppa il pensiero regolazionista. Infatti, a partire dal XIX secolo il centro dell'economia diventa l'industria manifatturiera, scandita dal susseguirsi di fasi di prosperità e depressione, dove vi è un debole grado di concentrazione del capitale, ciò che determina una forte concorrenza nel campo dei prezzi. D'altronde, i lavoratori salariati sono essi stessi sottomessi alle fluttuazioni che subisce il processo di accumulazione e in ogni caso non hanno alcuna possibilità di influenzare il valore del salario nominale, non esistendo ancora un'organizzazione collettiva stabile e capace di incidere sulle scelte prese dagli attori istituzionali. Pertanto, non essendovi condizionamenti che determinino

²⁹ M. AGLIETTA, trad. it. della "*Postface*" in "*Regulation et crises du capitalisme*", 2000, Milano, p 17.

“effetti a catena”, salario nominale, prezzi industriali e con giuntura industriale variano in armonia.

La situazione muta di molto nel periodo a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta del XX secolo, in cui si stabilisce quel tipo di assetto che la teoria regolazionista ha definito *regolazione monopolista e amministrata*³⁰. Il rapporto salariale è ora radicalmente trasformato dall'indicizzazione del salario nominale sui prezzi e da quelli che all'epoca erano chiamati i dividendi del progresso, cioè la crescita attesa della produttività di cui veniva resa partecipe anche la forza lavoro. Nel contempo, entrano nel modo di vita del lavoratore subordinato degli elementi collettivi, quali ad esempio istruzione, sanità e alloggio, che nel loro complesso danno vita a sistemi generali di copertura sociale tra loro diversi, a seconda che siano i contributi sociali a carico del datore di lavoro ad alimentare la copertura sociale dei dipendenti o che tali spese siano, viceversa, addossate alla fiscalità generale.

In precedenza si è accennato al fatto che proprio il lavoro, definito come il *rapporto salariale*, viene ricondotto dalla teoria della regolazione al ruolo di forma istituzionale.

Il rapporto salariale, come si è detto, indica il rapporto dinamico tra capitale e lavoro, ciò che è possibile laddove il lavoro, da un punto di vista socio economico, venga distinto dalle altre merci, non essendo esso stesso una merce. La distinzione tra lavoro e merci risale alle origini dell'economia politica, in primo luogo, come affermato dalla scuola classica, poiché esso riguarda l'attività della produzione e quindi non se ne può trattare in un'economia di puro scambio; Karl Marx, non si discosta da tale impostazione logica fondando la propria teoria del valore sulla distinzione fra lavoro e forza lavoro: il primo è uno strumento di cui si serve il capitalista nella fase produzione, la seconda è l'oggetto di uno scambio la cui ragione dev'essere ricercata in funzione del suo valore di riproduzione. A sua volta, lo scarto esistente tra il valore delle merci create dal

³⁰ R. BOYER, "Fordismo e Postfordismo". op. cit., p. 58.

lavoro ed il valore della forza lavoro, crea il plusvalore, da cui ha origine il profitto del capitalista³¹.

Le più recenti teorie di mercato del lavoro hanno introdotto una doppia componente nel rapporto di lavoro che lega le parti attrici di tale rapporto, spiegando, da un lato, la relazione che si genera tra dimensione individuale e collettiva, dall'altro le evoluzioni determinate da questo dinamismo sul piano sociale³².

In un primo tempo, i dipendenti vengono assunti mediante un salario, vale a dire una remunerazione affrancata dal rischio proprio dell'imprenditore. Il luogo in cui avviene questo scambio è ciò che si è convenuto chiamare "mercato del lavoro", ma l'operazione non si ferma a questo stadio elementare, poiché, come detto, il lavoro non è assolutamente una merce come le altre. In un secondo momento, infatti, i dipendenti si subordinano al potere del datore di lavoro al fine di eseguire le mansioni ai quali sono stati assegnati a seguito dell'iniziativa di questi. È da questa relazione di subordinazione che ha origine il conflitto nel cuore della produzione: lavoratori e imprenditori hanno degli interessi che si contraddicono, in particolare per ciò che riguarda l'intensità e la qualità del lavoro. I primi hanno interesse a minimizzare i loro sforzi per un certo salario dato, i secondi, viceversa, a massimizzarlo. Appare chiaro che un simile conflitto non può essere regolato dalla sola concorrenza che si crea sul mercato del lavoro³³.

La storia sociale mostra e la teoria conferma che questo conflitto proprio del lavoro richiede una grande varietà di dispositivi giuridici, organizzativi e istituzionali che permettano di regolarlo, quantomeno in modo transitorio.

³¹ K. MARX "*Il capitale*", op. cit.

³² Ci si riferisce alle teorie riconducibili a Karl Polanyi, secondo il quale la forza lavoro è una merce fittizia, ha un irriducibile fondamento antropologico, ha una grande rilevanza sociale e culturale e non viene prodotta, scambiata e usata come le altre merci. cfr K. POLANY, "*The Great Transformation*", 1944. Sul punto si veda anche R. BOYER, "*Fordismo e Postfordismo*", p. 24 e ss.

³³ K. POLANY, "*The Great Transformation*", op. cit.

Intervengono in effetti le norme di sforzo³⁴, i dispositivi di controllo, quali i cartellini marcatempo, le remunerazioni ad incentivo, dai salari a cottimo, alle partecipazioni ai profitti come le *stock options*, ma anche negoziazioni collettive che tendono a canalizzare i conflitti di lavoro grazie ad accordi che disciplinano in maniera certa il contenuto del contratto di lavoro. Quest'ultimo precisa allora le condizioni dell'assunzione e dello svolgimento del rapporto di lavoro, operando, in ogni caso, un rinvio implicito alle garanzie riconosciute a livello collettivo.

Questi dispositivi di controllo e di incentivo al lavoro diventano così determinanti nelle economie contemporanee che la componente mercantile del lavoro ne risulta fortemente influenzata. Ad esempio, l'impresa può avere interesse a fissare un salario superiore a quello di mercato, se ciò consente di ridurre i costi grazie ad uno sforzo più intenso dei dipendenti. Da ciò discende che il mercato del lavoro non si equilibra più tramite il prezzo, ma attraverso il razionamento: ora disoccupazione, ora penuria di manodopera, ma raramente, se non mai, formazione del salario a partire dal confronto fra domanda e offerta walrasiane³⁵.

Quindi la specificità stessa del lavoro conduce al concetto di relazione salariale che descrive le modalità secondo le quali ciascuna impresa gestisce le sue componenti, che sono l'organizzazione del lavoro, la sua durata, il salario, le prospettive di carriera, i vantaggi sociali e gli altri elementi di salario del lavoratore subordinato. Tuttavia questi stessi dispositivi non possono essere presi in considerazione nella loro dimensione individuale, della singola impresa che li pone in essere, essi, infatti, s'iscrivono all'interno del sistema giuridico e istituzionale che precisa i diritti dei lavoratori salariati, le prerogative degli imprenditori e le modalità di risoluzione dei loro conflitti.

³⁴ H. LEIBENSTEIN, "*Beyond Economic Man: A new Foundation in Microeconomics*", Cambridge, 1976, p. 50

³⁵ R. BOYER, "*Le lien salaire/emploi dans la théorie de la régulation. Autant de relations que de configurations institutionnelles*", *Cahiers d'économie politique*, n. 34, Paris, 1999, pp. 101 ss.

2. Un approccio regolazionista alla regolazione del mercato del lavoro.

Definiti i concetti di Regolazione, quello di *modo di regolazione* al suo interno e finalmente la posizione Regolazionista in rapporto all'istituzione "lavoro", è ora interessante procedere a un'analisi in merito all'utilizzo dei principi regolazionisti per comprendere concretamente che cosa determina il modello di regolazione del lavoro.

Tutti i Paesi adottano sistemi articolati di leggi e istituzioni volti a proteggere gli interessi dei lavoratori e a garantire standard di vita minimi per la propria popolazione. In Italia, come negli altri Stati dell'Unione Europea, tali diritti sono presidiati dal diritto del lavoro che a sua volta comprende anche diritto delle relazioni industriali e il diritto della previdenza sociale. Il primo regola le tipologie dei contratti di lavoro individuali; il secondo disciplina le relazioni tra sindacati dei lavoratori e le associazioni in rappresentanza dei datori di lavoro nella loro attività di negoziazione e l'applicazione dei contratti collettivi; il terzo infine regolamenta la risposta della collettività ai bisogni derivanti da vecchiaia, disoccupazione o malattia o da circostanze quali ad esempio invalidità o morte.

Le politiche generali del diritto del lavoro saranno di seguito analizzate secondo le tre principali teorie che spiegano le scelte istituzionali: quella c.d. dell'efficienza, quella c.d. del potere politico e quella c.d. del sistema legale³⁶.

Secondo la teoria dell'efficienza l'organizzazione delle istituzioni è decisa in modo da rispondere in maniera più efficiente alle esigenze della società. In tal senso, ogni società configura una struttura di controllo del sistema produttivo che, al suo interno, contempera in maniera ottimale le attività del mercato, risoluzione giuridica delle controversie, intervento dello Stato, tasse e sussidi correttivi³⁷.

³⁶ J. BOTERO, S. DJANKOV, R. LA PORTA, " *The Regulation of Labor*", in NBER Working Paper Series, *Working Paper 9756*, 1995, p. 2.

³⁷ S. DJANKOV, E. GLAESER, R. LA PORTA, " *The New Comparative Economics*", in *Journal of Comparative Economics* 31, 2003, pp. 595-619. In particolare, per un riepilogo sulla teoria dell'efficienza cfr. D. NORTH, " *Growth and Structural Change*" in *Economic History*, 1981.

Secondo la teoria del potere politico, invece, le forme istituzionali sono stabilite da chi detiene il potere a proprio vantaggio e a scapito degli oppositori. Sia i meccanismi di voto, sia l'azione dei gruppi di interesse permettono a chi vince di godere di alcuni benefici a spese di chi perde, con controlli e meccanismi di contrappeso nell'azione di governo che limitano la facoltà di redistribuzione³⁸.

Secondo la teoria del sistema legale, infine, l'approccio di un Paese all'attività di regolamentazione dipende dalla sua propria tradizione legale. La maggior parte degli Stati ha ereditato la struttura legale fondamentale dai propri colonizzatori, che possono essere stati ad esempio inglesi, francesi, tedeschi, portoghesi o spagnoli, o dai propri conquistatori, ad esempio da Napoleone o dai russi. Le leggi degli Stati dominanti appartengono a diverse tradizioni legali, che hanno profondamente influenzato la struttura normativa dei Paesi controllati³⁹.

Ora, quale che sia l'organizzazione istituzionale prescelta, i governi decidono sempre di intervenire nella regolazione del mercato del lavoro. Ciò avviene perchè la storia e l'esperienza insegnano che i mercati del lavoro completamente liberi sono imperfetti: i datori di lavoro si impossesserebbero delle rendite a discapito dei lavoratori, generando inefficienza e instabilità⁴⁰.

In un mercato del lavoro deregolamentato nelle tutele a favore dei lavoratori, I datori di lavoro, ad esempio, sarebbero liberi di discriminare le categorie di lavoratori svantaggiate, retribuendo meno i dipendenti poco mobili e investendo soprattutto in capitale specifico dell'impresa⁴¹. Al contempo essi potrebbero licenziare i lavoratori, che dovrebbero così ricorrere ai sussidi pubblici⁴² e infine

³⁸ Per un'attenta riflessione sul tema cfr. A. LOMBARDO, *"Teoria del potere politico: Mosca e Pareto"*, 1976.

³⁹ R. LA PORTA, *"Legal Determinants of External Finance"*, in *Journal of Finance* 52, 1997, p. 1131.

⁴⁰ J. BOTERO, S. DJANKOV, R. LA PORTA, *"The Regulation of Labor"*, op. cit. p. 3.

⁴¹ Si ha un investimento in capitale specifico quando un'impresa trasmette al lavoratore conoscenze e abilità che egli non potrà successivamente spendere sul mercato, nemmeno nello stesso settore produttivo; questo garantisce al datore un potere aggiuntivo nei confronti del dipendente, il quale vede notevolmente ridotta la propria possibilità di mettere a frutto il proprio bagaglio di conoscenze presso altre aziende e vede, conseguentemente, ridotta la propria forza contrattuale nei confronti del datore di lavoro attuale. Un fenomeno analogo si verifica quando l'investimento in capitale specifico genera una situazione di dipendenza economica dell'impresa fornitrice nei confronti della committente, cfr. J. BOTERO, S. DJANKOV, R. LA PORTA, *"The Regulation of Labor"*, op. cit. p. 9.

⁴² La necessità di erogazione di trattamenti di disoccupazione a carico dell'erario costituisce un'esternalità negativa del licenziamento, che può essere considerata tra le giustificazioni dell'intervento

potrebbero costringerli a lavorare più di quanto essi vorrebbero sotto la minaccia del licenziamento.

E' evidente che un sistema simile, in termini di mera analisi politico-economica, condurrebbe ad un'elevata inefficienza ed è per tale motivo che quasi tutti i Paesi intervengono in questo rapporto per proteggere il prestatore⁴³.

La regolazione a tutela dei dipendenti si realizza in quattro diverse direzioni. Innanzitutto, si definiscono condizioni minime di lavoro vigilando sull'adeguatezza delle retribuzioni e garantendo tutela contro le discriminazioni e proteggendo le categorie di lavoratori maggiormente svantaggiate. In secondo luogo si regolano i rapporti di lavoro individuali, ad esempio intervenendo nella limitazione di applicazione delle tipologie contrattuali troppo svantaggiose per il lavoratore o aumentando i costi legati al licenziamento e per gli straordinari.

Per controbilanciare la forza dei datori rispetto ai prestatori, in terzo luogo, si attribuisce ai sindacati la facoltà di rappresentare collettivamente i lavoratori e al contempo si protegge vigila sul rispetto degli accordi sottoscritti in sede di negoziazione con le associazioni di controparte.

Infine, gli Stati stessi assicurano i lavoratori contro i rischi di disoccupazione, vecchiaia, invalidità, malattia e morte⁴⁴.

Tornando ora alle succitate teorie che spiegano le scelte istituzionali, in ambito lavoristico la teoria dell'efficienza suggerisce quindi, in termini generali, che gli Stati scelgano una determinata combinazione di interventi nel mercato del lavoro per massimizzare il benessere sociale. La modalità tipica di raggiungere questo obiettivo è la correzione delle disfunzioni del mercato del lavoro.

Naturalmente la scelta degli interventi pubblici in tal senso sarà tesa ad identificare un'insieme di misure che, in ragione del loro risultato, siano il più possibile economiche ed equidistanti dalle istanze delle diverse parti sociali⁴⁵.

dell'ordinamento per la disciplina inderogabile della facoltà di recesso del datore di lavoro, cfr. J. BOTERO, S. DJANKOV, R. LA PORTA, " *The Regulation of Labor*", op. cit. p. 10.

⁴³ Il discorso relativo alle tutele dei prestatori di lavoro non vale per tutti i Paesi. Come si vedrà più approfonditamente nel terzo capitolo di questo lavoro, talvolta capita che alcuni paesi preferiscano tutelare la competitività e massimizzare i profitti del settore industriale a discapito delle condizioni di lavoro dei lavoratori.

⁴⁴ Nel quarto capitolo saranno più approfonditamente analizzate le differenze che sul tema differenziano, ad esempio, i paesi membri dell'Unione Europea.

Di per sé la teoria dell'efficienza è troppo ampia e per avere implicazioni forti in materia di regolamentazione e relativi effetti; per questo è anche difficile respingerla completamente. In questo quadro, infatti, se l'intervento pubblico nel mercato del lavoro a tutela dei prestatori dovesse ottemperare in pieno all'indirizzo della teoria dell'efficienza, esso dovrebbe essere pareto-efficiente, allora non dovrebbe avere rilevanti conseguenze negative per nessuna delle parti del rapporto.

Secondo le teorie del potere politico le istituzioni sono costruite così da trasferire risorse da chi è escluso dal potere a chi lo detiene e per far rimanere in carica chi governa. Relativamente al mercato del lavoro, applicando tale teoria la regolamentazione, per esempio, sarà più protettiva nei confronti dei lavoratori con governi progressisti. Questo tipo di azione regolatoria, allora, può riportare all'efficienza nel mercato del lavoro laddove il sistema sia tale per cui i datori possano adottare misure di sfruttamento dei lavoratori, ma la potrebbero diminuire se i provvedimenti sfociano nell'espropriazione del capitale.

In tal senso è opportuno fare una precisazione: esistono infatti due filoni della teoria del potere politico. Secondo il primo la modalità principale di decisione è rappresentato dalle elezioni, cosicché i partiti che vincono determinano l'orientamento delle scelte politiche. Il secondo, applicabile sia a forme di governo democratiche, sia dittatoriali, ritiene che le leggi sono condizionate dalle pressioni dei gruppi di interesse (le *lobbies*)⁴⁶.

Attraverso l'utilizzo delle teorie del potere politico risulta piuttosto agevole argomentare le diverse scelte in tema di regolazione del mercato del lavoro.

Adottando il metodo del filone che evidenzia il ruolo delle elezioni, si può sostenere che le norme a tutela dei lavoratori, sono introdotte da governi genericamente progressisti, i quali agiscono in modo tale da assicurare benefici al proprio elettorato⁴⁷.

⁴⁵ E. GLAESER, A. SHLEIFER, "The Rise of the Regulatory State", in *Journal of Economic Literature*, 41, 2003, p. 415.

⁴⁶ V. SHIVA, "Earth democracy", 2005, p. 13, dove in particolare si fa riferimento al concetto di dittatura economica da parte delle multinazionali.

⁴⁷ In generale sull'argomento cfr. A. HICKS, "Social Democracy and Welfare Capitalism", 1999.

Adottando, invece, l'interpretazione che propende per l'importanza dell'azione dei gruppi di interesse, si potrebbe affermare che la disciplina lavoristica risponde alle pressioni delle associazioni di categoria (delle imprese) e dovrebbe essere dunque più marcata quando queste sono più potenti, indipendentemente dal governo in carica.

La teoria del sistema legale, come detto, evidenzia come fin dal XII secolo siano emerse nell'Europa occidentale due impostazioni legali molto diverse tra loro, *civil law* e *common law*, e come questi due approcci siano stati diffusi nel mondo attraverso conquiste e colonizzazioni.

In termini generali gli approcci di *common law* e *civil law* utilizzano diverse strategie per risolvere le *market failures*: il primo propende ad affidarsi agli strumenti del contratto e della controversia privata, il secondo, invece, tende a privilegiare la regolazione diretta dello Stato sui mercati⁴⁸.

Da un punto di vista strettamente legato alla disciplina del mercato del lavoro, la teoria del sistema legale dev'essere messa in relazione a criteri di efficienza. Un esempio potrà aiutare: si pensi ad un Paese che erediti le basi del proprio ordinamento dai suoi conquistatori o colonizzatori. Laddove questo Paese decidesse di disciplinare il proprio mercato del lavoro utilizzando gli schemi derivati dal paese "ospite", sicuramente esso andrebbe incontro a costi marginali minori rispetto alla decisione di iniziare da zero tale operazione regolativa.

Disciplinare una materia ricorrendo ad un sistema normativo già esistente altrove può dunque rappresentare una scelta efficiente: in questo modo l'interdipendenza tra ordinamenti e stili regolatori può determinare scelte di politico-economiche efficienti.

E' infine importante sottolineare che secondo la teoria del sistema legale, la regolazione del mercato del lavoro dovrebbe essere coerente con il modello generale di controllo sociale su cui si fonda l'ordinamento di un determinato Paese nel suo complesso.

⁴⁸ J. BOTERO, S. DJANKOV, R. LA PORTA, " *The Regulation of Labor*", op. cit. p. 13.

Questo suggerisce che i Paesi a tradizione di *civil law* dovrebbero intervenire in modo più incisivo nel mercato del lavoro rispetto agli Stati di tradizione di *common law*, che lascerebbero invece più spazio alla libertà contrattuale⁴⁹.

PARTE SECONDA

LA REGOLAZIONE NELLA DOTTRINA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. La "*Regulation*" e il concetto di Regolazione giuridica. - 2. Le autorità indipendenti in Italia. - 3. L'attività di *moral suasion* delle autorità indipendenti. - 3.1. L'Istituto di Vigilanza per le Assicurazioni Private. - 3.2. La Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione. - 3.3. Il Garante per la *Privacy*. - 3.4. La Banca di Italia. - 3.5. L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. - 3.6. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. - 4. Il procedimento di adozione degli atti di *soft law* delle Autorità Indipendenti in Italia. - 4.1. Il modello seguito da I.S.V.A.P. e C.O.V.I.P. - 4.2. Il modello seguito dal Garante per la *Privacy*. - 4.3. Il modello da Banca di Italia, C.O.N.S.O.B. e I.V.C.P. - 5. *Regulation* e Regolamentazione: una lettura d'insieme.

1. La "*Regulation*" e il concetto di Regolazione giuridica.

Come si è detto nelle prime pagine di questo lavoro, il principale elemento dell'interesse della ricerca regolazionista della scuola francese è rappresentato dalle condizioni che garantiscono ad un sistema il funzionamento e la capacità di perdurare nel tempo.

⁴⁹ S. DEAKIN, "*The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution*", in Working Paper 203 of ESRC Centre for Business Research, 2001, p. 34.

In particolare, la Teoria della Regolazione si ripropone di definire i meccanismi che stabiliscano e mantengano, in relazione ad un determinato settore, degli equilibri a lungo termine.

Se all'inizio della propria attività di ricerca l'*École de la Regulation* aveva concentrato i propri sforzi studiando le condizioni che avevano garantito la durata di un sistema quale il sistema capitilastico del secondo dopo guerra, in termini generali il modello di approccio regolazionista può essere utilizzato per lo studio di altri sistemi.

In tal senso, ecco che il metodo regolazionista fornisce un lucido strumento di analisi per comprendere quale possa essere l'organizzazione più strategica di un sistema macroeconomico moderno. Un sistema bilanciato tra principio della concorrenza e altri principi come la previdenza sociale, l'accesso ai beni essenziali, lo stimolo (statale) all'innovazione, la tutela del risparmio o la tutela delle libertà fondamentali.

In particolare tali istanze si ritrovano all'interno di ambiti affatto diversi tra loro ma accomunati dal fatto di fornire servizi essenziali alla comunità: l'energia, la sanità, l'ambiente, i trasporti, le telecomunicazioni solo per citarne alcuni.

La regolazione (che in questo passaggio cessa di essere una semplice teoria economica e si trasforma in dottrina politica) prende in carico delle funzioni che la libera concorrenza non è in grado di addossarsi, come la prevenzione del rischio dei *defaults*. In tal senso, naturalmente, ogni sistema economico, finanziario e tecnico è interessato (se non addirittura governato) dal principio regolazionista, ma soprattutto ognuno di essi riceve protezione da parte delle politiche regolazioniste. Esse infatti tendono a mettere in equilibrio la potenza della forza concorrenziale e la necessità di preservare le libertà e la vita privata.

Le considerazioni riportate nei precedenti paragrafi, unitamente alla definizione di Regolazione, si riferiscono ad un concetto nato all'interno di un contesto di studi macroeconomici. In quel contesto si è visto come l'attività legislativa, compresa all'interno dell'istituzione forma di Stato, venga valorizzata quale mezzo che consente di giungere alla codifica dei rapporti sociali fondamentali.

Le dottrine regolazioniste economiche non dicono nulla sull'aspetto tecnico del dettato normativo. In particolare esse non si soffermano sulle modalità di produzione delle norme, né sulla loro natura intrinseca, né, tanto meno, sui diversi centri di imputazione del potere normativo, ulteriori rispetto allo Stato-legislatore.

In tal senso esiste un'accezione giuridica di Teoria della Regolazione⁵⁰, di matrice anglosassone-statunitense, che si è concentrata proprio sulle modalità di esercizio della funzione di regolazione⁵¹ da parte dei pubblici poteri.

La Regolamentazione, così introdotta, consiste in interventi amministrativi volti a definire e controllare l'operare degli agenti economici in un certo settore.

Il modello più noto per lo svolgimento delle funzioni regolatorie è quello delle autorità amministrative indipendenti⁵², dapprima introdotte nel sistema giuridico-istituzionale statunitense alla fine del XIX secolo e, in seguito, diffuse in Europa nel corso del XX⁵³.

Le *independent regulatory agencies* hanno svolto, fin dal principio, il ruolo di garanti degli interessi pubblici e privati in relazione ai settori affidati alla loro attività di controllo e disciplina. Tale ruolo si svolge, certamente, attraverso l'adozione di misure singolari nell'esercizio di funzioni di *adjudication*, come nel caso dei provvedimenti che tutelano il libero esercizio della concorrenza. Tuttavia la tipica funzione regolatrice si distingue in seguito alla possibilità di disporre riguardo ad interessi, attraverso l'adozione di misure di natura generale (ad esempio nell'esercizio delle funzioni di *rulemaking*), come nel caso di

⁵⁰ R. BOYER nel suo *Fordismo e Postfordismo*, op. cit. p. 6, definisce come "regolamentazione" l'attività posta in essere dalle agenzie indipendenti, riferendosi alla produzione regolamentare che compete loro.

⁵¹ La nozione di regolazione qui utilizzata è la nozione ampia di cui fa uso l'Ocse nei suoi documenti e che comprende "*the diverse set of instruments by wich governments set requirements in enterprises and citizens*" (Ocse, *Report on Regulatory Reform*, Parigi, 1997). Sul punto v. M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 172. V. anche A. LA SPINA- G. MAJONE, "Lo Stato regolatore", 2000, p. 23 ss. dove si trova una ampia ricostruzione della nozione di regolazione nelle teorie economiche e nella scienza politica.

⁵² A tale proposito v. A. LA SPINA-G. MAJONE, "Lo Stato regolatore", op. cit., pag. 61

⁵³ Per una ricostruzione storica v. M. D'ALBERTI, voce "Autorità indipendenti" (dir. amm.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1995.

regolamenti emanati dalle autorità per la vigilanza sui mercati mobiliari o sulle assicurazioni, diretti agli operatori di settore⁵⁴.

Giacché la funzione di regolazione ha trovato spazio, prevalentemente, nella forma organizzativa dell'autorità indipendente, il dibattito circa l'individuazione di possibili modelli di composizione e articolazione delle funzioni regolatorie in capo ad amministrazioni tradizionali - cioè prive del requisito dell'indipendenza e facenti parte della struttura governativa dell'esecutivo - è stato del tutto marginale⁵⁵.

Tuttavia, non molti anni addietro, alcuni interventi legislativi hanno redistribuito compiti regolativi tra autorità indipendenti e ministeri a vantaggio di questi ultimi, in contrasto con le indicazioni di direttive comunitarie che richiedevano, invece, espressamente l'indipendenza dei regolatori nazionali: è il caso, ad esempio, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, spogliata di importanti funzioni ora attribuite al Ministero delle comunicazioni⁵⁶.

Tornando a quanto accennato in apertura del presente paragrafo circa gli strumenti attraverso cui le autorità indipendenti, tradizionalmente, esplicitano il loro ruolo regolatorio, esse pongono in essere delle misure che differiscono tra loro a seconda del diverso livello di vincolatività. In particolare, è opportuno precisare che le autorità non hanno compiti di amministrazione attiva, perché non sono titolari di interessi pubblici. Nell'esercizio delle loro funzioni non devono operare alcuna ponderazione comparativa tra interessi primari e interessi secondari, ma devono solo vigilare sul rispetto delle regole relative al proprio settore.

Questi organismi sono, invece, titolari di una funzione di controllo intesa in senso lato, cioè una sorta di controllo-regolazione che sostituisce il vecchio modello di controllo-direzione (svolto finora dai Ministeri) e di controllo-vigilanza (svolto dagli organi di polizia economica).

⁵⁴ M. DE BENETTO, *"L'organizzazione della funzione di regolazione"* in Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale, di AA.VV. 2005, p. 74.

⁵⁵ M. DE BENETTO, *"L'organizzazione della funzione di regolazione"*, op. cit., p. 75.

⁵⁶ N. RANGONE, voce *"Comunicazioni elettroniche"*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2005, n. 1, pp. 612 e ss e G. NAPOLITANO, *"Regole e mercati nei servizi pubblici"*, Bologna, 2005, p. 50.

In questa funzione di controllo - regolazione le autorità indipendenti emanano di frequente delle norme di indirizzo il cui contenuto precettivo non è identificabile in un *command* e dalle quali in caso di mancata osservanza non deriverà una sanzione afflittiva o coercitiva. Tali fenomeni di regolazione connotati dalla produzione di norme prive di efficacia vincolante diretta prendono il nome di *soft law*.

La tecnica normativa di *soft law*⁵⁷, molto diffusa nel contesto internazionale ed europeo, trova applicazione da molti anni anche in quello italiano. In particolare, a livello interno, tra gli atti di *soft regulation* adottati dalle pubbliche amministrazioni, spiccano i numerosi interventi di *moral suasion* o *dissuasion* di derivanti dalle Autorità amministrative indipendenti.

A mero titolo esemplificativo, basti pensare alle istruzioni della Banca d'Italia, alle comunicazioni della CONSOB, agli orientamenti interpretativi dell'ISVAP e della COVIP, alle risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali, alle determinazioni dell'AVCP.

Tali strumenti si distinguono a causa delle loro caratteristiche informali e si collocano, di conseguenza, al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate, dando origine a quelle che nel diritto anglosassone sono qualificate come *tertiary rules*⁵⁸.

Le cause che spingono un'autorità indipendente a porre in essere atti di *soft regulation* possono essere molteplici. In alcuni casi, tale scelta rappresenta semplicemente una scelta di natura semplificativa per colmare un deficit regolatorio o per anticipare un successivo atto vincolante; in altri, invece, l'Autorità preferisce non adottare un atto vincolante al fine di non irrigidire eccessivamente le regole del mercato di riferimento.

⁵⁷ Il termine *soft law* è comunemente utilizzato per contrassegnare una diversificata tipologia di atti e strumenti, il cui tratto comune è costituito dal carattere "non" vincolante delle regole che in essi vengono poste, benché ad essi vengano comunque riconosciuti effetti giuridici. Per una ricostruzione delle molteplici definizioni di *soft law*, si veda E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, pp. 20 ss.

⁵⁸ Si veda R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, 1995, pp. 80 ss. L'Autore utilizza tale espressione in contrapposizione con la *secondary legislation* che riunisce le fonti sublegislative che trovano nella legge un fondamento espresso. Le *tertiary rules* includono variamente regole procedurali, guide interpretative, istruzioni ai funzionari, ecc.

Questa tipologia di atti non è fonte di regole vincolanti per gli operatori economici. E', tuttavia, evidente che tali interventi non potranno considerarsi come del tutto privi di efficacia giuridica, contenendo pur sempre sollecitazioni che provengono da soggetti istituzionali dotati di autorità autorevoli e qualificata competenza.

Ciò nonostante, come si dirà anche nel successivo paragrafo, il sistema attraverso cui le autorità indipendenti nazionali esercitano il loro potere interpretativo e persuasivo è organizzato in modo asistematico e spesso non procedimentalizzato⁵⁹.

Le Autorità non sono tenute, infatti, a sottoporre ad analisi di impatto della regolazione⁶⁰ gli strumenti di *soft law*, né ad indicare preventivamente ai possibili destinatari gli obiettivi ed i vantaggi che si propongono di conseguire attraverso tali interventi di *moral suasion*, né tantomeno sono previsti sistemi di valutazione ex post della scelta effettuata.

Tuttavia, in alcuni casi, la decisione di valutare *ex ante* il potenziale impatto di tali atti persuasivi sul mercato o quantomeno quella di procedere ad una consultazione preventiva con i possibili destinatari potrebbe rivelarsi utile e vantaggiosa per la stessa Autorità. Ad esempio, la previsione di una fase di consultazione pubblica potrebbe consentire alle autorità indipendenti di migliorare gli interventi di *moral suasion* e *dissuasion* dalle stesse predisposti, così da rendere tali misure maggiormente rispondenti alle effettive esigenze del mercato e soprattutto più vantaggiosi per i destinatari.

⁵⁹ S. MORETTINI, "Il *soft law* nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?", Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, luglio 2011, P 4/2011.

⁶⁰ L'AIR è un insieme di attività che le amministrazioni statali devono realizzare in fase di predisposizione degli atti normativi al fine di verificare ex ante l'opportunità di un nuovo intervento normativo e valutarne i probabili effetti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni. La legge n. 246/2005 (articolo 14, commi da 1 a 11), ha modificato in modo rilevante il quadro normativo nazionale in materia di AIR, chiudendo la fase sperimentale (introdotta dall'articolo 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50), e stabilendo un'applicazione generalizzata dell'AIR – salvo i previsti casi di esclusione ed esenzione - a tutti gli schemi di atti normativi del Governo. La legge n. 246/2005, inoltre, con l'articolo 14 comma 4, introduce la verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR) che consiste nella "valutazione del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni".

Occorre considerare, inoltre, che per quanto l'adozione di uno strumento *soft law* abbia un impatto tendenzialmente minore rispetto ad un atto di *hard law*, almeno dal punto di vista dei complessi oneri che entrambi comportano per i destinatari, è nondimeno evidente che tale impatto vi sia e che anche l'adozione di un semplice atto di *soft law* determini pursempre un ulteriore incremento della complessità della regolazione.

D'altronde, l'importanza della partecipazione degli *stakeholders* alla procedura di adozione degli interventi di *soft regulation* trova ampia conferma nell'ordinamento europeo, dove circa un terzo delle analisi di impatto della regolazione realizzate dalla Commissione riguarda proprio iniziative non legislative (libri bianchi, piani d'azione, ecc.)⁶¹.

L'esigenza di introdurre garanzie procedurali anche con riferimento all'attività di *moral suasion*, quantomeno sotto forma di preventiva consultazione dei soggetti interessati, è stata da tempo avvertita e segnalata nel dibattito istituzionale e scientifico che in Italia ha interessato le autorità indipendenti⁶².

In assenza di forme di sindacato, in qualche modo raccordabili al circuito politico-parlamentare, assume, infatti, particolare rilevanza che anche l'elaborazione della *soft regulation* da parte delle Autorità indipendenti abbia luogo nel rispetto del principio del contraddittorio, della trasparenza, della motivazione e della pubblicità degli atti.

2. Le autorità indipendenti in Italia.

In Italia le autorità indipendenti sono aumentate via via nel corso degli anni, fino ad assumere un numero ad oggi piuttosto consistente. L'esempio più antico è quello della Banca d'Italia, istituita in base alla legge bancaria del 1936 e che acquisì e consolidò il ruolo di garante della stabilità della moneta e di buon funzionamento del sistema creditizio.

⁶¹ Si veda Commissione CEE *"Impact Assessment Board Report for 2010"*, Brussels, 24.01.2011, SEC (2011) 126 final.

⁶² Si veda il Documento conclusivo dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, svolta dalla I Commissione Affari costituzionali, Camera dei Deputati, 4 aprile 2000.

Nel 1974, fu la volta della Consob, la quale, com'è noto, nacque con il compito di vigilare sulle attività della borsa⁶³ e la sua funzione istituzionale ed i suoi poteri furono definitivamente rivisti ed incrementati con il t.u. della finanza del 1998⁶⁴.

Nel 1990 fu la volta dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'approvazione di una normativa *antitrust* che ricalca la disciplina di matrice comunitaria⁶⁵.

Tale autorità, per la particolare natura autonoma di cui era dotata per le sue caratteristiche di composizione e per le peculiarità relative ai poteri che le erano attribuiti, colpì subito gli osservatori che ne rilevarono la singolarità rispetto alle amministrazioni pubbliche tradizionali⁶⁶.

Più in generale l'istituzione dell'Autorità antitrust ha costituito il segnale di un nuovo approccio all'intervento pubblico all'intervento. Per molti anni, infatti, in Italia, come anche in Francia o in Spagna, è stata molto forte la visione interventista del ruolo dello Stato del settore pubblico nell'economia⁶⁷.

Tuttavia, secondo i noti principi del diritto comunitario, le imprese pubbliche e private devono operare in posizione di parità, senza che lo Stato possa sostenere le une o le altre. Anche per tale motivo, dunque, l'Autorità antitrust è apparsa incarnare un'altra visione che assegna al mercato e alla concorrenza un ruolo centrale e all'autorità statale il ruolo di controllore, non quello di attore.

Si stava così affermando l'idea di quello che è stato definito come lo Stato regolatore⁶⁸.

Sulla stessa linea ideologica nel 1995 furono istituite l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e nel 1997 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in parallelo con i processi di recepimento delle direttive comunitarie di liberalizzazione di quei settori.

Nel 1996, con il recepimento della normativa comunitaria in materia di privacy, ha fatto la sua comparsa il Garante per la protezione dei dati personali⁶⁹.

⁶³ Cfr. l. n. 216/1974.

⁶⁴ Cfr. d. lgs. n. 58/1998.

⁶⁵ Cfr. l. n. 287/1990.

⁶⁶ E. GALANTI, *"Diritto delle banche e degli intermediari finanziari"*, (a cura di), 2008, p. 97.

⁶⁷ M. CLARICH, *"Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello"*, 2005, p. 16.

⁶⁸ A. LA SPINA, G. MAJONE, *"Lo Stato Regolatore"*, op. cit.

La lista sarebbe ancora lunga ma ciò che preme evidenziare in questa sede è come queste autorità, a far data dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, abbiano conosciuto un enorme successo. Tuttavia esse nacquero in maniera disordinata e le loro organizzazioni e i poteri attribuiti erano (e sono) diversi da agenzia ad agenzia. Le incongruenze tra diverse autorità sono talvolta vistose: si veda, ad esempio, il caso dell'Autorità antitrust che può irrogare direttamente delle sanzioni, mentre Banca d'Italia e Consob sono titolari solamente di un potere di proposta al ministero dell'Economia che adotta il provvedimento.

3. L'attività di *moral suasion* delle autorità indipendenti.

L'insieme degli atti di *soft law*, cioè quelli di carattere persuasivo e collaborativo, prodotti dalle varie Autorità Indipendenti italiane è vasto ed eterogeneo, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo. È opportuno, pertanto, analizzare in maniera separata l'attività di *moral suasion* svolta da ciascun'Autorità, così da poter individuare le differenti tipologie di atti di *soft regulation* da queste elaborate (ad es. atti generali ed astratti o specifici e particolari); comprendere quali siano le cause che ne sono all'origine; e infine valutare, laddove possibile, l'impatto che il ricorso a tali interventi di *moral suasion* ha prodotto nei diversi ambiti.

I dati e le analisi di seguito riportati si basano sugli atti di *soft law* adottati da sei Autorità indipendenti (ISVAP, COVIP, Garante Privacy, BI, CONSOB e AVCP) e calcolati, sulla base delle informazioni disponibili nei rispettivi siti internet, dal 1 gennaio 2006 al 30 giugno 2011. La scelta di limitare l'ambito di tale analisi a questo intervallo di tempo è dovuta al fatto che all'interno dei siti istituzionali di molte Autorità non sono riportati gli atti di *soft law* negli anni precedenti il 2006. Tuttavia, è necessario precisare che, quantomeno per alcune Autorità, l'esercizio della funzione di *moral suasion* non rappresenta di certo un fenomeno recente.

⁶⁹ Cfr. l. n. 675/1996, ora inserita nel codice in materia di protezione dei dati personali approvato con il d.lgs n. 196/2003.

La Banca d'Italia e la CONSOB, ad esempio, si sono storicamente avvalse di atti a carattere generale, quali le istruzioni e le raccomandazioni, per orientare i comportamenti dei soggetti regolati, ampliando “di fatto” in questo modo il loro potere normativo⁷⁰.

TABELLA 1. ATTI DI *SOFT LAW*: DIMENSIONE QUANTITATIVA

AI	Atti di soft law	2011	2010	2009	2008	2007	2006	Tot.
ISVAP	<i>Comunicazioni interpretative</i>	0	0	1	0	0	2	3
	<i>Chiarimenti applicativi</i>	1	2	0	1	0	0	4
COVIP	<i>Orientamenti interpretativi</i>	3	1	1	4	3	0	12
	<i>Risposte a quesiti</i>	7	10	14	8	4	1	44
Garante	<i>Linee guida</i>	2	1	2	2	4	1	12
Privacy	<i>risposte a quesiti</i>	n.d.	307	503	1058	485	679	3139
AVCP	<i>Determinazioni</i>	3	10	7	6	8	7	41
	<i>Parei sulla normativa</i>	6	27	32	22	8	n.d.	95
CONSOB	<i>Comunicazioni</i>	25	42	42	34	32	36	214
BI	<i>Comunicazioni</i>	5	8	30	32	8	4	87

⁷⁰ B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in U. De Siervo (a cura di), Osservatorio delle fonti, Torino, 1996, pp. 235 ss

3.1. L'istituto per la Vigilanza delle Assicurazioni Private.

I principali strumenti di *soft law* adottati dall'ISVAP sono le comunicazioni interpretative ed i chiarimenti applicativi.

Quest'ultimi sono atti a contenuto generale attraverso i quali l'Autorità fornisce chiarimenti in merito alle tematiche di maggior interesse e segnalate dagli operatori del settore tramite dei quesiti posti all'Autorità, circa l'esatta applicazione della normativa regolatrice⁷¹. Attraverso tale forma di intervento "collaborativo", l'Istituto risponde ai problemi e ai dubbi relativi all'interpretazione o all'applicazione che gli sono stati posti dai soggetti che agiscono nel mercato, indicando a tutti gli operatori del settore la *ratio* e la corretta interpretazione o applicazione delle regole emanate dalla stessa Autorità. Per citare degli esempi: i chiarimenti applicativi in tema di riserva integrata per le assicurazioni dei danni causati dalla grandine e da altre calamità naturali⁷², che sono stati forniti dall'Autorità a seguito dei quesiti interpretativi sorti in merito all'art. 15 del Regolamento n. 16/2008. Oppure i chiarimenti applicativi in tema di vendita a distanza, pubblicati il 13 aprile 2010, per agevolare l'interpretazione delle norme sull'attività di tale forma di vendita, di cui al regolamento ISVAP n. 34 del 19 marzo 2010. A volte, inoltre, sono riportati sul sito internet dell'Autorità anche le cosiddette *faq* (*frequent answered questions*) provenienti dal mercato. Ad esempio, quelle pubblicate per agevolare l'interpretazione delle norme sugli obblighi di informazione dei prodotti assicurativi, di cui al Regolamento n. 35 del 26 maggio 2010⁷³

Altre volte, invece, l'Autorità, ha ritenuto adeguato fornire chiarimenti di natura applicativa al fine di indirizzare gli operatori nel momento di concreta applicazione di disposizioni normative di natura legislativa.

⁷¹ Tale procedura ricorda quella dell'interpello.

⁷² Pubblicati sul sito istituzionale dell'ISVAP il 21 febbraio 2011 e consultabili al seguente indirizzo web http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F18331/FAQ%20su%20riserva%20integrativa_2.pdf.

⁷³ http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F29552/Domande_frequenti_Reg_35.pdf.

Si vedano ad esempio: i chiarimenti applicativi in merito all'art. 1899, comma prim, del codice civile⁷⁴, con particolare riferimento ai termini relativi all'esercizio del recesso dalla polizza poluriennale ed alle riduzioni di premio previste per l'offerta delle coperture con durata ultrannuale. Oppure, si vedano i chiarimenti applicativi in merito all'art. 103, comma 2, del Codice delle assicurazioni private⁷⁵, come modificato dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, in tema di incarichi di attuario revisore.

Le comunicazioni interpretative, invece, sono atti di natura generale ed astratta, che trovano adozione quando l'ISVAP ritiene necessario intervenire "d'ufficio" per assicurare una corretta interpretazione della norma da parte dei destinatari. Tali comunicazioni sono pubblicate, sia nel sito web sia nel Bollettino ufficiale dell'Autorità.

All'interno di quest tipologia, in questa tipologia, rientrano le due Comunicazioni interpretative in relazione ai limiti di applicabilità del Codice delle Assicurazioni, pubblicate nel Bollettino dell'Istituto del 2 febbraio e 30 marzo 2006, con le quali, al fine di agevolare e uniformare l'attività interpretativa di tutti i soggetti interessati (imprese, utenti e operatori), l'Autorità ha ritenuto utile pubblicare sulla propria pagina internet, una lista delle norme che, a suo giudizio, sono da ritenersi immediata applicazione. Ancora, si veda la Comunicazione n. 3 del 2 luglio 2009, con cui, nelle more del recepimento della direttiva 2007/44/CE da parte del nostro legislatore, l'ISVAP ha indicato agli operatori le disposizioni della direttiva contenute nella medesima e da considerarsi direttamente applicabili, unitamente ad alcune precisazioni in merito alla procedura da seguire⁷⁶.

Entrambi tali interventi di *soft regulation*, presentano un contenuto assolutamente dettagliato e preciso, nel quale spesso sono inseriti precetti ed indicazioni, la cui

⁷⁴ Pubblicati sul sito istituzionale dell'ISVAP il 15 giugno 2010 e consultabili al seguente indirizzo web http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F28618/Chiarimenti_applicativi_polizze_poliennali.pdf.

⁷⁵ Pubblicati sul sito istituzionale dell'ISVAP il 23 giugno 2010 e consultabili al seguente indirizzo web http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F4777/Chiarimenti_applicativi_attuario_revisore.pdf.

⁷⁶ Tutte le comunicazioni interpretative pubblicate dall'ISVAP sono consultabili alla pagina http://www.isvap.it/isvap/imprese_jsp/PageGenerica.jsp?nomeSezione=NORMATIVA&ObjId=729112.

efficacia determinante ed obbligatoria nella pratica corrente in materia assicurativa non può essere assolutamente disconosciuta⁷⁷.

3.2. La Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione

Anche la COVIP utilizza strumenti di *soft law* per fornire un servizio di chiarimento della normativa di settore. Ciò avviene in due modi: mediante orientamenti interpretativi di carattere generale, nonché mediante risposte a quesiti specifici. Entrambi gli atti sono successivamente pubblicati sul Bollettino ufficiale e sulla pagina web istituzionale dell’Autorità.

Tale attività “collaborativa” della Commissione ha contribuito nel tempo ad assicurare omogeneità e correttezza dei comportamenti dei fondi pensione nell’interesse degli iscritti e il buon funzionamento del sistema di previdenza complementare.

Nell’ambito dell’attività della COVIP, l’esempio più importante di atto di *moral suasion* è rappresentato dalla deliberazione del 16 settembre 1997 che costituisce, e al contempo stabilisce, gli orientamenti interpretativi in materia di regolamenti dei fondi pensione in regime di contribuzione definita⁷⁸.

Tra gli interventi di *soft law* recentemente adottati dalla Commissione si segnalano: gli orientamenti interpretativi in merito all’articolo 14, comma 6, del d.lgs. n. 252/2005, per mezzo dei quali, nell’ottobre 2010, la COVIP ha trattato la tematica della destinazione dei flussi futuri di contributi del lavoratore e di TFR ad altre forme pensionistiche complementari prima del decorso del termine biennale. La questione, nell’anno precedente, era già stato oggetto, di un primo intervento chiarificatore da parte della Commissione in risposta ad un singolo

⁷⁷ S. MORETTINI, "Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?", op. cit. P 7.

⁷⁸ Documento consultabile alla pagina <http://www.covip.it/?p=4129>

quesito, al quale, tuttavia hanno fatto seguito altre numerose richieste da parte degli operatori tali da spingere l'Autorità ad adottare un atto generale⁷⁹.

In seguito, inoltre, ai numerosi chiarimenti che nel corso del tempo sono stati forniti in relazione alle anticipazioni per spese sanitarie e di prima casa, agli iscritti ex art. 11, commi 7, 8, 9, del d.lgs. n. 252/2005, la COVIP ha provveduto alla loro unificazione in un unico documento interpretativo, una sorta di testo unico, pubblicato il 10 febbraio 2011. Tale atto costituisce un utile punto di riferimento per i fondi pensione nella definizione dei criteri e delle modalità per la concessione delle anticipazioni⁸⁰.

Con altri orientamenti del 9 marzo 2011, sono stati, inoltre, forniti chiarimenti in merito alla decorrenza delle prestazioni di previdenza complementare di cui all'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 252/2005. In particolare, la Commissione è stata interrogata in modo da precisare se le previsioni in tema di decorrenza dei trattamenti pensionistici obbligatori (le c.d. finestre di 12 e 18 mesi), di cui all'art. 12, commi 1 e 2, del decreto legge n. 78 del 2010 (convertito con modificazioni in legge n. 122 del 2010), siano applicabili anche alle prestazioni pensionistiche complementari⁸¹.

Sempre nell'attività di *moral suasion* esercitata dalla Commissione, rientrano anche le molte iniziative ideate per sollecitare le associazioni delle forme pensionistiche ad adottare modelli di autodisciplina, come codici di condotta, nei settori ritenuti di particolare rilievo⁸².

In particolare, nel corso del 2010⁸³, la COVIP ha organizzato numerosi tavoli tecnici insieme alle associazioni che rappresentano gli operatori del settore, al fine di sviluppare iniziative di autoregolamentazione da parte di quest'ultime, idonee a definire standard comuni di efficienza e buone prassi.

Secondo la COVIP, l'autodisciplina può, infatti, costituire un valido complemento della regolamentazione. Attraverso l'autodisciplina, si possono

⁷⁹ Si veda <http://www.covip.it/wp-content/uploads/Orientamenti-flussi-futuri1.pdf>

⁸⁰ Si veda http://www.covip.it/wp-content/uploads/Orientamenti_Anticipazioni6.pdf

⁸¹ Si veda http://www.covip.it/wp-content/files_mf/1299830584Orientamento_decorrenzaprestazioni.pdf

⁸² Un esempio è dato dalla revisione delle Linee guida sulla gestione dei trasferimenti avvenuta nel 2010.

⁸³ Si veda la Relazione annuale per il 2010, p. 97.

innalzare gli standard richiesti dalla normativa o meglio definire i comportamenti e i processi dei soggetti interessati. L'autodisciplina ha, inoltre, il merito della flessibilità, potendo essere adottata e cambiata con facilità e rapidità. Essa può, pertanto, esercitare un utile ruolo di traino sugli operatori del settore e portare a successive modifiche della disciplina regolatoria.

3.3. Il Garante per la *Privacy*.

L'attività di *moral suasion*, esercitata dal Garante per la protezione dei dati personali, consiste nelle risposte fornite a quesiti formulati dagli utenti e nella definizione di *guidelines* in merito all'applicazione della normativa.

Le risposte ai quesiti, poichè esprimono la posizione ufficiale del Garante relativamente agli argomenti affrontati, possono talvolta rappresentare il primo passo verso l'attuazione di una regolamentazione di carattere vincolante. La riprova di quanto detto è data dal D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 “Codice in materia di protezione dei dati personali”, che ha sistematizzato e accolto a livello di fonte primaria talune regole precedentemente suggerite dall'Autorità. Tali atti di *soft law* assumono grande rilievo anche per la loro notevole dimensione quantitativa. Basti considerare che in media il Garante risponde annualmente a più di 600 quesiti (v. tab. 1).

Le linee guida tendono, invece, a fornire istruzioni di carattere generale in relazione al trattamento di dati personali in vari ambiti, al fine di assicurare la corretta applicazione dei principi stabiliti dal Codice sulla *privacy* e chiarire un primo quadro unitario di misure e accortezze per il trattamento dei dati.

Dal 2006 ad oggi, le linee guida pubblicate dal Garante sono state 12 ed hanno interessato svariati ambiti tra cui quello sanitario, bancario, giuridico, ecc. Occorre ricordare, inoltre, le recenti Linee-guida in materia di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di *customer satisfaction* in ambito sanitario, del 5 maggio 2011, e quelle in materia di trattamento di dati personali contenuti anche

in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web, del 2 marzo 2011⁸⁴.

3.4. La Banca d'Italia.

Il settore bancario⁸⁵ ha rappresentato un campo privilegiato per l'analisi del fenomeno della *soft law*. Per comprendere l'intensa azione di *moral suasion* esercitata in via informale dalla Banca d'Italia⁸⁶ è necessario fare riferimento ai contenuti del Bollettino di Vigilanza pubblicato da tale Autorità e consultabile on line. I fascicoli mensili riconducono, inoltre agli atti che devono essere necessariamente pubblicati in base al Testo Unico bancario, due tipologie di *soft regulation*: le comunicazioni e le istruzioni di vigilanza⁸⁷.

Entrambi tali interventi, che presentano carattere generale, sono funzionali all'interpretazione e all'individuazione della normazione vigente. Tuttavia essi spesso contengono anche indicazioni in merito all'applicazione e orientamenti di natura regolamentari.

Nella categoria delle comunicazioni della BI rientrano una varietà di documenti tra i quali: risposte ai quesiti posti da parte dei soggetti vigilati; indirizzi e chiarimenti operativi su disposizioni di vigilanza; segnalazione dell'entrata in vigore di nuove normative europee, sentenze del giudice amministrativo; ecc. In definitiva, la Banca d'Italia sembra non tralasciare nessuno degli strumenti atti a orientare i comportamenti delle imprese assoggettate a vigilanza.

⁸⁴ I testi di tutte le Linee-guida pubblicate dal Garante sono consultabili alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1772725>

⁸⁵ Si veda P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977, p. 127. L'esperienza paradigmatica di ordinamento del credito basato sulla moral suasion è stata per molti anni quella inglese, sulla quale si veda M. CLARICH, *Le grandi banche nei paesi maggiormente sviluppati*, Bologna, 1985, pp. 44 ss.

⁸⁶ Sul tema, si veda S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2000, p. 141 e M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in Riv. Impr. Soc. 2003, p. 47.

⁸⁷ Tale intervento di *soft law* è previsto dall'art. 4 del T.U. Bancario, secondo il quale: "...La Banca d'Italia emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza". Sono atti di questa specie: le Istruzioni di Vigilanza per le banche, le Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari del Mercato Mobiliare, le Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari iscritti nell'"Elenco Speciale", le Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, le Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni sul patrimonio di vigilanza e sui coefficienti prudenziali e le Istruzioni per la Centrale dei rischi.

Ne sono un esempio: la Comunicazione del 20 aprile 2010, con cui la BI indica alcune cautele e indirizzi operativi agli operatori attivi nel comparto del credito revolving concesso attraverso l'emissione di carte di credito⁸⁸.

Oppure la Comunicazione del 23 giugno 2010, con cui la Banca fornisce alcune precisazioni in materia di segnalazioni alla Centrale dei Rischi, a seguito di richieste di chiarimenti pervenute dagli intermediari⁸⁹.

Ed ancora, la Comunicazione del 16 marzo 2011 con cui, a seguito dell'entrata in vigore di una Decisione della Banca Centrale Europea e in attesa della definizione del quadro normativo nazionale alla luce della citata decisione, la Banca d'Italia richiama l'attenzione delle banche sulla estrema delicatezza dell'attività di trattamento del contante ed indica a tal fine una serie di cautele da adottare⁹⁰.

Le istruzioni, oltre ad essere presenti nel Bollettino di Vigilanza, sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale quando hanno carattere generale e contengono disposizioni destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza.

All'interno di tale categoria, particolare rilievo hanno avuto le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura⁹¹, emanate nell'agosto 2009, che hanno assunto un valore fondamentale nella normativa di contrasto all'usura. In tale ambito, nel 2010, la Banca d'Italia ha svolto un'intensa attività di supporto agli intermediari segnalanti e agli operatori del settore per risolvere quesiti interpretativi e segnaletici, sorti sulla base delle suddette istruzioni. La necessità di rimodulare la normativa in vigore in materia di usura, evidenziata in più occasioni dalla Banca d'Italia, ha ricevuto un primo riscontro con il recente D.l. n. 70 del 2011 (il c.d. decreto sviluppo, convertito con Legge 12 luglio 2011 n. 106), che ha modificato il meccanismo di calcolo dei tassi soglia.

⁸⁸ La Comunicazione, pubblicata il 20 aprile 2010, è consultabile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/2010/04_10/provv_cg/bi_cg/20100420_III1.pdf

⁸⁹ La Comunicazione, pubblicata il 23 giugno 2010, è consultabile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/2010/06_10/provv_cg/bi_cg/20100623_II6.pdf

⁹⁰ La Comunicazione, pubblicata il 16 marzo 2011, è consultabile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/2011/03_11/provv_cg/bi_cg/20110316_II4.pdf

⁹¹ Si veda http://www.bancaditalia.it/vigilanza/contrasto_usura/Normativa/Istr_usura_ago_09-istruzioni.pdf.

Spesso la Banca d'Italia apporta modifiche ed integrazioni alle istruzioni già diffuse, al fine di aggiornarne il contenuto delle precisazioni divulgate agli operatori del settore con lettere di carattere generale. Si veda, ad esempio, il caso del 17° aggiornamento delle "Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata", avvenuto il 9 febbraio 2011.

Tale attività di *soft regulation* della BI rappresenta per le banche una sorta di "scudo" in quanto la loro osservanza, o – viceversa – inosservanza, nei singoli casi, costituisce un parametro essenziale della liceità, o illiceità, civile e penale, del comportamento tenuto.

3.5 L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

L'AVCP effettua la propria attività *moral suasion* prevalentemente attraverso le determinazioni.

Si pensi, solo per fare alcuni esempi recenti, alla Determinazione n. 3 del 2011, contenente "Chiarimenti in ordine all'applicazione delle sanzioni alle imprese" previste dall'articolo 74 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207⁹², oppure alla Determinazione n. 2 del 2011 con le "Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria"⁹³.

Tali interventi non contengono le peculiarità di veri e propri rimedi regolativi. Si tratta, piuttosto, di atti a carattere generale, attraverso i quali si forniscono indicazioni esecutive oppure si risolvono perplessità e questioni interpretative sollevate principalmente dalle stazioni appaltanti, in modo da offrire alle medesime un sussidio ermeneutico volto ad orientarne la futura attività, e che solo indirettamente producono un impatto sui singoli operatori economici, interessati a partecipare alle procedure di appalto.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato, in più occasioni, che le determinazioni adottate dall'Autorità per rispondere ai quesiti interpretativi

⁹² Si veda www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4614.

⁹³ Si veda http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4617.

rivolti dagli operatori in relazione alla normativa vigente nella materia dei contratti pubblici, costituiscono la manifestazione di opinioni dotate di indiscutibile autorevolezza, in ragione della particolare competenza dell'organo, cui dovrebbe anche conseguire un auspicabile effetto di uniformità e di trasparenza nell'applicazione della legge.

Ciò nonostante, tali atti si risolvono in pronunciamenti non riconducibili ad una funzione di interpretazione autentica o di integrazione della normativa, stante la mancata attribuzione all'Autorità del relativo potere. Questo, di conseguenza, fa sì che tali determinazioni non possano rappresentare neppure un vincolo per le amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza.

Si tratta, pertanto, di un potere di regolazione da ricondursi ad attività di tipo orientativo-persuasivo cui consegue l'adozione di atti di *moral suasion*, la cui capacità di indirizzare i comportamenti degli operatori trae forza esclusivamente per via dell'autorevolezza dell'organo emanante. Ne deriva che siffatte determinazioni dell'Autorità sono prive del valore di manifestazione della volontà, che è, invece, caratteristica dei veri propri provvedimenti amministrativi, rimanendo, pertanto, insuscettibili di essere impugnate di fronte al giudice amministrativo⁹⁴.

Un altro interessante strumento di *soft law* a disposizione dell'Autorità è rappresentato dal parere di "precontenzioso", reso, su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, relativamente a questioni sopraggiunte durante lo svolgimento delle procedure di gara⁹⁵.

Nel parere l'AVCP può formulare una ipotesi di soluzione della controversia, che non è vincolante, per espressa previsione normativa⁹⁶.

Tuttavia, per la posizione di terzietà dell'Autorità, il parere agisce sul piano dell'autorevolezza (*moral suasion*). Infatti, un'alta percentuale di stazioni

⁹⁴ Si veda, in tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. III, 1 aprile 2011, n. 2895 e id. 12 dicembre 2009, n. 12839.

⁹⁵ L'AVCP emana in un anno mediamente più di 200 pareri di precontenzioso.

⁹⁶ Si veda art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, Codice dei contratti pubblici.

appaltanti si adeguano ad esso ed in sede di eventuale ricorso al giudice amministrativo quasi sempre viene confermata la posizione assunta dall'AVCP. Un meccanismo analogo è previsto, poi, per i pareri sulla normativa, consulenze non vincolanti rese dall'Autorità in risposta a quesiti giuridici su casi pratici⁹⁷.

3.6 La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa.

La CONSOB, quale autorità di regolazione, agisce attraverso una pluralità di atti, alcuni normativi, altri definiti atti amministrativi generali, altri ancora di semplice *moral suasion* che, pur non corrispondendo ad una specifica potestà attribuita dalla legge, sono tuttavia espressione della stessa posizione che l'Autorità riveste nell'ambito dell'ordinamento di settore⁹⁸.

L'attività di *soft regulation* svolta dalla Commissione è esercitata principalmente mediante la pubblicazioni di comunicazioni, sia nel Bollettino che nel sito *web*.

Tali atti sono utilizzati sia per indicare gli orientamenti ufficiali della CONSOB sulla corretta interpretazione ed applicazione della normativa di settore, sia per rispondere ai singoli quesiti posti dagli operatori del mercato.

In quest'ultimo caso, le comunicazioni riportano le risposte a domande poste direttamente – o in loro nome e per loro conto – dagli operatori del mercato, in merito a fattispecie non del tutto ipotetiche, mediante le quali gli uffici della Commissione espongono i propri orientamenti. Esse pur essendo inerenti a questioni specifiche, assumono con la pubblicazione, che avviene in forma autonoma, una capacità persuasiva che esplica i propri effetti ben al di là del caso singolo.

Come ora la Commissione è consapevole che la risposta fornita ai quesiti posti da soggetti del mercato rappresenta uno strumento che concorre allo svolgimento delle attribuzioni istituzionali, in quanto consente di fornire indirizzi

⁹⁷ In media, in un anno, l'Autorità rilascia circa 22 pareri sulla normativa. Si veda, di recente, l'esempio del parere reso a febbraio 2011 in risposta al quesito posto da Italferr relativamente alla sospensione dei pagamenti all'appaltatore nel caso di mancata dimostrazione dei pagamenti ai subappaltatori.

⁹⁸ Si veda TAR Roma, sentenza 9 maggio 2006, n. 3367.

interpretativi e applicativi di norme e di rendere omogenei i comportamenti degli operatori, contribuendo così alla tutela degli investitori⁹⁹.

La Commissione si riserva di esaminare anche quesiti relativi a fattispecie ipotetiche o astratte nei casi in cui, a suo giudizio, la risposta a tali quesiti possa consentire di definire indirizzi interpretativi di particolare rilevanza e d'interesse generale.

Si pensi, ad esempio, ai numerosi quesiti esaminati dalla CONSOB nel 2009 e relativi all'applicabilità delle esenzioni dall'obbligo di Opa previste dall'art. 106, comma 5, del Tuf. Tuttavia, i principali atti di *moral suasion e dissuasion* elaborati dalla CONSOB sono le comunicazioni, contenenti gli "orientamenti interpretativi" dell'Autorità. Quest'ultime sono moniti a contenuto complessivo, che, essendo generali ed astratte, si caratterizzano per una quasi-normatività. Tali atti non vincolano gli operatori, anche se di fatto riescono ad orientarne efficacemente i comportamenti. Inoltre, questi costituiscono un precedente persuasivo per la stessa Commissione. Infatti, nella sostanza le comunicazioni finiscono per assumere un'importante funzione nomofilattica, richiedendo eventuali successivi mutamenti di orientamento un'apposita motivazione da parte dell'Autorità.

Si pensi, ad esempio, alla Comunicazione di settembre 2010, contenente le indicazioni e gli orientamenti della Commissione per l'applicazione del Regolamento sulle operazioni con parti correlate¹⁰⁰. Oppure, alla Comunicazione di marzo 2011, con la quale la Commissione ha ritenuto opportuno fornire raccomandazioni agli operatori in merito alle disposizioni applicabili alla diffusione di messaggi pubblicitari finalizzati a promuovere l'acquisto o la sottoscrizione di prodotti finanziari¹⁰¹.

In alcuni casi, poi, i contenuti di una precedente comunicazione interpretativa possono anche essere incorporati in un regolamento, come modifiche ed

⁹⁹ Comunicazione n. DIS/97012083 del 28.11.1997.

¹⁰⁰ Si tratta della Comunicazione n. DEM/10078683 del 24 settembre 2010, disponibile alla pagina www.consob.it/documenti/bollettino2010/c10078683.pdf. Il Regolamento è stato adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010.

¹⁰¹ Si tratta della Comunicazione n. 11021864 del 24 marzo 2011, disponibile alla pagina www.consob.it/main/documenti/bollettino2011/c11021864.pdf

integrazioni al testo originario. Ad esempio, nel corso del 2010, la CONSOB ha ritenuto opportuno trasporre nel Regolamento Emittenti i contenuti di una precedente comunicazione con la quale la Commissione aveva fornito indicazioni sui criteri generali da seguire per stabilire se un'operazione di fusione/scissione o di acquisizione/dismissione dovesse considerarsi significativa. In particolare, rispetto al testo della comunicazione e tenuto conto della prassi applicativa e dei quesiti sottoposti alla Commissione sul tema, si è proceduto ad allineare i criteri quantitativi, per l'individuazione delle predette operazioni straordinarie significative, ai criteri indicati nel Regolamento in materia di operazioni con le parti correlate per l'individuazione delle operazioni di maggiore rilevanza.

4. Il procedimento di adozione degli atti di *soft law* delle Autorità indipendenti in Italia.

La forte eterogeneità degli atti di *soft law* prodotti dalle autorità indipendenti si riflette anche nelle differenti procedure che si utilizzano in vista della loro adozione. Tuttavia, grazie all'analisi svolta nel paragrafo che precede, è possibile rilevare nella prassi seguita dalle sei Autorità esaminate tre differenti modelli di azione.

4.1 Il modello seguito dall'I.S.V.A.P e dalla C.O.V.I.P.

Il primo e meno progredito modello, lo si riscontra nella procedura di adozione degli atti di *soft law* seguita dall'ISVAP e dalla COVIP.

Sia l'Istituto che la Commissione si limitano, infatti, a pubblicare i testi dei rispettivi interventi di *moral suasion* sul proprio sito internet e sul bollettino ufficiale dell'Autorità, senza che a monte sia prevista alcuna fase di consultazione preventiva con i eventuali destinatari.

Ovviamente, il fatto di non ricorrere a consultazioni pubbliche *on line* non significa che tali Autorità non possano decidere di sentire in un secondo tempo e

in via del tutto informale, alcuni operatori e associazioni, anteriormente all'adozione di alcuni interventi, ritenuti particolarmente significativi per il settore. Ad esempio, spesso la COVIP promuove e facilita la partecipazione delle associazioni maggiormente rappresentative alla sua attività di persuasione morale, coinvolgendo tali soggetti nelle proprie stime attinenti al sistema della previdenza complementare e promuovendo incontri periodici ed informali di consultazione.

Tuttavia, le informazioni in merito a identificazione dei soggetti uditi, contenuto delle osservazioni effettuate e risultato di tali incontri non sono rese pubbliche, né di esse vi è traccia nelle premesse dell'atto di *soft law* emanato dall'Autorità, con grave pregiudizio del principio generale di trasparenza del procedimento.

4.2 Il modello seguito dal Garante per la Privacy.

Il secondo modello, invece, è riconducibile alla procedura di adozione delle linee guida da parte del Garante per la Privacy.

In seno a tale Autorità, seppure senza che vi sia un procedimento definito da parte di alcun documento interno, l'emanazione degli interventi di *soft law* a carattere generale e ritenuti più rilevanti, viene preceduta dalla diffusione nel sito internet di un documento ufficiale da sottoporre a consultazione pubblica.

Tale documento riporta i contenuti dell'atto di *moral suasion* proposto dal Garante ed invita tutti i soggetti interessati ad inviare commenti e proposte di modifica al testo entro un determinato termine.

In questo modo termina la fase di consultazione e l'autorità indipendente pubblica *on line* la redazione definitiva delle linee guida utilizzate, senza tuttavia che sulle osservazioni pervenute sia presa alcuna posizione.

In questo modo, solamente il documento di consultazione è reso pubblico, mentre tutti gli altri atti, comprese l'identità ed i commenti dei partecipanti che le eventuali risposte dell'Autorità, restano anonimi.

Si vedano, in tal senso, le consultazioni pubbliche svolte nel 2009 sulle Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario¹⁰² e sulle Linee guida in tema di referti on line, di cui è riportato sul sito web esclusivamente l'avviso di avvio della procedura consultiva e la bozza del documento sottoposto a consultazione¹⁰³.

4.3 Il modello seguito dalla Banca d'Italia, dalla C.O.N.S.O.B e dall'I.V.C.P.

Da ultimo, si ha il caso più evoluto dal punto di vista procedurale, ossia quello in cui in cui l'Autorità ricorre anche per gli atti generali di *soft law* a una procedura formale di *notice and comment*.

Si pensi, ad esempio, alla procedura di consultazione pubblica svolta nel 2009 dalla Banca d'Italia sulle "Nuove istruzioni in materia di rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura".

In tal caso, è stato pubblicato on line il documento contenente le modifiche proposte dalla Banca d'Italia per la revisione delle precedenti istruzioni in materia di usura, con l'obiettivo di adeguare le disposizioni al mutato quadro normativo e di superare taluni problemi applicativi riscontrati nel corso di oltre un decennio di applicazione.

Terminata la fase di consultazione, la BI ha pubblicato sul proprio sito istituzionale un resoconto¹⁰⁴ contenente, tutte le osservazioni, le proposte ed i commenti ricevuti dai soggetti partecipanti (senza, tuttavia, indicare l'identità degli autori) suddivisi per argomento, riportando accanto le considerazioni, i chiarimenti e le risposte dell'Autorità.

Una procedura di *notice and comment* è riscontrabile anche nei principali atti di moral suasion dell'AVCP, ovvero le determinazioni.

In tale Autorità, infatti, la procedura di consultazione preventiva si struttura nelle seguenti fasi. Prima di adottare un intervento di *soft law*, l'Autorità redige un

¹⁰² L'avviso è consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1598313>

¹⁰³ L'avviso è consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1632483>

¹⁰⁴ Il resoconto è disponibile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/cons-pubblica/proc_conclude/raccolta/2009/istruzioni_teg/Istr_usura_ago_09-resoconto.pdf

documento di consultazione, con l'indicazione di una serie di questioni problematiche, che viene immediatamente pubblicato on line. Tutti gli operatori economici del settore e le amministrazioni interessate sono invitati a presentarsi all'audizione preventiva, che si tiene avanti al Consiglio dell'Autorità. Nel corso dell'audizione, gli interessati possono presentare sia osservazioni orali che memorie scritte, contenenti le risposte ai quesiti problematici indicati dall'Autorità stessa nel documento di base. Tutta la documentazione depositata dagli operatori economici e dalle amministrazioni, partecipanti all'audizione, è consultabile on line sul sito istituzionale dell'AVCP. Nella determinazione finale, l'Autorità dà atto della procedura di consultazione e dell'audizione svolta nelle premesse dell'atto, ma non è tenuta a motivare il mancato recepimento delle osservazioni presentate. Di conseguenza, non è facilmente verificabile il tasso di accoglimento delle osservazioni ricevute né comprendere le ragioni dell'Autorità. Così, ad esempio, relativamente alla consultazione pubblica, svolta dall'AVCP nel 2010, sulle questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di voucher sociali è possibile sapere facilmente quali osservazioni sono state poste al documento dai singoli soggetti che hanno preso parte alla procedura¹⁰⁵.

Una vera e propria procedura di notice and comment è riscontrabile, poi, nei principali atti di *moral suasion* e dissuasion adottati dalla CONSOB, ovvero le "comunicazioni interpretative".

Prima di adottare l'atto di *soft law*, la Commissione pubblica sul proprio sito *internet* la bozza di una proposta di comunicazione e la sottopone alle osservazioni dei soggetti interessati, concedendo a quest'ultimi un determinato termine per far pervenire commenti e proposte di modifiche da apportare al testo. I partecipanti inviano per *e-mail* le proprie osservazioni alla bozza, che vengono a loro volta pubblicate *on line*.

¹⁰⁵ Tutti i documenti depositati dagli operatori economici e dalle amministrazioni, che hanno partecipato all'audizione svoltasi presso l'Autorità il 7 luglio 2010, sono consultabili sul sito dell'AVCP.

Al termine della consultazione, la CONSOB replica all'insieme delle indicazioni e commenti pervenuti e trae le proprie conclusioni in merito all'opportunità o meno di apportare modificazioni al testo della comunicazione o addirittura scegliere di rinviarne l'adozione, in quanto non rispondente alle effettive esigenze degli operatori del mercato di riferimento.

TABELLA 2. ATTI DI *SOFT LAW*: ASPETTI PROCEDURALI

AI	Atti di soft law	Tipologia	Pubblicazione	Consult. pubblica
ISVAP	Comunicazioni interpretative	Generali	Bollettino e web	No
	Chiarimenti applicativi	Generali	Sito web	No
	Risposte a quesiti	Specifici	Sito web	No
COVIP	Orientamenti interpretativi	Generali	Bollettino e web	No
	Risposte a quesiti	Specifici	Bollettino e web	No
GARANTE PRIVACY	Linee guida	Generali	Bollettino e web	In alcuni casi
	Risposte a quesiti	Specifici	Sito web	No
AVCP	Determinazioni	Generali	Sito web	In alcuni casi
	Pareri sulla normativa	Specifici	Sito web	No
CONSOB	Orientamenti interpretativi	Generali	Bollettino e web	In alcuni casi

	Risposte a quesiti	Specifici	Bollettino e web	No
Banca d'Italia	Comunicazioni con chiarimenti, cautele e indirizzi per gli operatori	Generali	Bollettino e web	No
	Istruzioni di vigilanza	Generali	Bollettino e web	In alcuni casi

5. Regulation e Regolamentazione: una lettura d'insieme.

Definite le caratteristiche che identificano la Teoria della Regolazione economica e la Teoria giuridica della Regolamentazione, è infine giunto il momento di operare una lettura incrociata delle stesse, giacchè prenderle in considerazione l'una disgiuntamente dall'altra costituirebbe un errore nel metodo della presente ricerca. Benchè le due teorie siano nate in contesti storici assai differenti e in differenti ambiti scientifici di ricerca, è esclusivamente per praticità espositiva esse sono state state trattate separatamente. In realtà da un punto di vista "sistematico" le teorie in esame devono essere considerate in maniera unitaria.

La Teoria della Regolazione economica, riassumendo, spiega le ragioni per cui un sistema economico capitalista pur essendo improntato alla durata non può sottrarsi a delle crisi che ne interromperanno le ciclicità positive, introducendo periodi di crisi. Di conseguenza alcuni settori dell'economia (in particolare quelli da qui derivano pubblici servizi o che riguardano aree protette dei traffici economici) non possono essere lasciati al rischio dei *default* che interessano i mercati che operano secondo un principio di libera concorrenza ma necessitano

di una fonte esterna al mercato che apporti delle correzioni alle asimmetrie del sistema di mercato libero concorrenziale.

Secondo la Teoria della Regolamentazione, invece, i settori strategici dell'economia (energia, trasporti, assicurazioni, sanità) possono essere estromessi dalla sola gestione centralizzata e introdotti nel mercato secondo una logica commerciale, tuttavia, data l'importanza e la delicatezza dei servizi che essi rendono sarà necessario che lo stato, indirettamente, attraverso l'istituzione di organismi terzi e tecnici (Agenzia Indipendenti) mantenga un ruolo attivo.

In definitiva *Regulation* e Regolamentazione spiegano perchè, talvolta, le regole del mercato non siano sufficienti nè affidabili di fronte ad aeree economiche che implicano l'essenza di diritti e/o servizi essenziali. E' allora necessario introdurre regole specifiche che scavalchino le dinamiche economico-commerciali e le distorsioni che esse possono provocare al fine di tutelare i cittadini affinché possano godere dei servizi essenziali.

Grazie a tale impostazione ideologica si afferma un nuovo ramo del diritto, espressione del rapporto attualmente esistente tra diritto ed economia che raggrupperebbe l'insieme delle regole dirette alla regolazione di determinati settori economici¹⁰⁶.

In questo senso allora la regolazione può essere definita come azione amministrativa di governo del mercato ovvero come un'azione esercitata da pubblici poteri, inquadrabile nell'ambito di funzioni di tipo amministrativo, che si distingue tuttavia dall'azione amministrativa ordinaria in forza del suo oggetto: il mercato¹⁰⁷.

Prende così forma un concetto di Regolazione identificabile come la tecnica regolatoria volta a trovare un punto di equilibrio tra i principi giuridici che governano un'economia di libero mercato e i principi che sottendono ad un mercato a-concorrenziale.

¹⁰⁶ M. A. FRISON ROCHE "Le droit de la régulation", 2001, p. 610.

¹⁰⁷ A. ZOPPINI, "Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato", in "Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato", M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), 2009, p. 9.

La ricerca regolazionista, pertanto, si ricollega alla tradizione delle teorie liberali, tanto che il principio di concorrenza è sempre presente in essa. Tuttavia, essa postula che questo principio non possa bastare all'organizzazione sufficiente e completa di uno spazio di scambi qual'è il mercato¹⁰⁸. All'interno del mercato, infatti, esistono dei settori che non possono essere lasciati alle fluttuazioni e alle possibili *défaillance* che, tradizionalmente, colpiscono il libero mercato caratterizzato dal regime della concorrenza. Ci si riferisce ad ambiti particolari quali ad esempio la sanità, l'energia o le telecomunicazioni.

La Regolazione ha, pertanto, sempre uno sfondo di natura politica, poichè essa rappresenta il "motore" di scelte giuridico-economiche all'interno di un sistema liberale e che reagisce ai fallimenti del mercato in una maniera differente rispetto a quanto accade nei sistemi "amministrati"¹⁰⁹, dove l'intervento è di natura statale.

Così il cuore della produzione regolatrice sono le Autorità indipendenti, indipendenti dalle forze che muovono il mercato e al contempo indipendenti dalle forze politiche. Tuttavia, come detto, in un'ottica regolatoria la politica sarà sempre presente, poichè il controbilanciamento alle spinte concorrenziali non potranno che essere di natura politica¹¹⁰.

¹⁰⁸ M. A. FRISON ROCHE, "*Les 100 mots de la Régulation*", 2011, p. 115.

¹⁰⁹ Per una definizione di sistemi economici amministrati cfr. F. VON HAYEK, "*Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*", 1982, p. 271.

¹¹⁰ N. ABRIANI, "*Diritto Commerciale*", (a cura di), 2011, p. 220

CAPITOLO SECONDO

IL MERCATO, LE REGOLE E LO SPAZIO

SOMMARIO: 1. Il mercato regolato. - 2. Le regole nello spazio. -3. Le conseguenze dei limiti spaziali sull'attività regolativa. - 4. I sistemi alternativi a quelli del "mercato regolato":
L'Evolutionary economic.

1. Il mercato regolato.

Il concetto di regolazione non si ferma alle teorie economica e giuridica. Esso è anche qualcosa che è stato analizzato nell'ambito delle scienze sociali sebbene con un linguaggio e da una prospettiva differente. Tuttavia, come si cercherà di mettere in luce nelle pagine seguenti, è indubitabile che il rapporto tra fenomeni sociali, fenomeni naturali e regole abbia interessato numerosi pensatori. Il diritto e l'economia, non sono gli unici ambiti in cui il concetto di regolazione è stato approfondito. Forse sarebbe più corretto dire che la regolazione ha le sue radici non solo nel diritto o nell'economia ma anche nella filosofia e nella sociologia.

Il tema che riguarda la ricerca di un ordine del mercato o che addirittura vuole spiegare l'identificazione del mercato come ordine¹¹¹ non solo non è un tema di recente approccio scientifico ma è stato, altresì, sviluppato da illustri conoscitori delle scienze sociali¹¹².

¹¹¹ N. IRTI, "L'ordine giuridico del mercato", Bari, 2003, p. 4.

¹¹² La lista potrebbe costare numerose pagine, pertanto mi limiterò a citare solo alcuni autori, tra i quali M. ASCOLI, "La interpretazione delle leggi", Roma, 1928; R. SCHMITT, "L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni" (1929) F. A. von HAYEK, "La confusione del linguaggio nel pensiero politico", 1968; L. EINAUDI, "Lezioni di politica sociale" (1944), Torino, 1975. Non si da conto in questo contesto di quegli autori riconducibili alla teoria dei sistemi complessi e all'economia dei sistemi complessi, di cui si dirà più approfonditamente *infra*.

La nota descrizione della fiera di un borgo rurale effettuata da Luigi Einaudi nelle *Lezioni di politica sociale*¹¹³, ci ricorda che alla fiera si recano, numerosi, venditori e compratori; i primi attirati dalla moltitudine di possibili acquirenti e dalla possibilità di fare buoni affari; i secondi desiderosi di comprare a buon prezzo. La fiera (il mercato) è il luogo in cui trovano sintesi gli opposti motivi che spingono venditori e compratori. E' evidente che tale sintesi di opposti interessi non può essere demandato al libero mercato, inteso quale privo di leggi e di regole¹¹⁴ ma, al contrario, sarà proprio la presenza di regole certe e prevedibili a determinare il successo del luogo di scambio. In questo modo accade che i soggetti partecipanti debbano uniformarsi alle leggi che disciplinano il mercato: viene introdotto un ordine, nel senso di regolarità e prevedibilità dell'agire¹¹⁵. Chi entra nel mercato sa che l'agire, proprio e altrui, è governato di regole e che pertanto, entro la misura sancita da tali regole, i comportamenti sono prevedibili. In realtà questo è un passaggio decisivo in quanto qui avviene la fondamentale trasformazione: la naturale singolarità di un atto commerciale viene superata per fare spazio ad un atto tipico. Tale atto avrà pertanto il carattere della prevedibilità, la quale comporta un vincolo vicendevole, poichè consente a ciascuna parte di conoscere il futuro e confidare nell'azione altrui. Di fatto l'individualità e la soggettività dell'atto cedono il passo all'oggettività e prevedibilità di esso, laddove i soggetti che stipulano un accordo possono prevedere e calcolare i futuri comportamenti grazie al comune riferirsi a un criterio che stia sopra di loro e a loro si imponga¹¹⁶. Essi sanno che, formalizzato l'accordo ed il vincolo che da esso scaturisce, le volontà debbono orientarsi secondo un principio generale, più forte e costante dei mutevoli interessi individuali.

¹¹³ EINAUDI, op. cit. p. 11 e ss. Negli stessi modi vengono descritti il negozio all'angolo e il palazzo della borsa.

¹¹⁴ Benchè Luigi Eianudi, in linea logica, prospetti anche la sussistenza di un mercato privo di leggi statali.

¹¹⁵ N. IRTI, " *L'ordine giuridico del mercato*", op cit. p. 4.

¹¹⁶ Si veda M. ASCOLI, " *La interpretazione delle leggi*", op. cit. pp. 72 – 73.

Ebbene, definita questa ontologica tendenza del mercato ad identificarsi come sistema ordinato è opportuno domandarsi quale sia la strada seguita dal mercato per giungere alla propria forma d'ordine. Un'indagine in tal senso è stata sviluppata in maniera complessa ed articolata dal filosofo austriaco Friedrich August von Hayek¹¹⁷. L'autore dopo aver definito l'ordine come uno «stato di cose in cui possiamo riuscire a crearci delle prospettive per il futuro»¹¹⁸, procede a descrivere l'ordine per successive dicotomie nella forma del *cosmos* o in quella del *taxis*. Il *cosmos* è l'ordine spontaneo, il quale risulta dalle «regolarità del comportamento degli elementi che esso comprende. Esso, è in questo senso, un sistema endogeno, intrinseco [...] autoregolato o auto organizzato. Una *taxis*, invece, è determinata da un'azione che si trova al di fuori dell'ordine ed è nello stesso senso esogena o imposta»¹¹⁹. La differenza è evidente, laddove, il *cosmos* in ragione della sua spontaneità nasce avulso da un finalismo particolare, può estendersi a qualsiasi attività e non consente di effettuare una previsione concreta dell'ordine generato in tal modo. La *taxis*, al contrario, è il prodotto di un disegno che scegliendo «fini particolari o una gerarchia particolare di fini»¹²⁰ riesce ad attribuire qualsiasi valore ai singoli elementi e a renderli fungibili a seconda degli scopi perseguiti.

Seguendo il pensiero di von Hayek e attualizzandone i risultati sin qui evidenziati si può immaginare la *taxis* come una produzione di fonte legale (o amministrativa), prodotta al fine di dare ordine e indirizzare determinati fenomeni che non rispondono ad un'esigenza regolatoria ma piuttosto nascono con l'intento di dare una qualche razionalità agli istinti commerciali. Tali istinti non sono altro che le prassi attraverso cui gli operatori economici interagiscono tra loro in un mercato *legibus solutus*, all'interno del quale ancora non esistono regole di impostive – si pensi ad esempio a certi casi di operazioni commerciali che avvengono nell'ambito delle nuove tecnologie – e ad essi può ricondursi il concetto di *cosmos*.

¹¹⁷ F.A. von HAYEK, «La confusione del linguaggio nel pensiero politico», op. cit. p. 83

¹¹⁸ F.A. von HAYEK, *ivi*. p. 85.

¹¹⁹ F.A. von HAYEK, *ivi*. p. 86.

¹²⁰ F.A. von HAYEK, *ivi*. p. 87.

Pertanto, se nella *taxis*, ove un finalismo genetico evoca una volontà esterna dell'organizzatore diretta a stabilire la norma dei comportamenti, è evidente come si genera la regolarità, nel *cosmos*, dove invece non vi è alcun finalismo ma solo auto regolazione, come si genera tale regolarità? A questo punto, nell'analisi di von Hayek sopraggiunge la seconda dicotomia, quella che riguarda la differenza tra *nomos e thesis*. *Nomos*, secondo Hayek, è «una norma universale di comportamento giusto, valida per un numero imprecisato di casi futuri ed egualmente per tutte le persone che si trovano nelle circostanze obiettive descritte dalla norma, indipendente dagli effetti che l'osservanza della norma produrrà in una situazione particolare. Queste norme delimitano i confini dei singoli campi protetti consentendo a ogni persona o gruppo organizzato di conoscere quali mezzi possono impiegare per perseguire i loro fini ed evitare così ogni conflitto tra le azioni delle differenti persone [...]. Esse portano al formarsi di un ordine spontaneo, egualmente astratto e indipendente da ogni fine, o *cosmos*». ¹²¹

Nel proseguo dell'opera Hayek indica *thesis* come «qualsiasi norma che sia applicabile solo a qualcuno in particolare o che serva ai fini di chi formula le norme. Sebbene queste norme possano essere ancora in varia misura generali e riferirsi ad una molteplicità di casi particolari, si trasformeranno impercettibilmente da norme nell'accezione usuale del termine in ordine particolari. Esse sono lo strumento necessario per gestire un'organizzazione o *taxis*». ¹²²

Von Hayek, successivamente, chiarisce che tale macro distinzione dicotomica «corrisponde grosso modo» alla classica distinzione che intercorre tra diritto privato e diritto pubblico. Il primo riguarda principalmente i processi di ricerca e di innovazione giuridica; il secondo attiene all'attività legislativa vera e propria. Il diritto pubblico «determina una sorta di sovrastruttura eretta principalmente per proteggere un ordine spontaneo pre-esistente e per applicare le norme su cui questo poggia» ¹²³.

¹²¹ Ivi, p. 88.

¹²² Ivi, p. 88-89.

¹²³ Ivi, p. 90.

E' interessante notare che in questo passaggio il filosofo austriaco non ha solo definito i differenti ambiti in cui operano il diritto pubblico ed il diritto privato, egli ne ha altresì definito la differente natura ontologica: nella logica di mercato, le prassi sono necessariamente pre esistenti alle norme che successivamente le regoleranno ed esse, pertanto, attengono non ad un interesse generale di cui si fanno carico le norme ma rappresentano esclusivamente gli interessi dei singoli o di un ristretto gruppo di essi.

Un ulteriore passaggio consente ad Hayek di riassumere le due grandi dicotomie di cui sopra nell'antitesi di *nomocrazia* e *teleocrazia*. Spiega il filosofo che «una nomocrazia corrisponde al [...] *cosmos*, che si basa interamente su norme generali o *nomoi*, mentre una teleocrazia corrisponde ad una *taxis* (ordinamento o organizzazione), indirizzata a fini particolari o *teloi*»¹²⁴. «La struttura ordinata prodotta dal mercato è – conclude Hayek – [...] non un'organizzazione, ma un ordine spontaneo o *cosmos* e proprio per questo motivo è, sotto molti aspetti, fondamentalmente diversa da quell'ordinamento o organizzazione, che in modo originale e appropriato si chiamò economia»¹²⁵.

In sostanza le tesi di Hayek fondano il criterio di distinzione non tanto sull'essenza dell'ordine, quanto sul modo di farsi ordine, alla qualità delle norme, le quali, sempre necessarie, pongono il fondamento così al *cosmos* come alla *taxis*.

Si è osservato che le tesi di Hayek più che assurgere a teorie generali esprimono la preferenza per un tipo di Stato e di attività legislativa, sviluppando una posizione dogmatica appartenente non tanto alla dottrina economico giuridica quanto a quella della storiografia politica¹²⁶. Ed in effetti nelle pagine di Hayek la ricerca sembra volta, in particolare, a dimostrare le basi effettive che determinano i diversi comportamenti umani e forse anche, in una prospettiva diacronica, i diversi atteggiamenti sociali. Ciò è fatto attraverso l'accostamento dei due binomi, congiungendo *cosmos* con *nomos* e *taxis* con *thesis*: in questo modo Hayek rende

¹²⁴ Ivi, p. 99-100.

¹²⁵ Ivi, p. 100-101.

¹²⁶ N.IRTI, "L'ordine giuridico del mercato", op. cit p. 8.

meno labile il fondamento delle forme di ordine, le quali si consolidano e nelle norme qualitativamente diverse tra loro. Vi è, tuttavia, un vizio in questo costruito logico che si rende evidente laddove Hayek deve spiegare l'origine di quei *nomoi* che vengono trovate: chi e dove la effettua questa invenzione e come? A queste domande si trova risposta nel corso dell'opera, sebbene gli argomenti utilizzati dal filosofo austriaco, di fatto, annullino la dicotomia di ordine spontaneo e ordine artificiale, di *cosmos* e *taxis*. Egli, infatti, sembra oscillare tra varie soluzioni, proponendo «norme universali di comportamento giusto»; poi richiamandosi ad un diritto basato su sentenze dei giudici e su casi precedenti; oppure disegnando una riforma degli organi rappresentativi. In conclusione, tuttavia, ciò che secondo l'autore caratterizza la validità di una legge è rappresentato dal carattere di generalità e astrattezza. Un'assemblea legislativa «può essere suprema solo quando esercita la capacità di legiferare nel senso stretto di stabilire il *nomos* valido [...]. Tutto ciò che occorre è una corte di giustizia che possa dire se gli atti dell'assemblea legislativa possiedono o no certe proprietà fondamentali che ogni legge valida deve possedere¹²⁷. Seguendo questa logica però Hayek conferma che il *nomos* non è altro che una norma creata dalla volontà imperativa di un organo¹²⁸; ecco che così sfuma completamente il fondamento logico della separazione dicotomica inerente all'essenza delle norme e permane solo una distinzione qualitativa in quanto le une (i *nomoi*) provvedono per modelli generali e astratti, le altre (*thesis*) mirano a fini specifici e dettano disposizioni particolari.

L'articolata teoria di Hayek possiede il pregio di mostrare che il mercato, in quanto ordine degli scambi, necessita di regolarità determinate da norme prodotte

¹²⁷ F.von HAYEK, " *La confusione del linguaggio nel pensiero politico* " op. cit. p. 104.

¹²⁸ Nell'impostazione filosofico-politica del costituzionalismo liberale l'attività legislativa alla base delle idee di Norma di Legge; Governo secondo la Legge; Separazione dei Poteri doveva risolversi nella produzione di norme generali e astratte, non particolari. Tale attività doveva essere svolta dall'assemblea legislativa, dal parlamento e come corollario necessario doveva prevedere il controllo di una Corte di Giustizia. Essa rappresenta solamente un modello regolativo, ciò che appare più importante è, invece, l'impostazione ideologica che la caratterizza: la sempre maggiore necessità di regole ha comportato, *mutatis mutandis*, il proliferare di diversi modelli di produzione legislativa, laddove l'organo di produzione non possiede, necessariamente, il carattere della rappresentatività democratica e le norme da esso prodotte non si informano ai principi di generalità e astrattezza. Sul tema si veda, G. SOLARI, " *La formazione storica e filosofica dello stato moderno* ", 1985.

dal proprio statuto giuridico. In quest'ottica appare, pertanto, impossibile pensare che un mercato, come qualsiasi istituto dal quale derivino regolarità, possa essere disciplinato da una c.d. «mano invisibile»; al contrario, esso dovrà essere creato da regole giuridiche e di regole giuridiche dovrà a sua volta dotarsi e renderle visibili. Si viene così a creare una forte compenetrazione tra legge e mercato, *rectius* un procedimento di confusione tale per cui sarebbe impensabile che il mercato potesse esistere indipendentemente dalla legge, poiché il mercato è la legge che lo governa e lo costituisce. Partendo da tali premesse si arriva anche a spiegare l'essenza del mercato, il quale è *locus artificialis* e non *locus naturalis*¹²⁹; ordine costruito e non ordine trovato nell'originaria natura degli uomini. La dicotomia di Hayek tra *nomoi* e *thesis*, tra leggi generali e ordini particolari; il quotidiano disputare tra rappresentanti del mondo dell'impresa, economisti e mondo politico intorno alle regole del mercato; tutto dimostra che il mercato può assumere diverse forme e svolgersi in strutture tra loro differenti e questo poiché il mercato è disegnato artificialmente attraverso processi di legificazione.

2. Le regole nello spazio.

Un requisito fondamentale delle norme e delle regole in generale è la loro dimensione spaziale, una delle loro caratteristiche essenziali è, infatti, quella di spiegare effetti all'interno di una determinata area geografica. Ora, dal momento che l'attività di produzione regolatoria è un'attività demandata agli organi di governo di un ente, qualora tale attività sia riconducibile all'attività di produzione normativa statale, essa necessita di tenere in considerazione un ulteriore requisito spaziale: il territorio dello stato. In questo senso il sistema gerarchico di regole, secondo il quale quelle subordinate hanno effetto in quanto quelle sovraordinate glielo concedono, vede il proprio apice nel momento in cui

¹²⁹ Questi concetti sono espressi in modo complesso e analitico in N. IRTI, “*Persona e mercato*”, in Riv. dir. civ., 1995, I, pp. 289-98, e in N. IRTI, “*Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*”, in Riv.dir.civ., 1997, pp. 185-91.

la fonte di produzione è quella statale. A questo livello i confini spaziali del territorio coincidono con quelli di efficacia delle regole.

Sono noti gli insegnamenti di Carl Schmitt sullo spazio e sulle discipline che si occupano di governo del territorio.

All'origine di ogni processo storico, vi è per Schmitt un fatto ben preciso, concreto, il solo che consenta all'uomo di divenire un attore nel fenomeno storico, di radicarsi nel regno della storia. Questo fatto, che inaugura ogni nuova epoca storica, è un avvenimento di natura 'spaziale': conquista, appropriazione di terra (*Land*), "la storia del mondo è una storia di conquiste di terra"¹³⁰. Emerge fin da subito il tipico nesso che Schmitt instaura tra fenomeni storici e considerazioni di ordine spaziale, o geografico. Occupando un territorio, fondando una città o deducendo una colonia, l'uomo si colloca storicamente¹³¹: sia che conquisti uno spazio fino a quel momento libero, sia che lo sottragga al legittimo possessore, è questo atto primordiale che secondo Schmitt fonda la storia e con essa il diritto.

L'occupazione di terra è il *radical title*, il titolo giuridico nel quale si radica ogni ordinamento sociale, politico ed economico, l'archetipo di un processo giuridico costitutivo, precedente alla stessa distinzione tra *dominium* e *imperium*, tra proprietà privata e proprietà pubblica. E' l'atto che inaugura la coscienza storica di una comunità, unendo in sé localizzazione in uno spazio (*Ortung*) e creazione di un ordinamento (*Ordnung*): tutte le regolamentazioni, le leggi, le istituzioni successive (l'*ordo ordinatus*) presuppongono questa acquisizione originaria di terra (l'*ordo ordinans*) e la altrettanto primitiva divisione del suolo (*divisio primaeva*) che ne consegue; non può cioè esservi storia di una comunità, storia umana, se non sulla base di tale radicamento nell'elemento terra¹³².

¹³⁰ C. SCHMITT, "Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo"; Milano, 2002, p. 135.

¹³¹ C. SCHMITT, "Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum", Köln, trad. it. *Il nomos della terra*, Milano, p. 59

¹³² R. IMPERIALI "Il nomos della terra di Carl Schmitt ovvero genealogia della globalizzazione", 2008, p. 4.

Di tutto ciò è memoria la parola greca *Nomos*, alla quale, dice Schmitt, “*vorrei restituire [...] la sua forza e grandezza primitiva*”¹³³. il termine *nomos*, che ai nostri giorni viene perlopiù tradotto con “legge”, deriva dal verbo greco *nemein* che in realtà possedeva in origine altri significati tra loro strettamente intrecciati, che stanno ad indicare: 1) la presa di possesso, la conquista che è *in primis* “conquista di terra”, *nomos* cioè come *Nehmen-Nahme* (prendere, presa...); 2) la divisione e la spartizione della terra acquisita, l’istituzione di recinzioni e confini, l’attivazione di un regime di proprietà *dominium* o *imperium*, *nomos*, cioè come *teilen* (dividere, spartire..) e infine 3) il ‘coltivare’, il valorizzare il terreno spettante dalla divisione, e dunque la produzione, il consumo, *nomos* cioè come *weiden* (pascolare...).

Indipendentemente dall'esattezza filologica di queste etimologie, l'intento concettuale è chiaro: nei tre termini tedeschi *Nehmen-Teilen-Weiden* che rinviano alla parola greca *Nomos*, risuona l'accezione originaria del termine, che rimanda a sua volta, dice Schmitt, “*nel nostro contesto storico-giuridico*” al “*suo collegamento con un processo storico, con un atto costitutivo dell'ordinamento dello spazio*”¹³⁴.

La dottrina schmittiana in definitiva si propone di trovare il principio fondativo di ogni ordinamento giuridico (la localizzazione), ossia il nesso costitutivo di *Ordnung* e *Ortung*, che sta alla base del moderno Stato nazione e dell'iscrizione territoriale della legge¹³⁵.

L'analisi relativa alla dimensione spaziale delle regole e della legge sebbene conduca a risultati che potrebbero essere dati per scontati in ambito politico-giuridico, in realtà costituisce il nucleo centrale da cui partire per affrontare un esame critico di fenomeni complessi e non ancora del tutto risolti quali la globalizzazione, il *dumping* sociale, il *law shopping*, e le politiche di libero scambio.

¹³³ C. SCHMITT, “*Il nomos della terra*” op. Cit. P. 54

¹³⁴ C. SCHMITT, “*Il nomos della terra*” op. Cit. P. 60.

¹³⁵ A. PERULLI, “*Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*”, in *Lav. e Dir.*, a. XXV, n. 1, 2011, p. 14.

L'elemento critico è costituito dal fatto che il mercato, che pure all'interno degli stati nazionali si fonda su un ordine legislativo più o meno stringente, si estende su scala globale, deterritorializzandosi e de-statalizzandosi¹³⁶.

Ecco che allora il legame, apparentemente banale, tra spazio individuato (o localizzato) e ordinamento comincia a vacillare quando essi vengono presi in considerazione in una dimensione globale, dove alcuni operatori economici appartenenti ad un determinato ordinamento trovano più conveniente rivolgersi a regole poste in essere da altri ordinamenti (*law shopping*); o dove alcuni operatori economici localizzano la propria attività in aree in cui possono beneficiare di disposizioni meno restrittive in materia di lavoro o in cui il costo del lavoro è inferiore, ponendo in essere una sorta di concorrenza sleale - talvolta apparentemente tutelata dagli stessi organi istituzionali¹³⁷ - praticando prezzi al ribasso in cui a rimetterci sono i diritti sociali dei lavoratori e la stessa tenuta del mercato del lavoro (*dumping sociale*).

In questi termini il lavoro definitivo svolto da Carl Schmitt non rappresenta una mera operazione filologica, ma il tentativo di porre l'età presente in una prospettiva storica adeguata, di prenderne le distanze per meglio comprenderne le trasformazioni. Se l'età contemporanea - l'età globale - è anche, come ormai da più anni si sottolinea, l'età della 'crisi' dello Stato, riscoprire nell'attuale momento storico l'originaria valenza spaziale del vocabolo *Nomos*, serve a ricordare come ogni fenomeno "politico" debba essere ricondotto alle condizioni spaziali dell'epoca in cui è sorto, venute meno o modificate le quali, la sua struttura non può che rivelarsi 'datata': "*se nonostante tutto ciò io impiego di nuovo il termine Nomos nel suo senso originario, non lo faccio per far rivivere di nuova vita artificiale miti sepolti, o per evocare vuote ombre. Il termine Nomos è per noi utilizzabile perché in grado di preservare cognizioni che sorgono dalla*

¹³⁶ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale" op cit. P. 15.

¹³⁷ Il riferimento, volutamente provocatorio, è indirizzato alle notissime sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Commissione co. Lussemburgo* rese recentemente dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

*problematica mondiale odierna, dal pericolo di essere scambiate con termini e concetti appartenenti alla scienza giuridica dello stato del secolo XIX*¹³⁸.

3 - Le conseguenze dell'abbattimento dei limiti spaziali sull'attività regolativa.

Come evidenziato nel paragrafo che precede, l'attività di creazione di regole è strettamente legata ad una dimensione territoriale in cui questa si inserisce: anzi, lo spazio determinato rappresenta un requisito della stessa attività.

Tuttavia, tale requisito spaziale viene oggi messo in discussione dalle dinamiche della globalizzazione, che come noto abbattano i confini spaziali e commerciali in nome di un'economia e di una cultura che operano all'interno di un solo paese: il Mondo.

Naturalmente, messe in questi termini le implicazioni della globalizzazione spaventano, primi tra tutti gli "addetti ai lavori", coloro che con le regole ci lavorano: i giuristi.

In ambito comunitario si è così discusso in relazione alla stesura di un codice civile europeo ispirato ai principi di giustizia sociale, incastonati nelle tradizioni costituzionali comuni¹³⁹. Questo sembra un modo per correre ai ripari, nel senso di salvare l'*optimum* del diritto privato costituzionalmente tutelato all'interno dei vari paesi membri per poi utilizzarlo al fine di creare un codice civile europeo dotata della forza necessaria a contrastare le spinte globalizzanti.

La costituzionalizzazione del diritto, acquisirebbe nuove prospettive ed una valenza ancora ulteriore, con l'efficacia giuridica della Carta di Nizza richiamata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona¹⁴⁰.

In particolare è importante sottolineare che i diritti fondamentali riconosciuti nel Trattato godono di efficacia orizzontale diretta: essi, giacché disposizioni del

¹³⁸ C. SCHMITT, "Il *nomos della terra*", op. Cit. P. 60.

¹³⁹ Sull'argomento si veda il contributo "Study Group on Social Justice" in European Private, 2004.

¹⁴⁰ B. CARUSO, "Il contratto di lavoro come istituzione europea" in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. IT, n. 84, 2010, p. 18, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm

diritto primario europeo non solo vincolano gli stati ad applicarne le disposizioni, ma si applicano direttamente anche nei rapporti interprivati in ragione dell'effetto indirettamente estensivo, anche indipendentemente dalle delimitazioni formali delle competenze, che tutte le disposizioni universali sui diritti fondamentali finiscono per produrre¹⁴¹.

Tuttavia, tali proposte che pure dimostrano pregio nonchè evidenziano una certa coerenza sistematica all'interno dell'ordinamento comunitario, non hanno un respiro globale. Esse rappresentano un rimedio per l'Unione e per i Paesi che vi aderiscono ma proprio per questo esse rimangono sempre agganciate ad un requisito di territorialità, per quanto internazionale. Di certo l'applicazione di tale norme non sarebbe immaginabile a livello intercontinentale, nè tanto meno tra due paesi di cui nessuno appartiene all'Europa.

Il problema, in realtà non sembra risolvibile attraverso un approccio di diritto positivo¹⁴², inoltre, passando ad un livello di analisi superiore sembra che per poter parlare concretamente di un diritto globale sarebbe opportuno specificare prima di quale diritto si sta parlando. Il diritto civile, infatti, come quello commerciale o quello delle comunicazioni, per esempio, possono variare sensibilmente a seconda del paese. Il campo di indagine deve allora spostarsi su terreni comuni, dove il diritto è inteso allo stesso modo, indipendentemente dalla nazione o dal continente.

In questo senso i diritti sociali potrebbero rappresentare un ottimo compromesso, poichè l'attività di sensibilizzazione operata su questo tema da Stati, organizzazioni internazionali e associazioni di rappresentanza delle parti sociali è stata estesa. Ad oggi il messaggio ha decisamente raggiunto un numero di interlocutori tale da potersi parlare di un "linguaggio globale" in materia di tutela dei diritti sociali.

¹⁴¹ I. PERNICE "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action", in CJEL, 2009, pp. 349-208.

¹⁴² Prototipo di un tale strumento è rappresentato dall'*Alien Tort Claims Act* statunitense, che consente ai cittadini stranieri di intentare causa nei Stati Uniti per qualsiasi reato commesso in violazione del diritto delle genti o di un Trattato degli Stati Uniti, sul punto si veda *infra*, capitolo III.

Fatte tali premesse un rimedio potrebbe allora essere quello di un diritto sociale cosmopolita tutelabile grazie all'attività meritoria e pionieristica di alcune Corti nazionali e sovranazionali¹⁴³.

Si veda ad esempio la sentenza *Demir et Baykara* del 12 novembre 2008, attraverso la quale la *Grand Chambre* della Corte di Cassazione ha definitivamente riconosciuto il diritto di negoziazione collettiva quale garanzia protetta dall'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, relativo al diritto di fondare un sindacato e di aderirvi, con ciò modificando un precedente e consolidato orientamento.

Sul punto si veda anche la sentenza *Enerji Yapi Yol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009, attraverso la quale la Corte di Strasburgo ha sancito per la prima volta che il diritto di sciopero deve essere elevato al rango di diritto protetto dalla normativa europea sui diritti dell'uomo, attirandolo in tal modo nell'orbita dell'art. 11 della Cedu sulla libertà sindacale.

Inoltre, non può essere taciuta l'attività di estensione globale dei diritti sociali che viene portata avanti da alcune corti "ultrastatali", in particolare *l'Appellate Body* del WTO. Anciticipando, così, uno dei temi che formeranno oggetto di una più attenta indagine nel capitolo successivo, è interessante notare qui che tale organismo, benchè esso sia in ultima analisi di derivazione negoziale, ha provveduto in più occasioni a tutelare i diritti sociali di fronte a controversie sorte nell'ambito del commercio internazionale¹⁴⁴.

E' noto il caso *Gasoline*, dove l'organo di appello del WTO, nel riferirsi al ruolo delle disposizioni a tutela dei diritti sociali previsti da un trattato ha espressamente dichiarato che "*un'interprete non è libero di adottare un'interpretazione che ridurrebbe intere clausole o paragrafi di un trattato a disposizioni ridondanti o inutili*"¹⁴⁵.

¹⁴³ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?", p. 32.

¹⁴⁴ G. NESI, L. NOGLER, M. PERTILE, "Child Labour in a Globalized World: A Legal Analysis of ILO Action", 2008, p. 342 ss.

¹⁴⁵ APPELLATE BODY, *Report Usa-Gasoline*, at. 21

Riguardo a tale argomento, inoltre, la dottrina italiana¹⁴⁶ e la dottrina internazionale hanno segnalato l'importante caso *Shrimp/Turtle*, in seguito al quale "l'*Appellate Body* del WTO ha confermato che importanti restrizioni possono essere giustificabili secondo la normativa del WTO per proteggere i valori che discendono dai diritti umani"¹⁴⁷.

Indubbiamente tali misure non rappresentano il modello sul quale si potrà stabilire un futuro e necessario sistema di regolazione del mercato e dei diritti esterni al mercato in un mondo globalizzato. Quanto meno questo può essere vero per quel che riguarda corti ultrastatali come l'*Appellate Body*, poichè il suo giudizio potrebbe sempre essere disatteso, per esempio in ragione dell'importanza che lo stato soccombente ricopre all'interno dell'Organizzazione.

Il discorso certamente assumerebbe un altro verso se l'organo giudicante osse una corte suprema di natura sovranazionale, nel senso di un organo dotato di una potestà cogente e la cui legittimazione fosse non meramente negoziale ma avesse radici negli ordinamenti costituzionali degli stati.

Naturalmente si tratterebbe di una cessione di autorità decisionale da parte dei Paesi che non sembra possa considerarsi attuabile nell'arco di un breve periodo.

4 - I sistemi alternativi a quelli del “mercato regolato”: *L’Evolutionary economics*.

Tradizionalmente la teoria economica ha cercato le leggi (o la legge) universali che regolano il sistema economico¹⁴⁸, così come Newton cercava la legge di gravitazione universale. Le teorie del liberismo economico, infatti, prevedevano una teleologia economica all'efficienza, ovvero che l'istinto economico del mercato, in assenza di interventi esogeni di natura statale, era tendenza orientata, per esempio, verso l'equilibrio. In tal senso risulta paradigmatica, la "teoria

¹⁴⁶ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?", p. 35.

¹⁴⁷ R. HOWSE, "The WTO System: Law, Politics & Legitimacy", 2007, p. 205.

¹⁴⁸ Per un'analisi generale sul tema cfr. M. WEBER, "Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società", Donzelli, 1993.

dell'equilibrio economico generale" formulata da Leon Walras¹⁴⁹, come anche il concetto di "ottimo paretiano" proposto dall'economista Vilfredo Pareto, il quale si realizza quando l'allocazione delle risorse è tale che non è possibile apportare miglioramenti paretiani al sistema, cioè non si può migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro.

Se si prende, infine, l'analisi economica formulata da Karl Marx, ci si rende conto che lo scopo di questa è comprendere la finalità intrinseca del capitalismo, il suo punto necessario di arrivo e compimento, che il filosofo individua nella rivoluzione: Marx vede nel comunismo il fine storico del capitalismo¹⁵⁰.

La teoria economica classica, quindi, è una teoria assolutamente determinista: trovati i principi universali, le regole base, è possibile comprendere la finalità intrinseca del sistema stesso la quale è unica e sempre valida. Per esempio, nel modello concepito da Adam Smith l'equilibrio che la mano invisibile produce è visto come tendenza assoluta del sistema e una caratteristica intrinseca del sistema¹⁵¹.

Quello che accomuna tutte le teorie sopra richiamate e che è interessante notare con riferimento all'oggetto di questa ricerca, è che l'analisi alla base di esse presuppone pur sempre l'esistenza di un mercato regolato, di un mercato dove si da per scontata l'esistenza di regole che caratterizzano lo scandirsi delle azioni che nel loro insieme costituiscono il mercato.

Il liberismo, ad esempio presuppone l'assenza dell'intervento statalista nell'agire economico che si orienta autonomamente ma non ne presuppone l'assenza *tout court*.

Tuttavia vi sono teorie economiche che prescindono non solo dalla presenza di regole e dalla loro certezza ma anche dalla teleologia che caratterizza il pensiero economico classico¹⁵². Tra queste è la più nota è la teoria della c.d. *Evolutionary economics*, e nella quale ciò che cambia rispetto alle teorie tradizionali è che la

¹⁴⁹ L. WALRAS, "Elementi di economia politica pura", 1874, Torino, 1974.

¹⁵⁰ K. R. POPPER, "Contro Marx", Armando, 2000, p. 82.

¹⁵¹ M. LIEBERMAN, R.E. HALL, "Introduction to economics", 2005, p. 266.

¹⁵² In generale sull'argomento cfr. M. LOMBARDI, F. SQUAZZONI, "Saggi di economia evolutiva" 2005.

visione non è più determinista, non si cerca più la legge economica universale, ma si concepisce il sistema come qualcosa che si riproduce a partire e grazie al suo, disequilibrio intrinseco¹⁵³. Il sistema economico si riproduce come un programma capace di riprogrammare se stesso, quindi capace di modificare quelle che, di volta in volta, sono le sue regole di base.

Visto in questo modo il sistema passa attraverso una serie di stati di organizzazione successivi senza alcun teleologismo intrinseco: ovvero non c'è alcuna finalità storica da adempiere, il sistema, semplicemente, si riproduce modificandosi. Le modificazioni sono indotte dal disequilibrio stesso, sono delle risposte al disequilibrio che, piuttosto che produrre un equilibrio stabile, ripropongono il disequilibrio ad un livello successivo¹⁵⁴. Un problema puntuale viene risolto, ma questa risoluzione produce altri scompensi che una successiva evoluzione del sistema cercherà di risolvere.

L'economia non è più produzione ma riproduzione, secondo la logica che è sottesa al funzionamento dei modelli complessi, i quali, a livello scientifico-matematico funzionano esattamente così: sono dei programmi che si riprogrammano e che tendono a riprodurre un equilibrio dinamico, sempre disequilibrato dove il rischio è sempre quello che il tutto entri nel caos, ovvero nell'assoluta imprevedibilità dello stato successivo¹⁵⁵.

Tornando al tema del mercato, nell'ottica di un mercato globalizzato si pone l'obbligo di mettere in relazione l'insegnamento del nesso costitutivo di *Ordnung* e *Ortung*, che, come visto, sta alla base del moderno Stato nazione e dell'iscrizione territoriale della legge, creando il fondamento di ogni ordinamento giuridico (la localizzazione), con l'esperienza di delocalizzazione degli ordinamenti giuridici determinati dalla globalizzazione.

Il proliferare di rapporti commerciali che sfuggono alle regole riconducibili ad un ordinamento giuridico "interno" dà vita a un nuovo modello di mercato che sembra

¹⁵³ D. B. HAMILTON, "Evolutionary Economics: A Study of Change in Economic Thought", 1953, p. 44.

¹⁵⁴ D. B. HAMILTON, *ivi*, p. 50.

¹⁵⁵ G. BRANDO, A. PUGLIESE, "I sistemi economici complessi e l'economia del mondo reale. La teoria dello sviluppo tra presente e passato", 2012, p. 34.

ben identificabile con il paradigma descritto dai modelli di *Evolutionary economics*.

In tal senso, infatti, sembra che la possibilità di operare in un mercato dove l'assenza di confini che contengano il limite dell'agire conduca ad un mercato in cui le regole servono solo a portare a termine una o molte operazioni che non hanno alcun legame teleologico.

La conclusione di affari tra operatori economici appartenenti ad uno stesso paese, ma che operano nel mercato globale, secondo regole che non appartengono al loro stato di origine, è qualcosa di lecito e usuale al giorno d'oggi. Le imprese in questione, ad esempio, pur avendo una connotazione territoriale e pur essendoci delle regole nel paese dove esse sono domiciliate, non agiscono applicando tali regole ma scelgono altre norme più convenienti che troveranno nel mercato globale senza confini (*law shopping*).

Ecco che in questo modo il comportamento economico di tali operatori sfugge al controllo di regole certe applicabili all'interno di un territorio circoscritto, essi sono liberi di agire secondo l'istinto che li caratterizza: la massimizzazione del profitto. L'istinto non soggiacendo ad alcuna regolarità produce disordine, imprevisto, mancanza di previsione.

Per tale motivo il sistema economico globalizzato ricorda quei sistemi di economia evolutiva in cui è il susseguirsi di eventi imprevisti e di scompensi a determinare l'evolversi dell'economia e della società.

CAPITOLO TERZO

LA REGOLAZIONE DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE E LE IMPLICAZIONI NEL MERCATO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Globalizzazione, concorrenza regolativa, *dumping* sociale e libero scambio: molte facce di una sola medaglia. - 2. Il nuovo assetto degli interessi economici e la difficile relazione con i diritti sociali. - 3. I principali attori della regolazione del commercio internazionale: organizzazioni internazionali e *transnational enterprises*. - 3.1 Segue. Le *transnational enterprises*. - 4. Nuovi approcci e nuove forme di regolazione. - 4.1. Esperienze regolative attuate attraverso strumenti di *hard law*. - 4.2. Esperienze regolative attuate attraverso strumenti di *soft law*. - 4.3 Segue. Gli *international frameworks agreements*. 5. Le tecniche regolative di integrazione regionale.

1. Globalizzazione, concorrenza regolativa, *dumping* sociale e libero scambio: molte facce di una sola medaglia.

Da un punto di vista delle relazioni internazionali l'attività regolatoria è fortemente influenzata dall'attività di scambio, l'attività commerciale. Questo perché, come accennato in chiusura del precedente capitolo, il commercio internazionale è un motore potente dei processi di globalizzazione e per tale motivo esso provoca conseguenze apprezzabili in moltissimi ambiti, tra cui anche quello del lavoro.

Nel 2004, la Commissione Mondiale sulla Dimensione Sociale della Globalizzazione identificò circa 65.000 imprese multinazionali con 850.000 filiali estere come attori chiave alla guida di un flusso costante di investimento diretto straniero nei confronti dei paesi in via di sviluppo¹⁵⁶. Nel suo studio la Commissione Mondiale osserva che, in assenza di equilibrate regole multilaterali a disciplina di tali investimenti diretti da parte di paesi stranieri,

¹⁵⁶ Tali informazioni possono essere consultate sul sito dell'Organizzazione Mondiale per il Lavoro www.ilo.org, rapporto WCSDG, 2004, p. 33, para 159, di cui la Commissione Mondiale sulla Dimensione Sociale della Globalizzazione è un organo.

sarebbe stato opportuno tenere alto il livello di guardia poichè l'aumento della competizione tra i paesi in via di sviluppo li stava altresì inducendo a spingersi troppo oltre nell'abbassare i livelli di norme, tasse, protezione ambientale e standard a tutela delle condizioni di lavoro.¹⁵⁷

Le preoccupazioni mostrate dalla Commissione sembrano essere del tutto fondate e trovano il loro corrispettivo scientifico nella nota teoria della della competizione regolatoria¹⁵⁸, che spiega quel fenomeno in che coinvolge il diritto, l'economia e la politica, relativo alla volontà dei legislatori a competere tra loro nel tipo di diritto offerto al fine di attirare imprese o altri soggetti a operare nella loro giurisdizione. Cio' è ancora più vero in un'epoca, come quella moderna, dove un fattore di produzione "capitale" è divenuto mobile, cosicché le imprese tendono a migrare verso i sistemi dotati di regole più "efficienti", nel senso fatto proprio dall'analisi economica del diritto¹⁵⁹.

E' evidente che gli stessi soggetti istituzionali, ovvero gli organi di governo nazionali, avranno interesse ad offrire un tessuto normativo "attraente" per quegli investitori che stanno cercando una nuova localizzazione produttiva¹⁶⁰. Questo, spesso a discapito di un sistema normativo garantista e piuttosto orientato verso gli interessi degli investitori esteri.

Se quella sopra accennata è la situazione che si sta delineando in questi anni all'interno dell'area dei paesi in via di sviluppo, nell'ambito dei paesi occidentali o di influenza occidentale la delocalizzazione produttiva verso paesi a bassi standards sociali non ha già assunto dimensioni effettive e sembra piuttosto essere utilizzata come una minaccia per flessibilizzare i sistemi di diritto del lavoro¹⁶¹.

¹⁵⁷ Si veda www.ilo.org, rapporto WCSDG, 2004, p. 34, para 162 e p. 86, para 389.

¹⁵⁸ D.C. ESTY, D. GERADIN, "*Regulatory competition and Economic Integration*", Oxford, 2001. Sul punto si veda anche W. BRATTON, J.A. MC CAHERY, S. PICCIOTTO, R. SCOTT, "*International Regulatory Competition and Coordination*", Oxford, 1997.

¹⁵⁹ A. PERULLI, "*Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*", op. cit. p. 14.

¹⁶⁰ A. PERULLI, *ivi*. p.14

¹⁶¹ A. PERULLI, *ivi*. Sul punto si veda inoltre quella dottrina che ha analizzato da tale prospettiva il noto e recente caso FIAT: L. MARIUCCI, "*Note su un accordo singolare*", www.lavoce.info, 2010; M. BROLLO, "*Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*", in *ADL*, n. 6, p. 1095, 2010; R. PESSI, "*La contrattazione in deroga: il "caso" Pomigliano*", in *ADL*, n. 6, p. 1119, 2010.

Infatti questo fenomeno noto come globalizzazione se da un punto di vista sociologico comporta l'abbattimento e la progressiva scomparsa dei particolarismi delle singole culture locali a vantaggio di una cultura standardizzata o globale, appunto; da un punto di vista giuridico esso fa sì che alcuni operatori economici, in particolare le imprese multinazionali, abbiano interesse affinché i particolarismi degli ordinamenti giuridici statali sopravvivano (apparentemente) indipendenti. Di fatto, come detto, spesso accade che i paesi dalle economie meno sviluppate, pur di ospitare la produzione delle grandi imprese all'interno dei loro confini, regolino *ad hoc* i propri ordinamenti rendendoli adeguati alle necessità dell'investitore.

Logicamente collegato al fenomeno della competizione regolatoria ve ne è un'altro, ben noto alla dottrina nazionale ed internazionale¹⁶² e che in un qualche modo rappresenta l'epilogo di quanto detto in tema di *regulatory competition*. Si tratta del complicato fenomeno del *dumping* sociale.

L'espressione *dumping* sociale rappresenta molteplici aspetti di un problema complesso e sfaccettato. Benché, infatti, essa si riferisca a fenomeni diversi, quali l'importazione di prodotti provenienti da paesi dove le condizioni di lavoro non sono considerate dignitose secondo i parametri delle democrazie occidentali, ovvero, le prestazioni di servizi transfrontalieri in cui le imprese utilizzano manodopera proveniente da stati ove il costo del lavoro è minore rispetto a quello locale, ovvero, ancora, la delocalizzazione della produzione in ambiti caratterizzati da livelli remunerativi e regimi normativi più favorevoli alle imprese, l'elemento da cui deriva il fenomeno pare, in ultima analisi, rappresentato dalle differenze di regolamentazione sociale proprie dei singoli ordinamenti che, di converso, determinano (direttamente o indirettamente) diversità di costi del fattore lavoro¹⁶³.

In tal senso si può identificare la matrice del *dumping* sociale proprio nell'utilizzo (*rectius* nello sfruttamento) da parte delle imprese di tali differenze

¹⁶² A. LYON CAEN, "A proposito del *dumping* sociale", in *Lav e Dir.*, n. 1, 2011.

¹⁶³ A. LYON CAEN, "ivi. Sul punto si veda anche F. GAUDU, "Libéralisation des marches et droit du travail", in *Droit sociale*, p. 505 e ss.

per localizzare e distribuire le relative attività produttive e commerciali¹⁶⁴, utilizzo che, come detto, tende ad orientare i legislatori nazionali verso un progressivo abbassamento dei livelli delle garanzie sociali, finalizzato a mantenere un adeguato livello di competitività dei singoli sistemi-paese, in coerenza ai principi della competizione regolativa.

La dottrina più attenta ha così notato, non senza una nota critica¹⁶⁵, che in un simile scenario le imprese sembrano praticare quello che è stato definito come *law shopping* poiché, in questa particolare forma di mercato, gli stati nazionali agiscono in concorrenza tra loro come fossero dei venditori, dove i beni oggetto di scambio sono le leggi statali e gli acquirenti le imprese multinazionali.

Con riferimento a questo tema bisognerebbe allora interrogarsi su quale sia il ruolo effettivo degli organi sovranazionali di garanzia quali le organizzazioni internazionali. È noto a tutti, ad esempio, che *core mission* delle Nazioni Unite sia il conseguimento della cooperazione internazionale in materia di sviluppo economico, progresso socioculturale, diritti umani e sicurezza internazionale.

A sua volta, l'Organizzazione delle Nazioni Unite si serve di diverse agenzie specializzate, a seconda dell'ambito di intervento e, in relazione allo sviluppo economico dei paesi dell'Africa, dell'Asia e dell'America Latina, l'agenzia a ciò deputata è il Gruppo Banca Mondiale.

Ogni anno la Banca Mondiale pubblica il rapporto *Doing Business*. Esso, ufficialmente, costituisce un'indagine volta ad offrire una misura quantitativa del *business environment* in cui operano le piccole e medie imprese. Più in particolare, *Doing Business* prende in considerazione i seguenti ambiti: avvio d'impresa, ottenimento dei permessi edilizi, assunzione di personale, trasferimento di proprietà immobiliari, condizioni di accesso al credito, pagamento delle imposte, protezione degli investitori, commercio transfrontaliero, dispute commerciali e procedure concorsuali.

¹⁶⁴ J.E. STIGLITZ, "Making Globalisation Work", 2006.

¹⁶⁵ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?" op. cit. p. 15, A. LYON CAEN, "A proposito del dumping sociale" op. cit.

La premessa fondamentale del rapporto è che ogni attività economica, per funzionare al massimo delle proprie possibilità, deve poggiare su un sistema normativo efficace. Le regole alla base di questo sistema devono definire chiaramente i diritti di proprietà, ridurre al minimo i costi per la risoluzione delle controversie, aumentare il livello di prevedibilità delle iterazioni economiche e offrire una protezione essenziale alle parti contrattuali contro eventuali abusi.

Tuttavia, nonostante le premesse di partenza, sulla carta del tutto lecite e “*politically correct*”, la dottrina più vigile e smaliziata ha definito il *Doing Business* come un rapporto valutativo sui diritti nazionali alla luce di criteri di efficacia economica, onde poter consigliare alle imprese la miglior delocalizzazione capitalistica¹⁶⁶. Tale definizione, che dev’essere letta alla luce di una contestualizzazione critica di questi fenomeni, in cui la competizione si intende estesa alle norme sociali e le imprese, apolide e mobili in ambito internazionale, sono indotte a praticare il *law shopping*, pone più di qualche interrogativo su quale sia l’effettivo ruolo delle organizzazioni internazionali in seno a tale vicenda.

Ma non è solo la fase della produzione, e della conseguente delocalizzazione della produzione, ad essere influenzata da questo particolare sistema. Anche il commercio, in particolare nella sua dimensione internazionale, è interessato e fortemente caratterizzato dalle conseguenze che derivano dal mercato globale. D’altra parte se quello sopra descritto non è altro che un sistema di libera produzione, nel senso che le regole (o le non regole) vengono liberamente scelte dagli attori economici, è logico che aspettarsi che le merci così prodotte vengano commercializzate seguendo una stessa logica.

Pertanto, accanto al (ed in sinergia con il) paradigma della concorrenza regolatoria si colloca quello libero-scambista, nell’ambito di un processo di liberalizzazione del commercio e di integrazione dei mercati in seno al quale

¹⁶⁶ A. PERULLI, “*Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*” op. cit. p. 15

ogni paese abolisce le proprie frontiere commerciali al fine di massimizzare il proprio vantaggio competitivo¹⁶⁷.

Il primo di gennaio 1995, sulla base del c.d. "Accordo di Marrakech" del 15 aprile 1994, è stata istituita l'Organizzazione Mondiale del Commercio.

L'OMC ha assunto, nell'ambito della regolamentazione del commercio mondiale, il ruolo precedentemente detenuto dal General Agreements on Tariffs and Trade (GATT): di quest'ultimo ha infatti recepito gli accordi e le convenzioni adottati (tra i più importanti il GATT; il General Agreement on Trade in Services - GATS - ed il Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) con l'incarico di amministrarli ed estenderli¹⁶⁸; a differenza del GATT, che non aveva una vera e propria struttura organizzativa istituzionalizzata, l'OMC prevede invece una struttura comparabile a quella di analoghi organismi internazionali¹⁶⁹. Questo significa che il motore della produzione di tali pratiche di libero scambio ha assunto un ruolo istituzionale, abbandonando la sua dimensione di pattizia, e divenendo un organismo sovranazionale.

¹⁶⁷ A. LYON CAEN, "A proposito del dumping sociale" op. cit.

¹⁶⁸ P. PICONE, A. LIGUSTRO, "Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio", Padova, 2002, p. 30.

¹⁶⁹ Secondo quanto sancito dall'Articolo IV dell'Accordo Istitutivo, l'OMC presenta la seguente struttura organizzativa: 1) una *Conferenza ministeriale* (composta da rappresentanti di tutti gli stati membri dell'OMC) che si riunisce almeno una volta ogni due anni: tale Conferenza ministeriale svolge le funzioni dell'OMC ed è abilitata a prendere decisioni in relazione a tutti gli aspetti contemplati negli accordi commerciali multilaterali sottoscritti; 2) un *Consiglio generale*, composto anch'esso dai rappresentanti di tutti gli stati membri, il quale - negli intervalli tra una riunione e l'altra della Conferenza dei ministri - esercita le funzioni proprie di quest'ultima; il Consiglio generale si riunisce, inoltre, ogniqualvolta necessario per esercitare le funzioni dell'organo di conciliazione previsto nell'intesa sulla risoluzione delle controversie nonché quelle dell'organo di esame delle politiche commerciali; 3) un *"Consiglio per gli scambi di merci"* (che sovrintende al funzionamento degli accordi commerciali multilaterali relativi allo scambio di merci - cosiddetto "GATT 1994"), un *"Consiglio per gli scambi di servizi"* (che sovrintende al funzionamento dell'accordo generale sugli scambi di servizi - cosiddetti "GATS") ed un *"Consiglio per gli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio"* (quest'ultimo denominato *"Consiglio TRIPS"*, dall'acronimo dell'accordo che ne è alla base); questi tre Consigli, che operano sotto l'indirizzo del Consiglio generale, svolgono le funzioni ad essi attribuite dai rispettivi accordi e dal Consiglio generale e si riuniscono ogniqualvolta sia necessario per esercitare le loro funzioni; la partecipazione a tali Consigli è aperta ai rappresentanti di tutti i paesi membri. 4) una serie di *Comitati specifici* (il *"Comitato commercio e sviluppo"*, il *"Comitato restrizioni per motivi di bilancia dei pagamenti"* ed il *"Comitato bilancio, finanze e amministrazione"*), per l'esercizio di specifiche funzioni attribuite loro dall'accordo istitutivo dell'OMC e dagli accordi commerciali multilaterali, nonché le eventuali ulteriori funzioni ad essi attribuite dal Consiglio generale (ad esempio, nel quadro delle sue funzioni, il *"Comitato commercio e sviluppo"* riesamina periodicamente le disposizioni speciali degli accordi commerciali multilaterali a favore dei paesi membri meno sviluppati e riferisce al Consiglio generale perché siano prese le opportune iniziative); 5) un *Segretariato*, diretto da un *Direttore generale*.

Non solo obiettivo generale dell'OMC è quello dell'abolizione o della riduzione delle barriere tariffarie al commercio internazionale; a differenza di quanto avveniva in ambito GATT, infatti, oggetto della normativa dell'OMC sono, oltre ai beni commerciali, anche i servizi e le proprietà intellettuali¹⁷⁰.

Inoltre nell'ambito della risoluzione delle controversie internazionali, su tutte tali materie competenza decisoria l'*Appellate Body* dell'OMC¹⁷¹: in questo modo l'Organizzazione, decidendo su un così ampio raggio di materie, influenza ambiti, e solo per citarne alcuni, la sicurezza ambientale, agli standard tecnici dei prodotti, la salute, il lavoro, l'ambiente. Un raggio di intervento estremamente ampio e che interessa un insieme di realtà eterogeneo ma comunque collegato da un minimo comun denominatore che può essere indentificato nella circolazione di tali materie in funzione del commercio globale.

Il commercio mondiale rappresenta quindi un sistema “sconfinato” e “generale”, un meccanismo di governo degli scambi ormai destinato a svilupparsi in una prospettiva che tenga conto degli intrecci istituzionali e regolatori fra mercato e *non trade issues*, ossia le altre sfere sociali – produzione e commercio su tutte - ed i “beni pubblici globali”, intrecci che rischiano di non essere tenuti in debita considerazione da una liberalizzazione dei flussi commerciali¹⁷².

Ecco perchè *Dumping* sociale, concorrenza regolativa, *law shopping*, liberalizzazione del commercio, si possono considerare come le molte faccine di una sola medaglia. Essi sono i concetti chiave che guidano questo processo globalizzante, al contempo cause ed effetti della globalizzazione, e comunque destinati a produrre cambiamenti sostanziali nella regolazione dei fenomeni economici su scala globale. Fenomeni ormai governati da una logica puramente competitiva, che tende alla creazione di un mercato senza diritto o, quantomeno, a dettare le regole dell'agire normativo in funzione di un mondo paneconomico

¹⁷⁰ F. JAWARA, A. KWA, “*Behind the Scenes at the WTO: The Real World of International Trade Negotiations*”, 2004, Lessons of Cancun.

¹⁷¹ Tale organo è stato istituito in seguito ai c.d. *Uruguay Round Agreements*, tenutisi tra il 1986 ed il 1994 ed è disciplinato dagli *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, entrati in vigore nel primo gennaio 1995, in particolare si veda l'art. 17.

¹⁷² M. DELMAS-MARTY, « *Le pluralisme ordonné* », 2006, Paris: Seuil ; M. DELMAS-MARTY, « *La refondation des Pouvoirs* », 2007, Paris: Seuil.

ove la convergenza interessa i mercati monetari e i flussi finanziari, mentre la divergenza dei sistemi normativi tende ad allineare i sistemi giuridici verso i modelli meno socializzati¹⁷³.

2. Il nuovo assetto degli interessi economici e la difficile relazione con i diritti sociali.

I fenomeni analizzati nel capitolo che precede sono, oggigiorno fenomeni ben noti, entrati a far parte delle conoscenze comuni e note sono anche le implicazioni socio-economiche che da essi che derivano. Tuttavia tale consapevolezza si è formata nell'arco degli ultimi dieci, quindici anni. Prima, infatti, era questione molto dibattuta nell'ambito delle organizzazioni internazionali e segnatamente all'interno dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro se dalla globalizzazione economica non potessero discendere lesioni dei diritti o degli interessi individuali e collettivi dei lavoratori¹⁷⁴. Nell'ambito dell'OIL si è molto discusso dell'opportunità di coinvolgere l'Organizzazione Mondiale del Commercio in un'iniziativa volta a migliorare il rispetto di alcune norme internazionali, a carattere fondamentale, in materia di diritti dei lavoratori. L'eventualità di adottare norme dirette a subordinare ulteriori liberalizzazioni del commercio internazionale alla prova del rispetto, da parte degli Stati beneficiari, delle convenzioni internazionali a tutela del lavoratore è un esempio delle soluzioni prospettate¹⁷⁵.

I movimenti internazionali di capitali, compresi gli investimenti esteri diretti, la crescente espansione dei volumi di scambi di beni e servizi, l'integrazione dei mercati finanziari e la delocalizzazione produttiva, con il trasferimento di interi cicli di produzione di beni ad alta intensità di lavoro in Paesi dotati di

¹⁷³ A. PERULLI, "Globalizzaione e dumping sociale: quali rimedi?", op. cit. p. 18.

¹⁷⁴ C. DI TURI, "Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro", in Riv. dir. internaz. 2000, 01, 113.

¹⁷⁵ Tale punto fu al centro di lunghe discussioni in occasione degli *Uruguay Round Agreements*, tenutisi tra il 1986 ed il 1994; così come durante la Conferenza Ministeriale di Doha nel 2001; durante la V Conferenza Ministeriale tenutasi nel 2003 a Città del Messico dove ebbe luogo il dibattito sulla clausola sociale in un meccanismo congiunto e coordinato fra OIL e OMC.

manodopera abbondante e scarsamente remunerata, hanno suscitato in Occidente il timore che le importazioni di beni prodotti in tali paesi in via di sviluppo potesse aggravare la disoccupazione che affligge le società più avanzate economicamente.

I Paesi industrializzati, pur non contestando la legittimità dei vantaggi comparati di cui altri Stati dispongono, insistono sulla necessità che detti vantaggi non siano ottenuti attraverso violazioni degli *standards* fondamentali in materia di lavoro. Tali *standards*, enunciati in alcune convenzioni internazionali del lavoro, hanno ad oggetto la libertà di associazione e di contrattazione collettiva¹⁷⁶, la proibizione del lavoro forzato¹⁷⁷, la non discriminazione sul lavoro¹⁷⁸,

¹⁷⁶ L'art. 2 della Convenzione OIL n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto di associazione stabilisce che i lavoratori senza alcuna distinzione hanno il diritto di costituire organizzazioni di loro scelta e di associarsi ad esse senza previa autorizzazione (la Convenzione è stata ratificata dall'Italia in base alla legge 23 marzo 1958 n. 367, in *G.U.* 22 aprile 1958 n. 97). L'art. 1 della Convenzione OIL n. 98 sull'applicazione dei principi del diritto di organizzazione e contrattazione collettiva sancisce che i lavoratori devono godere di adeguata protezione contro atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego (tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia in base alla legge 23 marzo 1958 n. 367, in *G.U.* 22 aprile 1958 n. 97). I principi della libertà di associazione e negoziazione collettiva sono inoltre affermati nel preambolo della Costituzione (il trattato istitutivo) dell'OIL nonché nei principi I, lett. b), e III, lett. e), della Dichiarazione sugli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro, meglio nota come Dichiarazione di Filadelfia. Questa, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro il 10 maggio 1944 ed incorporata formalmente nella Costituzione con un emendamento del 1946, intende riaffermare tutti i principi-guida dell'Organizzazione nonché quelli cui dovrebbe ispirarsi la condotta dei singoli Stati membri. Ma è stato detto anche che "*the Constitution of 1919 defines the purpose of international labour legislation as threefold: to promote social justice, to consolidate international peace and to correct the pattern of international competition. The Declaration of Philadelphia fully spells out the first of these objects, strongly reaffirms the second and alludes to the third*". Cfr. V. Y. GHEBALY, *The International Labour Organization. A Case Study on the Evolution of United Nations Specialised Agencies*, Dordrecht, 1989, p. 62

¹⁷⁷ L'art. 2 n. 1 della Convenzione OIL n. 29 sul lavoro forzato o obbligatorio definisce questo come ogni lavoro o prestazione richiesta ad un individuo sotto minaccia di punizione e per la quale il lavoratore non si è offerto spontaneamente (in base alla legge 29 gennaio 1934 n. 274, in *G.U.* 3 marzo 1934 n. 53, l'Italia ha provveduto alla ratifica). Con la successiva Convenzione OIL n. 105 sulla abolizione del lavoro forzato, gli Stati si sono impegnati (art. 2) ad adottare misure idonee ed immediate volte all'abolizione del lavoro forzato (la Convenzione è stata ratificata dall'Italia in base alla legge 24 aprile 1967 n. 447, in *G.U.* 26 giugno 1967 n. 158).

¹⁷⁸ Il principio di non discriminazione è affermato anzitutto in sede di preambolo della Costituzione OIL ("*Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice... ce qui engendre un tel mécontentement que la paix universelle [est] mise en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions, par exemple en ce qui concerne... l'affirmation du principe à travail égal, salaire égal.*"), e nella Dichiarazione di Filadelfia, il cui principio III, lett. j), enuncia l'obbligo solenne per l'Organizzazione di "*seconder la mise en oeuvre de programmes propres à réaliser la garantie de chances égales dans le domaine... professionnel*". Passando al diritto pattizio, l'art. 2 della Convenzione OIL n. 100 sulla uguaglianza di remunerazione tra manodopera maschile e femminile (ratificata in Italia in base alla legge 22 maggio 1956 n. 741, in *G.U.* 27 luglio 1956 n. 186 suppl.) pone in capo agli Stati divenuti parte l'obbligo di garantire l'applicazione a tutti i lavoratori del principio della identica retribuzione per tutti i lavoratori di entrambi i sessi rispetto a prestazioni di uguale valore. La Convenzione n. 111 sulla discriminazione in materia di impiego nelle professioni, definisce

l'eliminazione delle forme di sfruttamento del lavoro minorile¹⁷⁹. Essi sono ora ontologicamente rappresentati dall'unico standard elaborato dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, del c.d. *decent work*.

Per il loro contenuto e per le posizioni giuridiche che esse mirano a tutelare, le norme in questione si atteggiavano essenzialmente come norme internazionali a protezione di fondamentali diritti umani.¹⁸⁰ Partendo da tali premesse, alcuni Paesi industrializzati si sono fatti promotori dell'inserimento negli strumenti pattizi in materia di commercio internazionale e nel trattato istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio di norme - definite "clausole sociali" - il cui contenuto dovrebbe incorporare gli *standards* fondamentali in materia di lavoro. Solo il rispetto di tali *standards* indicherebbe l'inesistenza di forme di *dumping* sociale; ove tali *standards* venissero violati, si applicherebbero sanzioni commerciali, da determinarsi nel quadro delle procedure dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Tuttavia, pur mostrando di condividere le preoccupazioni dei Paesi industrializzati circa l'esigenza di preservare il benessere psico-fisico del lavoratore, nonché la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro¹⁸¹, come anticipato nel paragrafo che precede, i paesi in via di sviluppo mostrano di ritenere le

tale fattispecie come qualsiasi distinzione, esclusione o preferenza dovuta a motivi di razza, colore, sesso, religione, opinioni politiche che abbia per oggetto di annullare o compromettere l'uguaglianza di trattamento e di opportunità sul lavoro (art. 1). La Convenzione (ratificata dall'Italia in base alla legge 6 febbraio 1963 n. 405, in *G.U.* 6 aprile 1963 n. 93) impegna gli Stati ad adottare politiche volte a promuovere la pari opportunità e l'uguaglianza di trattamento nell'impiego allo scopo di eliminare ogni discriminazione (art. 2).

¹⁷⁹ La consapevolezza della esigenza della protezione del minore è presente sia nel secondo "considerando" del preambolo della Costituzione dell'OIL, che nel principio III, lett. *h*), della Dichiarazione di Filadelfia. La disciplina internazionale del lavoro minorile è stabilita alla Convenzione OIL n. 138 (ratificata dall'Italia in base alla legge 10 aprile 1981 n. 157, in *G.U.* 29 aprile 1981 n. 116 suppl.). L'art. 1 dispone che ogni Stato parte s'impegna ad adottare una politica volta a perseguire l'abolizione effettiva del lavoro minorile e ad elevare progressivamente l'età minima di ammissione al lavoro ad un livello tale da permettere agli adolescenti di raggiungere il completo sviluppo fisico e mentale. L'art. 2 n. 3 stabilisce invece che l'età minima non dovrà essere inferiore all'età in cui ha termine il periodo di scolarità obbligatoria, né in ogni caso a 15 anni.

¹⁸⁰ Si veda sul punto C. DI TURI, *Liberalizzazione dei flussi commerciali internazionali, norme di diritto internazionale del lavoro e promozione della dignità umana*, in *Diritto comunitario e degli scambi int.*, 1998, p. 51 ss.

¹⁸¹ Sul punto si veda la presa di posizione dei Paesi membri dell'ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations*, che raggruppa Indonesia, Malesia, Filippine, Singapore, Thailandia, Brunei Darussalam, Vietnam) in cui si ribadisce l'impegno alla promozione del benessere economico e sociale dei lavoratori: *The Linking of a Social Clause to International Trade and the Need to Review ILO Labour Standards*, Chiangmai, Thailandia, 27-28 aprile 1995.

"clausole sociali" come forme di protezionismo mascherato il cui fine sarebbe in realtà l'innalzamento dei costi di produzione (*in primis*, il costo del lavoro) e quindi l'erosione di margini di competitività attraverso l'abbattimento dei loro vantaggi comparati.

Sostengono questi Paesi che, in luogo di barriere e sanzioni commerciali, sarebbe opportuno ampliare le opportunità di accesso dei loro beni ai mercati dell'Occidente al fine di stimolare la crescita economica, aumentare il reddito e promuovere lo sviluppo sociale del Sud del mondo¹⁸².

Sembra quindi che si vada delineando, all'interno della comunità internazionale, una vera e propria spaccatura tra i Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo. Tale frattura ricorda molto da vicino l'analoga contrapposizione che negli anni '70 vide fronteggiarsi gli stessi blocchi di Paesi sulla instaurazione del c.d. "nuovo ordine economico internazionale"¹⁸³. Come allora, infatti, i Paesi in via di sviluppo contestano la condotta dei Paesi sviluppati e le pratiche commerciali che questi intenderebbero introdurre, mettendone in evidenza la natura lesiva della loro sovranità.

Tuttavia, come già accennato, tali posizioni difficilmente inquadrabili tra quelle apertamente a difesa dei diritti sociali, sono risoccontrabili anche all'interno dei confini dell'Europa Occidentale.

Il riferimento non è volto esclusivamente alle pratiche di delocalizzazione o di minacciata delocalizzazione portate avanti da parte dal mondo dell'industria e che stanno progressivamente impoverendo il tessuto produttivo europeo. Talvolta l'avvallo a politiche più vicine alle istanze economiche che a quelle sociali deriva proprio dalle istituzioni, in particolare hanno fatto molto discutere negli ultimi

¹⁸² T. N. SRINIVASAN, "International Labour Standards once again!", in *International Labour Standards and Global Economic Integration: Proceedings of a Symposium*, 1994, pp. 34-39.

¹⁸³ A partire dalla seconda metà degli anni '70 i Paesi in via di sviluppo hanno preso a rivendicare, in seno alle Organizzazioni internazionali, l'introduzione di un nuovo ordine economico internazionale, come risposta alle crescenti disuguaglianze nei livelli di sviluppo economico tra il Nord ed il Sud del pianeta. Effettuata essenzialmente attraverso alcune risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU (in particolare: la Dichiarazione sulla instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale, ris. 3201, del 9 maggio 1974, associata ad un Programma d'azione, ris. 3202, del 15 maggio 1974; la c.d. "Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati", ris. 3281 (XXIX) del 12 dicembre 1974), la richiesta mira *inter alia* a ribadire la sovranità permanente sulle risorse naturali e l'esistenza di un (preteso) obbligo alla cooperazione internazionale per lo sviluppo economico.

anni le sentenze dell Corte di Giustizia delle Comunità Europee *Viking* e *Laval*¹⁸⁴.

Riassumendo brevemente i fatti, nel caso *Viking* l'impresa *Vilung Line*, operatore finlandese di traghetti sulla rotta tra la Finlandia e l'Estonia, essendo costretta a subire la concorrenza degli operatori estoni, che sopportano costi del lavoro sensibilmente inferiori, aveva tentato di immatricolare una delle proprie imbarcazioni (la *Rosella*, operante in perdita) in *Estonia*. Il cambiamento di bandiera avrebbe consentito alla *Vilung Line* di concludere un contratto collettivo col sindacato estone, traendo così vantaggio competitivo dalla possibilità di applicare retribuzioni e condizioni di lavoro inferiori rispetto a quelle garantite ai lavoratori finlandesi dal loro contratto collettivo. Oltre a paventare il peggioramento del loro trattamento economico e normativo, i lavoratori temevano che, a seguito del cambiamento di bandiera, la *Vilung Line* avrebbe licenziato parte dei lavoratori occupati sulla imbarcazione *Rosella*. L'azione di boicottaggio promossa dal sindacato finlandese FSU (sostenuta dall'azione di solidarietà della IFT, Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, con sede in Gran Bretagna, cui la FSU aderisce) aveva bloccato l'iniziativa della *Viking Line*, costringendola a raggiungere un accordo con la FSU; ma, temendo che un nuovo tentativo di cambiare bandiera avrebbe innescato una nuova azione di boicottaggio, la compagnia aveva dato avvio d'azione giudiziaria contro la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti per impedirle di intraprendere nuove azioni di boicottaggio. Il ricorso in via pregiudiziale della Corte d'Appello civile dell'Inghilterra e del Galles alla Cgce ha dato avvio a questo caso.

Ad una settimana di distanza dalla sentenza *Viking*, la Cgce ha emanato la non meno attesa sentenza sul caso *Laval*. Nel caso, era in discussione l'azione collettiva di interruzione del lavoro nel cantiere intrapresa dalla sezione sindacale, sostenuta dalla solidarietà del sindacato di categoria, per indurre l'impresa lettone *Laval*, che aveva distaccato alcuni propri dipendenti nel cantiere

¹⁸⁴ Cgce 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*; 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval und Partneri Ltd.*

edile svedese *Vaxholm*, a sottoscrivere il contratto collettivo applicato ai dipendenti della impresa svedese (o a sottoscrivere un accordo di collegamento a quel contratto), al fine di costringerla ad applicare ai lavoratori lettoni (distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale) le condizioni di lavoro e di occupazione assicurate nell'impresa svedese dal contratto collettivo. L'avvio dell'azione collettiva aveva avuto l'effetto di indurre la *Laval* a rinunciare all'esecuzione del contratto di appalto stipulato con il cantiere *Vaxholm* e, di conseguenza, al distacco dei lavoratori lettoni nel cantiere.

Con le sentenze relative a tali casi la Corte di Giustizia ha qualificato le azioni collettive organizzate dai sindacati nei termini di restrizioni non giustificabili alle libertà economiche.¹⁸⁵

In particolare l'attenzione dei giudici europei si è concentrata sul tema della legittimità e dei limiti entro i quali l'esercizio di un'azione collettiva (lo sciopero nel caso *Laval*, il boicottaggio nel caso *Viking*) possa giustificare una restrizione alle libertà economiche riconosciute dall'ordinamento comunitario alle imprese private (la libera prestazione di servizi nel caso *Laval*, la libertà di stabilimento nel caso *Viking*).

Il ragionamento della Corte si articola in due momenti: il primo, relativo all'inserimento del diritto di azione collettiva tra i diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario (art. 28 Carta di Nizza), che deve essere esercitato compatibilmente con le libertà economiche di circolazione *ex artt.* 43 e 49 TCE (cd. giudizio di bilanciamento); il secondo, inerente l'applicazione del test di proporzionalità, quale filo conduttore del giudizio di bilanciamento.

Per quanto concerne il primo profilo, nella sentenza *Viking*, viene enunciato il principio in base al quale *"il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali"*

¹⁸⁵ Tali sentenze fecero molto clamore ed interessarono la dottrina a ridosso della loro emanazione. Sul punto si veda M. V. BALLESTRERO, " *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*", in *LD*, n. 2. La più recente dottrina si interessa ancora a questi casi e alle conseguenze che hanno avuto e avranno nell'economia europea, si veda sul punto M. CARTABIA " *Dieci casi sui diritti in Europa*", a cura di, 2011.

garantite dal Trattato e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte¹⁸⁶ⁿ. Analogamente, nella sentenza *Laval*, si afferma che "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale, può costituire una ragione imperativa di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato¹⁸⁷". Come si nota, la prospettiva comunitaria – diversamente da quella italiana – non riconosce la priorità dei diritti sociali sulle ragioni del libero mercato, anzi, ne subordina l'esercizio al rispetto di un duplice limite: la sussistenza di ragioni imperative di interesse generale, come la tutela dei diritti dei lavoratori, da un lato; l'applicazione del giudizio di bilanciamento tra i diritti e le libertà in argomento, dall'altro.

La Corte ha collocato il diritto di sciopero tra i diritti fondamentali che fanno "parte integrante dei principi generali del diritto comunitario"¹⁸⁸ per poi controbilanciarlo subordinandolo ai principi della libera circolazione, con l'effetto di ridurne ampiamente la portata: esso si giustifica solo per ragioni imperative di interesse generale, ma la concezione di tali ragioni fatta propria dai giudici di Lussemburgo è singolarmente riduttiva, in quanto è sufficiente che nello Stato non vi siano regole imperative di qualunque natura perché la protezione dei lavoratori non venga riconosciuta e questi non possano scioperare in vista della conclusione di un contratto collettivo. Il principio di proporzionalità viene utilizzato a tutto vantaggio delle libertà economiche.

Relativamente al secondo profilo, la Corte di Giustizia, per la prima volta, afferma espressamente che "poiché la Comunità non ha soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla

¹⁸⁶ C.G.C.E. 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking Line, Paragrafo 44 .

¹⁸⁷ C.G.C.E. 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval un Partneri Ltd, paragrafo 103.

¹⁸⁸ C.G.C.E. 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking Line, Paragrafo 44 .

politica sociale, tra i quali figurano, in particolare, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione adeguata e il dialogo sociale¹⁸⁹". In applicazione di questo principio, secondo la sentenza *Laval*, uno sciopero finalizzato ad ottenere la stipula di un contratto collettivo è in grado di giustificare una compressione delle libertà economiche del Trattato, "idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito" senza andare "al di là di ciò che è necessario per perseguirlo"¹⁹⁰; secondo la sentenza *Viking*, delle restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere "giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo"¹⁹¹.

In entrambi i casi la questione centrale che la Corte era stata chiamata ad affrontare non era il trattamento dei lavoratori lettoni dipendenti dalla *Laval* distaccati nel cantiere svedese Vaxholm, e neppure il trattamento dei marittimi estoni a seguito di un'operazione di *flag of convenience* della compagnia di navigazione *Vilung Line*.

La questione centrale riguardava piuttosto se fosse di esclusiva competenza del diritto interno regolare, rispettivamente, l'azione collettiva dei lavoratori svedesi e di quelli finlandesi, nonché l'autonomia dei loro sindacati, o se invece autonomia sindacale e conflitto collettivo non ricadessero nell'ambito di competenza del diritto comunitario. La Corte ha ritenuto che tali materie rientrassero nelle proprie sfere di competenze (e di conseguenza di quella del diritto comunitario) e così ha dettato i menzionati criteri di bilanciamento ai quali il giudice nazionale dovrà attenersi nella valutazione della legittimità di un'azione collettiva.

Com'è stato notato, in entrambe le sentenze il principio di proporzionalità viene utilizzato a tutto vantaggio delle libertà economiche e di conseguenza in

¹⁸⁹ C.G.C.E. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, Paragrafo 79.

¹⁹⁰ C.G.C.E. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, paragrafo 101

¹⁹¹ C.G.C.E. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, Paragrafo 90.

pregiudizio delle garanzie sociali a tutela dei lavoratori¹⁹². Tuttavia, sebbene in *Laval* la Corte riaffermi la duplice finalità economica e sociale della Comunità, che deve condurre a un bilanciamento tra le disposizioni del Trattato sulle quattro libertà di circolazione con gli obiettivi della politica sociale, si arriva a realizzare tutela giudiziaria dell'azione collettiva relativamente alla valutazione della pertinenza del conflitto e dei suoi mezzi in quanto proporzionali all'ipotetico motivo di ordine pubblico¹⁹³.

Nei casi summenzionati la Corte ha compiuto una sorta di *revirement* delle posizioni che in precedenza si erano legislativamente e giudizialmente consolidate in tema di tutela dei diritti sociali.

Ciò che desta più perplessità, almeno da un punto di vista prettamente tecnico-giuridico, è la determinatezza con cui i giudici europei hanno confermato, in entrambe le occasioni, il miglior favore nei confronti delle posizioni economiche a vantaggio delle imprese coinvolte.

In particolare ciò che colpisce, è che entrambe le imprese provenissero da paesi neomembri delle UE con situazioni economiche meno sviluppate rispetto a quelle degli altri paesi aderenti. In tal senso è difficile non scorgere un portato di politica comunitaria nelle pronunce di cui sopra, laddove sembrerebbe che la CGCE si sia preoccupata di appoggiare la tutela della competitività di aziende con sede in paesi dell'ex blocco socialista, tutelandone il principale fattore di competitività che è costituito dal basso costo del lavoro.

3. I principali attori della regolazione del commercio internazionale: organizzazioni internazionali e *transnational enterprises*.

L'ordinamento degli scambi economici internazionali si può definire come una sota di comunità policentrica dove concorrono sostanzialmente tre attori principali gli Stati, le organizzazioni internazionali e le imprese multinazionali.

¹⁹² A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale" op.cit. p. 20

¹⁹³ M.V. BALLESTRERO, op. cit. p. 390. Sul punto si veda anche LO FARO, "Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*", 2008, in *LD*, n. 1, p. 87.

In linea di principio l'intervento degli Stati nella regolazione del commercio internazionale si realizza in diversi modi che, a seconda delle diverse forme di stato o di governo, possono variare tra il *laissez faire*, dove l'astensione da parte del legislatore statale dall'imporre una propria normativa lascia che siano gli operatori privati ed il mercato a creare le regole¹⁹⁴; il protezionismo, ovvero la regolazione unilaterale del commercio attraverso norme di diritto pubblico¹⁹⁵; la partecipazione ad accordi bilaterali o multi laterali attraverso i quali si può giungere alla creazione di forme istituzionalizzate di cooperazione economica¹⁹⁶. Tale ultima modalità di intervento dello Stato nella regolazione del commercio internazionale contiene il meccanismo più interessante che è costituito dal passaggio di adesione ad accordi che vengono sempre forgiati in seno alle organizzazioni internazionali.

La forte espansione degli scambi su scala planetaria ha accentuato considerevolmente l'interdipendenza economica degli Stati, da un lato, favorendo la propagazione degli avvicendamenti congiunturali da un'economia all'altra, dall'altro lato condizionando fortemente il comportamento dei singoli stati a favore di una sempre più stretta organizzazione istituzionale della cooperazione tra essi. Tale assunto, tuttavia, non deve indurre a ritenere che sia stata attuata una rivoluzione strutturale dell'attuale Comunità internazionale dove continua a permanere la classica struttura aperta ad ingresso pattizio e dove gli stati rimangono formalmente indipendenti tra loro¹⁹⁷.

In ogni caso è difficile negare che ai giorni d'oggi sia questo modello di partecipazione agli accordi internazionali quello su cui si basa la regolazione del commercio internazionale.

In chiusura del primo paragrafo di questo capitolo si è accennato all'influenza che il commercio internazionale esercita all'interno di un insieme di materie estremamente eterogeneo che va dall'economia al lavoro, dalla gestione dell'ambiente alla salute, solo per riprenderne alcuni.

¹⁹⁴ J. SALMON, "Dictionnaire de droit international public", 2001, p. 662.

¹⁹⁵ J. SALMON, *ivi.*, p. 905.

¹⁹⁶ F. MARRELLA, F. GALGANO, "Diritto e prassi del Commercio Internazionale", 2010, p. 42.

¹⁹⁷ F. MARRELLA, F. GALGANO, *ivi.* p. 56.

Il commercio internazionale, infatti, tocca sfere di interesse che si estendono oltre a quelle economiche e che interessano diritti sociali pubblici. Per tale motivo è evidente che le regole del commercio globale non possono essere fornite dalla mera prassi proveniente tra gli agenti del commercio ma deve trovare, altresì la mediazione delle istituzioni internazionali.

Dalla parte delle Organizzazioni Intergovernative, i principali attori del commercio internazionale sono L'Organizzazione Mondiale per il Commercio, il Fondo Monetario Internazionale e il gruppo Banca Mondiale. Le ultime hanno una funzione indubbiamente rilevante nell'ambito di questa materia ma con particolare riferimento all'attività regolatoria il loro apporto è più sfumato e si avverte indirettamente, come conseguenza delle politiche economiche che essi perseguono.

Lo Statuto del Fondo Monetario Internazionale, ad esempio, prevede espressamente un ruolo attivo di tale istituzione nel "facilitare l'espansione e la crescita equilibrata del commercio internazionale"¹⁹⁸. In particolare il ruolo del Fondo Monetario ha subito profonde modifiche nel corso del tempo, infatti fino agli anni '70 esso principalmente concedeva sussidi finanziari al fine di stabilizzare le fluttuazioni della parità valutaria tra le monete dei paesi membri. Tuttavia, in seguito all'abbandono del sistema dei cambi fissi, in forza del quale gli squilibri nei pagamenti erano nominati in dollari convertibili in oro ed entrato in vigore un sistema in cui i tassi di cambio vengono determinati in larga misura dai mercati valutari, il Fondo ha perso la sua funzione originaria ed ha assunto un ruolo paragonabile a una banca internazionale.

I paesi membri le cui bilance dei pagamenti siano in temporaneo squilibrio possono chiedere al FMI la quantità necessaria di valuta estera di altri paesi membri dietro cessione di valuta nazionale. Il Paese acquirente delle valute estere

¹⁹⁸ In particolare, l'articolo 1, comma II dell'accordo istitutivo del Fondo Monetario Internazionale, adottato a Bretton Woods il 22 luglio 1944, prevede che tra gli scopi del Fondo vi sia quello di "*facilitare l'espansione e la crescita equilibrata del commercio internazionale e contribuire così ad istaurare e mantenere elevati livelli di occupazione e di reddito reale e a sviluppare le risorse produttive di tutti gli Stati membri, obiettivi principali della politica economica*".

deve provvedere alla loro restituzione entro un breve periodo, di 3-5 anni per i prestiti a breve termine (*facility*) e di 4-10 anni per quelli di medio termine¹⁹⁹.

La Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo, nota anche come Banca Mondiale, dal 1947 agenzia specializzata delle Nazioni Unite²⁰⁰ è, a sua volta, l'istituzione principale di un gruppo che comprende altre due Organizzazioni Intergovernative, la Società Finanziaria Internazionale e l'Associazione Internazionale per lo Sviluppo.

Scopo principale di Banca Mondiale, istituita parallelamente al FMI in seguito agli accordi di Breton Woods nel 1944, come precisato nell'art. 1 del proprio Statuto è, tra gli altri, di "assistere alla ricostruzione e allo sviluppo dei territori degli stati membri attraverso l'agevolazione di investimenti di capitale per fini produttivi"²⁰¹. Inizialmente, pertanto, le *core activities* della Banca si sono concentrate nell'ambito della ricostruzione dei paesi distrutti dalla seconda guerra mondiale (su tutti Europa e Giappone) e nel finanziamento degli investimenti produttivi nei Paesi a basso tasso di risparmio²⁰².

Pertanto, in un primo tempo l'attività della Banca è stata orientata verso la produzione di infrastrutture, in particolare infrastrutture energetiche e reti di trasporto; solo in un secondo momento la Banca ha gradualmente indirizzato la sua attività verso lo sviluppo del capitale umano e del capitale sociale attraverso il finanziamento in ambiti diversi quali la salute, l'istruzione, l'accesso alle risorse idriche, la riduzione del debito estero, la crescita dell'impresa privata²⁰³.

In particolare è interessante notare che nel corso degli anni '80, la Banca Mondiale ed il Fondo Monetario Internazionale hanno promosso vasti programmi di finanziamento del bilancio pubblico dei paesi in via di sviluppo e delle economie emergenti, spesso accompagnando tali dazioni alla richiesta rivolta ai

¹⁹⁹ H. AUFRICHT, "The International Monetary Fund: Legal Bases, Structure, Functions", 1964, p. 267.

²⁰⁰ F. MARRELLA, F. GALGANO, op. cit. p. 84.

²⁰¹ Il testo originale recita "*to assist in the reconstruction and in development of territories of members by facilitating the investments of capital for productive purposes*"

²⁰² M. GIULIANO "Cooperazione allo sviluppo e diritto internazionale", Milano, 1985, p. 67. Si veda anche T. TREVES, voce "Banca Mondiale", in *Dig. pubb.* 1993, p. 172.

²⁰³ F. MARRELLA, F. GALGANO, "Diritto e prassi del Commercio Internazionale", op. cit. p. 85.

paesi beneficiari di adottare riforme strutturali e politiche di liberalizzazione commerciale e finanziaria, privatizzazione e deregolamentazione²⁰⁴.

A seguito del perseguimento di tali politiche economiche, Banca Mondiale e Fondo Monetario sono diventate, nel corso degli anni, due istituzioni fortemente criticate da parte di autorevoli osservatori delle dinamiche della globalizzazione²⁰⁵, proprio a causa di quella funzione indiretta di agenti regolatori del commercio internazionale, attuata attraverso una sorta di permuta dove l'istituzione fornisce un prestito monetario o altre *facilities* chiedendo ed ottenendo in cambio la creazione di politiche neoliberiste di gestione dei flussi commerciali da parte dei paesi beneficiari.

Ulteriore e definitiva riprova di quanto detto finora la si trova nel 5° comma dell'articolo 3 dell'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio, il c.d. accordo di Marakech, ove è stabilito che "*Al fine di rendere più coerente la determinazione delle politiche economiche a livello globale, l'OMC coopera, se del caso, con il Fondo monetario internazionale e con la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo e con le agenzie ad essa affiliate*". A mente delle sconfinite aree di intervento garantite all'OMC dall'accordo di Marrakech e dai suoi allegati²⁰⁶ e considerata, inoltre, la genericità con cui i commi precedenti dell'articolo 3 succitato descrivono le ampie funzioni

²⁰⁴ J. GIRI, *"Africa in crisi, trent'anni di non-sviluppo"* Torino, 1991, p. 90. L'autore, in particolare, precisa come negli anni ottanta il Fondo Monetario Internazionale (assieme alla Banca Mondiale) abbia cercato di promuovere l'industrializzazione nell'Africa sub-sahariana, talvolta ottenendo buoni risultati ma spesso fallendo. Infatti in Senegal le politiche neoliberiste di eliminazione dei protezionismi doganali hanno contribuito alla scomparsa di interi settori industriali.

²⁰⁵ Il Fondo Monetario Internazionale è fortemente criticato dal movimento *no-global* e da alcuni illustri intellettuali quali il premio Nobel Joseph Stiglitz, il premio Nobel Amartya Sen, e Jean-Paul Fitoussi. I critici accusano il Fondo Monetario di essere un'istituzione manovrata dai poteri economici e politici del cosiddetto Nord del mondo e di peggiorare le condizioni dei paesi poveri anziché adoperarsi per l'interesse generale. In particolare, si veda J. STIGLITZ *"Globalization and Its Discontents"* 2002, dove l'autore accusa il Fondo Monetario di aver imposto a tutti i Paesi una "ricetta" standardizzata, basata su una teoria economica semplicistica, che ha aggravato le difficoltà economiche anziché alleviarle. Allo stesso modo si veda A. SEN *"Development as freedom"*, 1999, dove l'autore critica il sistema di sviluppo occidentale che crea numerose di povertà nei paesi del terzo mondo o dalle c.d. economie emergenti, i quali sono destinati a rimanere emergenti, a causa di logiche politiche di sfruttamento a cui sono sottoposti. Si veda infine J.P. FITOUSSI, *"Due o tre cose che su sulla crisi"*, articolo apparso sul quotidiano *Repubblica* il giorno 30 settembre 2009.

²⁰⁶ E' opportuno ricordare che i tre "pilastri" su cui si fonda l'Organizzazione Mondiale per commercio sono l'accordo GATT (General Agreements on Tariffs and Trades); il GATS (General Agreement on Trade in Services); ed il TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights).

dell'Organizzazione²⁰⁷, è evidente come l'OMC sia l'effettivo organo competente a porre in essere le *world trade policies*.

In tale materia Fondo Monetario e Banca Mondiale hanno un ruolo di efficacie ma non di primo piano e che consiste, o quanto meno è certamente consistito, nell'utilizzare gli accordi predisposti dall'OMC, i quali importano politiche di libero scambio globale come controprestazione da richiedere ai paesi beneficiari in cambio di prestiti o investimenti .

Quelle sopra elencate sono le sostanziali ragioni per cui l'OMC è da considerarsi l'istituzione internazionale maggiormente rappresentativa sotto un profilo regolatorio in senso tecnico.

Le due funzioni principali dell'OMC possono, dunque, essere identificate come: *forum* negoziale per la discussione sulla normativa del commercio internazionale (nuova ed esistente); organismo per la risoluzione delle dispute internazionali sul commercio.

Sarebbe, tuttavia, sbagliato ritenere che la principale organizzazione internazionale del commercio internazionale persegua esclusivamente interessi parziali, disinteressandosi completamente delle istanze sollevate dalle controparti e cioè altre organizzazioni intergovernative a scopo sociale, come l'Organizzazione Internazionale del Lavoro o gli stessi paesi dalle economie emergenti o del terzo mondo.

Infatti, sebbene non vi sia una vera e propria clausola sociale nell'accordo istitutivo dell'OMC, nel preambolo di detto accordo è detto chiaramente che le relazioni

²⁰⁷ I primi 4 commi dell'articolo 3 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio concluso a Marrakech il 15 aprile 1994, recitano "1) L'OMC favorisce l'attuazione, l'amministrazione e il funzionamento del presente Accordo e degli Accordi commerciali multilaterali, ne persegue gli obiettivi e funge da quadro per l'attuazione, l'amministrazione e il funzionamento degli Accordi commerciali plurilaterali. 2) L'OMC fornisce un contesto nel cui ambito si possono svolgere negoziati tra i suoi Membri per quanto riguarda le loro relazioni commerciali multilaterali nei settori contemplati dagli Accordi riportati in allegato al presente Accordo. L'OMC può inoltre fungere da ambito per ulteriori negoziati tra i suoi Membri per quanto riguarda le loro relazioni commerciali multilaterali e da contesto per l'applicazione dei risultati di tali negoziati, secondo le modalità eventualmente decise da una Conferenza dei Ministri. 3) L'OMC amministra l'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (in appresso denominata «Intesa sulla risoluzione delle controversie» o «DSU») riportata nell'allegato 2 del presente Accordo. 4) L'OMC amministra il meccanismo di esame delle politiche commerciali (in appresso denominato «TPRM») di cui all'allegato 3 del presente Accordo".

nel campo del commercio internazionale tra i paesi aderenti all'OMC *dovrebbero* conformarsi "all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile".

Con particolare riferimento al ruolo svolto dall'OIL nella regolazione del commercio internazionale, si potrebbe ripetere quanto già detto in relazione al FMI e alla Banca Mondiale. L'OIL, infatti, non agisce direttamente nella regolazione del commercio internazionale ma il suo *corpus* normativo rappresenta una sorta di contrappeso alle politiche maggiormente *market oriented* perseguite dall'OMC.

In particolare si pensi ai *free trade agreements* bilaterali più moderni, nei quali gli Stati aderenti dimostrano un reale interessamento ad affrontare la questione relativa al rapporto tra diritti sociali e commercio internazionale. Tali accordi, di cui si dirà meglio nel paragrafo seguente, contengono, tra le altre, un'importante novità che consiste nell'integrare le norme sulle *fair labor practices* nel *corpus* stesso del trattato, senza ricorrere ad accordi paralleli, come nel caso del *North American Agreement on Labor Cooperation*, l'accordo parallelo al NAFTA²⁰⁸.

Infine, ed anticipando ancora brevemente quanto sarà analizzato nelle pagine successive, è interessante notare che proprio l'*Appellate Body* del'OMC, nel *report* relativo al caso *US - Gasoline* del 1996²⁰⁹, già richiamato nel capitolo che precede, ha precisato che gli accordi di sul commercio internazionale non possono essere valutati alla luce di un "*isolamento clinico*" dal diritto pubblico internazionale. Tale posizione se da una prospettiva politica di gestione delle *international trading issues* rappresenta una dichiarazione di *fair behaviour*, da un punto di vista tecnico- normativo essa costituisce un auspicio in vista dell'utilizzo di tecniche regolatorie internormative, che tengano cioè conto delle relazioni esistenti tra il mercato e i diritti sociali.

²⁰⁸ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale", op cit. p. 27

²⁰⁹ I.3.1.1 US — Gasoline, p. 17, DSR 1996:I, p. 3 at 16, dove, più in particolare, l'*Appellate body* ha precisato che "The general rule of interpretation [as set out in Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties] has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the "customary rules of interpretation of public international law" which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the General Agreement and the other "covered agreements" of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (the "WTO Agreement"). That direction reflects a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law"

Il concetto di internormatività postula la coesistenza di ordini o sistemi normativi paralleli differenziati, complementari o antagonisti²¹⁰. In particolare, la nozione di internormatività fa riferimento alla dinamica dei contatti fra sistemi normativi, ai rapporti di potere e alle modalità di interinfluenza o di interazione osservabili fra due o più sistemi normativi.

Come dire che la regolazione del commercio internazionale non può disinteressarsi delle esternalità negative che i processi mercantili determinano sul piano non solo sociale ma di tutte quelle materie che subiscono l'influenza del commercio globale e deve essere interpretata e applicata in conformità con i principi di diritto internazionale che vegliano sulle sorti dei diritti che garantiscono i non *trade issues*²¹¹.

Tuttavia, in un'ottica regolatoria l'internormatività non è solo un qualcosa che teorizza le dinamiche dei contrasti tra diversi sistemi normativi e le conseguenze che esse determinano, nelle pagine seguenti di questo capitolo si vedrà come essa infatti possa anche essere presa in considerazione quale tecnica di produzione di regole in una dimensione intersistemica.

Fino a qui l'analisi ha riguardato il ruolo svolto dalle Organizzazioni Intergovernative, tuttavia non sono solo i soggetti istituzionali (OIG e Stati) a porre in essere delle regole che influenzano lo svolgersi del commercio internazionale.

Segue. Le *transnational enterprises*

Il World Investment Report dell'UNCTAD del 2006 segnalava che tra le prime 100 potenze economiche al mondo, circa la metà di esse era costituito da imprese transnazionali (Transnational Corporations) ed esse, continua il Report, davano

²¹⁰ G. ROCHER, "Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles", In: "Le Droit soluble, Contributions Québécoises à l'étude de l'internormativité" sous la direction de Jean-Guy BELLEY, Paris, LGDJ, Droit et Société, n° 16, 1996, p. 26.

²¹¹ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale" op. cit. p. 19

impiego a 54 milioni di individui, soprattutto all'interno dei paesi in via di sviluppo²¹².

Il World Investment Report del 2012 indica che le TNC nel durante il 2011 impiegavano all'incirca 69 milioni di persone, il che ha generato vendite per 28 trilioni di dollari e un valore aggiunto di 7 trilioni di dollari²¹³.

Tali dati sulla crescita esponenziale dell'impatto che queste imprese hanno nell'economia globale dimostrano che le TNC rivestono il ruolo di attori principali del commercio internazionale. Ciò, peraltro, spiega anche il motivo per cui il tentativo di giungere alla stesura di un sistema regole che ne disciplinasse il funzionamento era già a partire dagli anni '60 un tema discusso in seno ad alcune Organizzazioni Intergovernative²¹⁴.

Tuttavia, nonostante i numerosi sforzi, ogni progetto di giungere ad una disciplina internazionale di *hard law* delle TNC non ha mai trovato concreta applicazione. Il problema della regolazione delle imprese multinazionali è stato affrontato di volta in volta dai singoli stati, senza un coordinamento tra di essi, e di conseguenza non si è mai raggiunto un risultato univoco²¹⁵.

La dottrina ma anche la stessa esperienza pratica di *corporate law* individua due principali metodi attraverso cui regolare l'attività delle imprese multinazionali: l'*host country control* e l'*home country control*²¹⁶.

Il primo metodo (*host country*) prevede che l'agente regolatore sia lo Stato all'interno del cui territorio si svolge l'attività dell'impresa multinazionale. In questi casi lo Stato, esercitando il proprio potere sovrano all'interno dei suoi confini e con il solo limite dei trattati internazionali, ha il più ampio potere nel disciplinare l'ingresso di merci, servizi e persone e di imporre dazi o altre misure

²¹² Per i dati citati si veda il sito www.unctad.org dove si può reperire il file del Report, http://unctad.org/en/Docs/dom20071_en.pdf. In dottrina sul punto si veda F. MARRELLA, "Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali", in "L'impresa responsabile: diritti sociali e corporate social responsibility", a cura di A. PERULLI, 2007, p. 34.

²¹³ Si veda <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Overview-en.pdf>.

²¹⁴ Sul tema si veda, tra i vari, G. SACERDOTI, "Stati e imprese multinazionali", in PICONE, G. SACERDOTI, "Diritto Internazionale dell'economia", Milano p. 699; A. SANTAMARIA, "Imprese multinazionali e CEE", in Riv. Soc., 1975, p. 949 ss.

²¹⁵ F. MARRELLA "Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali", op cit. p. 37.

²¹⁶ Sul punto cfr. W. BENEDEK, "The World Trade Organization and Human Rights", in *Economic Globalisation and Human Rights* 2007, p.137.

restrittive che incidono sulla regolazione del commercio internazionale. Parallelamente lo stato ospite ha anche il potere-responsabilità, o *general obligation*, secondo il lemma utilizzato dalle Nazioni Unite²¹⁷, di fare in modo che l'attività esercitata dall'impresa all'interno dei suoi confini non sia organizzata in modo tale da porsi in contrasto con il rispetto dei diritti umani.

Tuttavia, come detto nelle pagine che precedono, una simile posizione di garanzia difficilmente potrà essere esercitata da parte di paesi le cui precarie situazioni economiche li portano ad ospitare fasi della produzione particolarmente inquinanti o pericolose e che fanno del risparmio sul costo del lavoro la loro principale attrattiva nei confronti dei paesi industrializzati²¹⁸.

Il secondo metodo di regolazione delle imprese multinazionali (*home country*) consiste nell'applicare la normativa nazionale alla società *holding* con sede nel territorio statale e si individua la relativa responsabilità anche se i fatti sono commessi all'estero, ampliando la giurisdizione dello Stato di origine in ordine agli stessi fatti²¹⁹.

Un esempio concreto di come tale approccio regolatorio viene posto in essere è rappresentato dall'Alien Torts Claim Act, una legge statunitense molto antica (1789) che prevede un'estensione di giurisdizione delle corti degli Stati Uniti ogni qualvolta vi sia una rivendicazione di natura civile da parte di un cittadino

²¹⁷ "States have the primary responsibility, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including ensuring that transnational corporations and other business enterprises respect human rights. Within their respective spheres of activity and influence, transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including the rights and interests of indigenous peoples and other vulnerable groups", cfr. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, Approved August 13, 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution 2003/16.

²¹⁸ A questo punto si rende d'obbligo una precisazione. Alcuni paesi asiatici, in particolare Cina e India, detentori di economie in costante sviluppo, all'interno dei loro territori, ospitano, come è noto, insediamenti produttivi per conto di moltissime *firms* occidentali, attratte a produrre in questi paesi in ragione di un sostanzioso risparmio sui costi di produzione. Ciò nonostante questi stessi paesi ospiti sono a loro volta protagonisti di importanti investimenti esteri, specialmente nel settore dell'estrazione mineraria, in particolare nell'Africa sud sahariana. E' allora evidente che un paese il quale non assicura il rispetto degli standard sociali internazionali di lavoro decente o di sviluppo sostenibile all'interno dei propri confini, difficilmente richiederà che essi siano rispettati dai paesi dove loro possiedono investimenti, ciò costituendo un ostacolo al profitto derivante da tali attività.

²¹⁹ F. MARRELLA, "Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali", op cit. p. 38.

straniero, qualora si tratti dell'infrazione di norme di diritto internazionale o di norme contenute in accordi internazionali di cui gli USA sono parte.

Nel celebre caso *Doe v. Unocal*, non molto risalente, un giudice americano ha fatto applicazione dell'ATCA in seguito ad una *class action* che denunciava pretese violazioni dei diritti umani da parte della multinazionale americana durante la costruzione di un gasdotto nello stato di Myanmar²²⁰.

Tuttavia, sebbene strumenti come l'ATCA abbiano dimostrato la loro utilità ed efficacia²²¹, bisogna tenere in considerazione che si tratta pur sempre di misure unilaterali, di origine governativa statunitense, nel caso di specie. Ciò comporta che proprio in virtù della particolare natura di tali norme esse possono sempre essere unilateralmente abrogate o limitate nella loro applicazione²²².

Esistono, altresì, altri paradigmi di responsabilità che concentrano la loro attenzione sull'impresa multinazionale quale soggetto di diritto internazionale, nonché sul rilievo internazionale dell'attività esercitata dagli amministratori dell'impresa multinazionale.

Con particolare riferimento al primo profilo è appena il caso di notare che, tradizionalmente, i soggetti "plenipotenziari" del diritto internazionale sono gli Stati mentre le organizzazioni internazionali detengono un potere limitato al mandato loro attribuito dagli Stati. In tal senso, le persone fisiche e le entità associative persone fisiche, come le imprese multinazionali, che non producono

²²⁰ cfr. G. ACQUAVIVA, "Verso una responsabilità per le multinazionali per gravi violazioni dei diritti umani? Note in margine a *Doe v. Unocal*", in *La Comunità Internaz.* 2002, p. 593 e ss.

²²¹ Vale la pena ricordare che durante il caso *Doe v. Unocal* il giudice riconobbe l'illecito extracontrattuale di *corporate complicity*, che deriva dalla complicità tra lo Stato ospitante l'investimento e la multinazionale nella violazione dei diritti umani.

²²² L'ATCA può essere revocato o limitato senza fornire alcuna garanzia contro il rischio di un *double standard* ossia di una valutazione giuridica diversa delle fattispecie in cui siano implicati due soggetti stranieri ovvero un'impresa statunitense e delle vittime straniere. Inoltre, cosa molto importante, si tenga presente che l'applicazione dell'ATCA può essere inibita attraverso l'istituto processuale del *forum non conveniens*, come accadde nel caso Bhopal, dove il giudice ha ritenuto che il forum *conveniens* fosse quello indiano, ri-utilizzando l'argomento dell'*host state control* e dunque ai parenti delle vittime del disastro in India ogni risarcimento a carico della società madre statunitense. Sul punto cfr. A. L. LENSTADT, "Dismissing ATCA claims by invoking the doctrine of *forum non conveniens*: a comparison of defensive tactics and a practical assessment", in www.ebookbrowser.com, 2010, v. anche I. BANTEKAS "Corporate Social Responsibility in International law", in *Boston University law journal*, 2004, p. 342 ss.

norme di diritto pubblico non sono soggetti ma solo oggetti di diritto pubblico internazionale²²³.

Tuttavia, anche in ragione dell'apertura da parte delle istituzioni internazionali sul tema²²⁴, non è da escludersi che tale impostazione possa cambiare garantendo capacità giuridica internazionale anche agli stessi individui, nonché alle organizzazioni di individui come le imprese multinazionali. Un siffatto sistema rappresenta un salto di qualità nella tutela dei diritti umani, poiché comporterebbe la costituzione di obblighi internazionali in capo alle imprese multinazionali, immediatamente esigibili dalla stessa comunità internazionale di Stati.

Infine, spostando l'analisi sulle modalità di regolazione delle TNC ad un livello più prossimo ai rapporti tra dipendenti e impresa, non può non accennarsi in questa sede ai c.d. codici di condotta, che rappresentano il precipitato pratico delle dottrine di responsabilità sociale dell'impresa e che verranno meglio analizzati nel capitolo che segue.

4.1 Esperienze regolative attuate attraverso strumenti di *hard law*

Nelle pagine che precedono si ha avuto modo di evidenziare qual'è il forte impatto dell'attività commerciale internazionale nell'ambito dei diritti sociali e di quale sia, inoltre, la globalità del raggio di azione del commercio internazionale, ciò che lo rende elemento di influenza in molte altre materie, economiche-commerciali e anche sociali.

Si ha altresì avuto modo di notare come proprio i Paesi dalle economie in via di sviluppo spesso si oppongano ad un sistema di regole a tutela dei diritti sociali

²²³ F. MARRELLA, "Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali", op cit. p. 40.

²²⁴ Si veda ad esempio parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia, emesso l'11 aprile 1949, dove la corte precisa che "*Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté*". cfr CIJ, "*Réparation des dommages subis au services des Nations Unies*" in Recueil CIJ, 1949, p. 8.

proprio perchè interessati a massimizzare gli introiti derivanti da politiche di libero scambio o di industrializzazione massiva a basso costo di manodopera.

In questo quadro gli ordinamenti giuridici dei singoli paesi europei, così come quelli degli altri paesi appartenenti al modello occidentale non hanno dimostrato gravi *défaillances*, pur non essendo negabile che le esigenze di competitività economica si siano fatte comunque sentire, come dimostrato dai crescenti casi di delocalizzazione produttiva verso paesi dove il costo di produzione è inferiore.

Con riferimento alla sfera giuridica, in particolare al diritto del lavoro, ambito più sensibile alle evoluzioni economiche che intaccano la sfera sociale, si è imposta la necessità di modernizzazione che ha costretto ad un ripensamento dei modelli di tutela centrato su una non facile coniugazione di flessibilità e sicurezza (*flexicurity*) e sull'utilizzo di strumenti regolativi di nuova generazione (*soft law*, *Corporate Social Responsibility*) molto distanti dalla tradizionale norma imperativa ed inderogabile, sino a mettere in discussione lo stesso controllo giudiziale dei poteri imprenditoriali (esemplari le proposte, circolanti in Italia e in Francia, di sostituire i dispositivi di controllo giudiziario dei licenziamenti "economici" con un sistema di tassazione)²²⁵.

In ambito comunitario vi sono state alcune incertezze in ambito giuslavoristico e gius mercantilistico, segnatamente da parte della giurisprudenza della CGCE, in relazione alla messa in discussione di alcuni capisaldi del diritto europeo in quelle materie. Il riferimento, come ovvio, è fatto alle già citate pronunce *Viking e Lavall*; in tal senso è anche il caso di segnalare le sentenze Ruffert (C-346/06) e Commissione v. Granducato del Lussemburgo (C-319/06) dove la CGCE ha ritenuto le normative interne, che prevedono condizioni più favorevoli per lavoratori distaccati rispetto a quelle minime obbligatorie, incompatibili con il diritto comunitario, escludendo così la possibilità di applicare condizioni migliorative ai lavoratori distaccati e favorendo la pratica del sociale da parte delle imprese, provenienti da altri Stati membri.

²²⁵ A. PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale" op. cit. p. 19.

Com'è stato correttamente notato²²⁶, tali sentenze sul piano dei rapporti individuali hanno aperto un'ampia falla, legittimando disparità di trattamento che costituiscono fonte di pericolosi conflitti; sul fronte di quelli collettivi, la costruzione di limiti allo sciopero e alla contrattazione collettiva rischia di avere conseguenze nefaste sulla costruzione del processo di armonizzazione e sulla mobilità dei lavoratori all'interno dell'Unione Europea.

A livello internazionale si è già ampiamente detto *supra* di quali siano le ricadute sociali determinate dalle politiche libero mercantili e più in generale dai fenomeni riconducibili alla globalizzazione. Non è opportuno ripetersi, pertanto, in questa sede dove sarà sufficiente riassumere il concetto attraverso le significative parole contenute nel rapporto della Commissione mondiale sulla dimensione mondiale della globalizzazione, istituita in seno all'Organizzazione Internazionale del Lavoro, la quale ha precisato che "Seen through the eyes of the vast majority of women and men, globalization has not met their simple and legitimate aspirations for decent jobs and a better future for their children"²²⁷.

Tutte tali criticità richiamano alla necessità di porre in essere interventi regolatori che tutelino le sfere inerenti ai diritti sociali e al contempo disciplinino l'ambito della concorrenza compiendo, in questo modo, il passo dal *free trade* al *fair trade*²²⁸.

Il concetto di un commercio "corretto" o anche equo e leale²²⁹ è un concetto noto alla legislazione comunitaria, infatti il nuovo art. 205 del Tfu stabilisce che l'azione dell'Unione sulla scena internazionale è informata ai principi ispiratori

²²⁶ D. GOTTARDI, "Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico", in Lav. e Dir., a. XXII, n. 3, 2008.

²²⁷ "A fair globalization: creating opportunities for all", Commissione mondiale sulla dimensione sociale della globalizzazione, 2004, consultabile in <http://www.ilo.org/public/english/wcsdg/docs/report.pdf>.

²²⁸ A. LYON-CAEN "A proposito del dumping sociale" op. cit.

²²⁹ Una prima e più restrittiva ipotesi, riconduce il commercio equo ad una organizzazione degli scambi commerciali internazionali tale che sia assicurata una condivisione equa dei flussi. La quantità "giusta" di esportazioni e importazioni per ciascun paese sarebbe allora quella che garantisce l'equilibrio della bilancia del commercio bilaterale con ciascun partner. In tal senso si veda A. PERULLI, "Lavoro e commercio internazionale", in Digesto, Disc. Priv., Aggiornamento, 2000, p. 444. Una seconda impostazione è quella riscontrabile nella *Section 301 del Trade and Tariff Act* del 1974, che consente di illuminare e sostanziare la nozione di commercio equo, connotandolo in senso anche sociale: 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 irragionevole ("unreasonable trade practice"), sleale e non equa ("unfair and inequitable").

dell'UE che a loro volta, ai sensi dell'art. 21 del Trattato UE sono " la democrazia, lo Stato di diritto, l'universalità e l'indivisibilità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il rispetto della dignità umana, i principi di eguaglianza e di solidarietà e il rispetto dei principi della carta delle nazioni unite e del diritto internazionale".

La novità di rilievo sta proprio nell'introduzione di queste disposizioni generali che si applicano all'insieme delle azioni esterne dell'Ue, compreso il commercio internazionale. Inoltre, in questa chiave va letta un'altra significativa innovazione introdotta dal Trattato, relativamente agli obiettivi dell'Unione nel mondo, 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.

Benchè quelle sopra elencate siano identificabili come disposizioni generali che possono essere fatte rientrare nella tipologia delle dichiarazioni di principio è anche vero che esse dimostrano una nuova attitudine dell'Unione nell'approccio alla regolazione del commercio internazionale.

Nonostante tali aperture all'idea di un commercio *fair* che riconosce e si fa garante del rispetto di principi quali i diritti umani, le libertà fondamentali dell'individuo e lo sviluppo sostenibile, esistono ancora, a livello istituzionale, delle posizioni che alla luce di quelle appena citate sembrano ormai obsolete.

Il riferimento specifico riguarda la stessa definizione di *dumping* fornita dal GATT. In particolare l'art. VI, comma 1, precisa che il "*dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry*".

In definitiva, quel che conta nella definizione fornita dall'accordo è il concetto commerciale di *dumping* e di conseguenza ciò che si vuole salvaguardare è che il valore (il prezzo) dei prodotti scambiati nei mercati dei paesi aderenti al trattato

non sia alterato attraverso l'importazione e la vendita degli stessi prodotti a prezzi notevolmente inferiori.

Di conseguenza, nonostante alcune voci discordanti²³⁰, è molto difficile sostenere che vi possa essere rapporto tra la definizione tecnica di *dumping* offerta dal Gatt e il *dumping* sociale.

L'accordo del 1994 sull'implementazione dell'articolo VI del GATT, infatti, contiene dettagliate disposizioni sul significato di valore equo che tuttavia non si adattano all'ambito delle violazioni del diritto del lavoro, molte delle quali hanno un impatto neutrale sui prezzi²³¹.

Si è così optato per una definizione più ristretta di *dumping*, limitata cioè al dumping sui prezzi, qualificando le forme di *dumping* sociale come "*very difficult to define*" e ritenendole ulteriori rispetto ai parametri posti dalle norme *antidumping*. Di conseguenza si è deciso di non annoverare i lavoratori o le loro rappresentanze sindacali tra i soggetti interessati e abilitati a proporre l'azione volta ad attivare le procedure *antidumping*²³².

In una tale prospettiva, l'inserimento di clausole sociali all'interno dei trattati commerciali internazionali rappresenta la tipica modalità *hard* di regolazione del commercio internazionale.

Nel precedente paragrafo si era anticipato di come i moderni accordi di *free trade agreements* di nuova generazione contengano al loro interno effettivi sforzi da parte degli Stati aderenti di operare un collegamento diretto tra diritti sociali e commercio internazionale.

Caso particolarmente emblematico è quello rappresentato dall'accordo *Better Factories Cambodia* concluso tra USA e Cambogia, nel quale è coinvolta anche l'OIL. Tale accordo prevede un collegamento condizionale tra l'importazione e commercializzazione dei prodotti cambogiani sul mercato americano e l'implementazione degli standard sociali all'interno del paese asiatico. A tale

²³⁰ B.A. HEPPLER, "*Labour laws and global trade*", 2000, p. 144, dove l'autore precisa che non sono mancati i tentativi interpretativi per far sì di ricondurre alcune previsioni del GATT a misure di tutela dei diritti sociali.

²³¹ B.A. HEPPLER, "*Labour laws*", op. cit. p. 145

²³² A. PERULLI, "*Globalizzazione e dumping sociale*" op. cit. p. 26.

proposito il ruolo dell'OIL consiste nello svolgere il ruolo di attore del monitoraggio attraverso l'effettuazione di ispezioni e rapporti, nonché attraverso la predisposizione di assistenza tecnica al governo della Cambogia.

Un approccio basato su simili criteri di condizionalità tra lo sviluppo delle clausole sociali e la dimensione del commercio globale è inoltre sempre più accreditato dalla dottrina internazionalistica in materia di tutela dei diritti umani e diritti sociali²³³.

Nel caso di specie i vantaggi derivanti dall'utilizzo di questo modello di ibridazione tra tecniche *hard* (clausola sociale) e *soft* (assistenza tecnica, cooperazione)²³⁴ corrispondono all'innescamento di un circolo virtuoso attraverso il quale l'innalzamento delle condizioni di lavoro hanno posto in essere un aumento della produttività in grado, a sua volta, di giustificare i maggiori costi di manodopera, con ulteriori benefici a livello macroeconomico e di stabilità politica²³⁵.

Si possono annoverare anche altri casi, come ad esempio la nota vicenda del Myanmar, in cui l'Organizzazione Internazionale del Lavoro si è fatta promotrice di sanzioni economiche, anche commerciali, quali il blocco alle importazioni, e che sono state effettivamente assunte dagli stati membri nei confronti del governo inadempiente, il quale aveva sistematicamente violato la Convenzione OIL n. 29 sullo sfruttamento del lavoro forzato da parte dei militari²³⁶.

Ecco che, come detto *supra*, in tutti questi casi l'internormatività diventa uno strumento avvalendosi del quale è possibile costruire norme che tengano conto delle esperienze effettuate in altre materie e che inglobino tali esperienze codificandole in una regola giuridica intersistemica.

²³³ R.B. FREEMAN "International labor standards and world trade: friends or foes?", in *The World Trading System: Challenges Ahead*, a cura di J.J SCHOTT, 1996, p. 130. Sul punto si vedano anche W. BENEDEK, "The World Trade Organization and Human Rights", op. cit., nonché E.U. PETERSMANN, "Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organisations", *New York University School of Law*, Working Paper 7/01, 2001.

²³⁴ A.PERULLI, "Globalizzazione e dumping sociale" op. cit. p. 28.

²³⁵ J.A. HALL "The ILO's Better Factories Cambodia Program: A Viable Blueprint for Promoting International Labor Rights?", *Chapman University-school of law*, Working Paper 11/2011, p.30

²³⁶ B. A. HEPPLER, "Labour laws", op. cit. p. 150

In questo senso non sono pochi i casi in cui ci si è rivolti al metodo dell'internormatività per regolare materie che afferiscono ad ambiti diversi ma "dialogano" tra di loro nel momento in cui si sovrappongono. Ad esempio, con riferimento alla disciplina degli appalti pubblici e sulle possibilità di *partnership* tra pubblico e privato, si annovera l'ormai risalente *Labour Clauses (Public Contracts) Convention* dell'Oil n. 94/1949, ratificata da ben sessanta Stati, in base alle quali si richiede l'inserimento di clausole sociali nei contratti pubblici di appalto in modo da scongiurare che gli standards sociali possano rappresentare un elemento contrattuale su cui negoziare al ribasso²³⁷.

4.2 Le esperienze regolative attuate attraverso strumenti di *soft law*

Nel panorama generale delle tecniche regolative a tutela di diritti sociali, a fianco di quelle di c.d. *hard law* si trovano quelle, di più recente creazione, di c.d. *soft law*. Con riferimento a tale ambito il substrato teorico più rilevante è costituito dalle teorie di Corporate Social Responsibility e i loro prodotti principali sono i codici di condotta e la regolamentazione dei prodotti ed i marchi etico/sociali. La Responsabilità Sociale dell'Impresa, intesa come la prospettiva dell'auto-normazione privata su base volontaria, nasce dalle tesi di Merrick Odd per cui la *corporation* doveva essere considerata un'istituzione al servizio della comunità, con il conseguente dovere degli amministratori di tenere conto di tutte le sue *constituencies*²³⁸.

²³⁷ N. BRUUN, "ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Ruffert case", in *European Review of Labour and Research*, Nov. 2010. In argomento si veda anche K. ZEISEL, "The Promotion Of Human Rights by Selective Public Procurement Under International Trade Law", in *Transnational Corporations and Human Rights*, 2006, p. 361

²³⁸ E.M. DODD, "For Whom Are Corporate Managers Trustees", in *Harvard Law Review*, 45, 1932, p. 1148 ss., specie a p. 1156, dove si afferma "there is in fact a growing feeling not only that business has responsibilities to the community but that our corporate managers who control business should voluntarily and without waiting for legal compulsion manage it in such a way as to fulfill those responsibilities corporate social responsibility", aprendo così il dibattito sulla *corporate social responsibility* e sull'individuazione degli interessi degli altri stakeholders rilevanti, dipendenti e fornitori in primis

In tema di CSR le iniziative dell'ONU e dell'UE non hanno condotto sinora all'elaborazione di fonti giuridicamente vincolanti, ma hanno fissato i caratteri del sintagma, che costituiscono allo stato il necessario riferimento di ogni analisi. E' in particolare nel Libro Verde dell'UE del 2001 la sintetica e generica definizione di CSR: "*a concept whereby companies integrate in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis*"²³⁹.

L'approccio indicato dal Libro Verde ruota attorno ai *social and environmental concerns* e al loro rapporto che, durante la gestione aziendale, si crea con gli *stakeholders*. Tale rapporto potrebbe anche essere considerato da una prospettiva manageriale più sensibile all'aspetto del *company's profit* e ciò sembra essere confermato dal Compendium pubblicato nel 2011 dalla Commissione sul tema *Corporate Social Responsibility: national public policies in European Union*, in cui si qualifica il concetto di CSR come "*dinamico, dipendente dal contesto e di natura olistica*", nonché dalla Comunicazione della stessa Commissione del successivo ottobre sulla nuova strategia da adottarsi nel periodo 2011-2014.

Quest'ultima propone una nuova definizione della CSR quale "*responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società*".

Le scelte produttive, gestionali, sociali ed ambientali che sono indotte dai principi della CSR si pongono, o si dovrebbero porre, al di là della soglia della norma vincolante e sono piuttosto rivolte ad elevare il soddisfacimento degli *stakeholders* e di obiettivi di interesse generale ad una misura superiore a quella garantita dall'ordinamento giuridico, tanto più se considerato con riferimento a diritti fondamentali²⁴⁰.

Nel contesto europeo, ad esempio, ove i principi e valori fondamentali sono consacrati nelle fonti di rango più elevato, a partire dalle Convenzioni di

²³⁹ Commissione CEE, Libro Verde - *Promuovere un quadro europeo per una responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles 18 luglio 2001 Comm (2001) 366 C. Il Libro Verde è stato poi seguito dalla Comunicazione della Commissione relativa a *La responsabilità sociale delle imprese: un contributo allo sviluppo sostenibile*, Bruxelles 2 luglio 2002 Comm (2002) 347 C e dalla Comunicazione della Commissione *Il partenariato per la crescita e l'occupazione fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles 22 marzo 2006 Comm (2006) 136 C.

²⁴⁰ F. PERNAZZA "*Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali*" in *Dir. Comm. Internaz.*, 2012, 01, 154.

Strasburgo, alla convenzione di Nizza e dai Trattati, e trovano riscontro nelle carte costituzionali e in un sistema articolato di istituzioni, anche giurisdizionali, che ne assicurano il rispetto, l'approccio della CSR appare logicamente estraneo, o quantomeno svolge un ruolo marginale, rispetto al tema della tutela dei diritti fondamentali, che sono garantiti da norme imperative spesso corredate da un apparato sanzionatorio anche penale.

La prospettiva muta se il ruolo della Responsabilità Sociale delle Imprese viene analizzata con riferimento al commercio internazionale e alle attività economiche svolte dalle imprese multinazionali all'interno dei paesi con economie in crescita o di paesi del c.d. terzo mondo.

In questi casi il problema diventa estremamente più complesso e le organizzazioni internazionali in tal senso è da molti anni che cercano di introdurre tutele con successi altalenanti.

Così ad esempio il *Codice di condotta delle società transnazionali* elaborato dal Comitato Economico e Sociale nel 1976, oppure la *Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale* elaborata dall'OIL nel 1977 non sono stati recepiti quali fonti internazionali vincolanti²⁴¹.

Dall'altro lato, con riferimento ai documenti che sono stati sottoscritti quali fonti internazionali vincolanti, si segnala Convenzione ONU contro la corruzione del 9 dicembre 2003, entrata in vigore il 14 dicembre 2005, che ha le sue radici nella convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione degli agenti pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali.

Da ultimo, la commissione per i diritti umani dell'ONU ha elaborato nel 2003 le *Norme sulla responsabilità delle imprese transnazionali*, con l'intento di imporre alle imprese transnazionali, mediante uno strumento convenzionale internazionale, gli stessi obblighi assunti dagli Stati in relazione ai diritti umani: "*to promote, secure the fulfilment of, respect, censure respect of and protect the human rights*".

²⁴¹ A. DI BLASE, "Il progetto NU di codice di condotta per le società multinazionali", in "Diritto del Commercio Internazionale", A. GIARDINA, G. L. TOSATO, a cura di, 1996, p. 427.

In relazione alle ragioni ed ai soggetti che determinano il frequente insuccesso degli strumenti di CSR di matrice istituzionale internazionale e come si è già avuto modo di notare *supra*, contrariamente a quanto potrebbe intuitivamente ritenersi, non sono soltanto le *lobbies* delle imprese transnazionali nei settori sensibili ad opporsi (armi, attività minerarie e petrolifere, chimica, manifattura, agricoltura, etc.): anche i Governi dei paesi in via di sviluppo fanno resistenza, poichè l'introduzione di *standards* sociali all'interno dei loro sistemi di produzione equivarrebbe ad un aumento del costo del lavoro e ad una conseguente perdita di competitività.

In relazione agli strumenti attraverso i quali viene promossa la CSR nelle imprese transnazionali se ne annoverano due in particolare.

I più diffusi sono i codici di condotta che sono adottati dalle imprese o dagli organismi di rappresentanza delle singole categorie di imprese e poi introdotti dalle aziende affiliate.

Dall'altro, il rispetto dei principi di *social responsibility* può essere attestato sul prodotto o, sebbene ciò sia più difficile, sul servizio (c.d. *social labelling*).

Per quanto concerne i codici di condotta si è potuta notare un'evoluzione che ha interessato sia i soggetti che li elaborano, sia il valore giuridico delle disposizioni ivi contenute²⁴²

In aggiunta ai codici di condotta individuali delle singole imprese si stanno via via affermando codici di condotta collettivi predisposti dagli enti di rappresentanza dei vari settori di attività e che si caratterizzano per il progressivo arricchimento dei contenuti, specialmente per quanto concerne l'attenzione verso i diritti sociali²⁴³.

²⁴² F. MARRELLA, F. GALGANO, "*Diritto e prassi del Commercio Internazionale*", op . cit., p. 866. Sul punto vedi anche F. MARELLA, "*La nuova lex mercatoria*", 2003, p. 763.

²⁴³ Tra i codici collettivi elaborati da associazioni di settore si segnalano quelli di: *International Council of Toy Industries* - ICTI (1995); *Ethical Trade Initiative* - ETI (1998); *International Council on Mining and Metals* - ICMM (2003); *Electronic Industry Code of Conduct* - EICC, dotato anche di un sistema di audit (2004); *Equator Principles*, in materia di *Project Finance*, adottato da 72 istituzioni tra cui le italiane Intesa ed Unicredit (2006): cfr. R. CASEY, "*Meaningful Change: Raising the Bar in Supply Chain Workplace Standards*", in www.reports-and-material.org/Ruggie-briefing-paper-for-Thailand-consultation-june-2006-pdf.

Un'importante ricognizione dei contenuti dei codici di condotta coordinata dal Responsabile speciale per i diritti umani del Segretariato Generale dell'ONU tra le multinazionali di maggiore rilievo ha evidenziato una particolare diffusione di clausole attinenti alla tutela dei diritti dei lavoratori, in termini di non discriminazione, libertà di associazione, libertà di contrattazione collettiva, contrasto al lavoro forzato, al lavoro minorile e sul salario minimo²⁴⁴.

Rimane, tuttavia, opinabile quale sia effettivamente il valore giuridico di tali codici e quali siano i rimedi esperibili in caso di mancata applicazione delle disposizioni ivi contenute, in particolare laddove si consideri che non è insolito ritrovarvi clausole che escludono che dal loro contenuto possano essere fatti derivare diritti da parte di controparti contrattuali o altri *stakeholders*.

Inoltre vi è da dire che il più delle volte le associazioni di categoria non impongono statutariamente che le singole imprese adottino i codici ma si limitano a proporli alle proprie associate in qualità di modelli alternativi di autoregolazione.

Resta, infine, materia pressochè inesplorata, quella relativa ai rimedi che potrebbero attribuirsi ai terzi e particolarmente alle controparti contrattuali a seguito dell'accertata violazione dei codici di condotta.

In dottrina è stato proposto che il mancato rispetto da parte dell'impresa dei principi di condotta contenuti nel codice dalla stessa adottato e pubblicato potrebbe consentire alla controparte di sostenere la sussistenza di un proprio errore sulle caratteristiche soggettive del contraente per richiedere l'annullamento del contratto, dimostrando che il rispetto di quei principi è stato determinante nella formazione del consenso a contrarre²⁴⁵. Tuttavia, sebbene tale tesi non sia da considerarsi priva di pregio, essa forse si adagia in maniera eccessiva sulla disciplina dell'annullamento del contratto secondo la disciplina del codice civile

²⁴⁴ L'indagine ha investito 300 tra le maggiori multinazionali di ogni area del globo: J. RUGGIE, "Addendum on Business recognition of human rights: Global patterns, regional and sectoral variations", Doc. N. A/HRC/add.4 dell'8.2.2007. Si veda anche *Human Rights Policies & Management Practises of Fortune Global 500 Firms: Results of a Survey*, Business and Human Rights Resource Centre, in www.reports-and-material.org/Ruggie-survey-Fortune-global-500.pdf, cfr F. PERNAZZA "Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali", op.cit. p. 159.

²⁴⁵ F. PERNAZZA "Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali", op.cit. p.160.

italiano dove l'errore sulle qualità soggettive del contraente è considerato determinante ed è causa di annullamento del contratto, sempre che l'azione sia proposta nel rispetto dei termini di prescrizione.

In ambito internazionale le cose cambiano, infatti, secondo i Principi Unidroits l'azione di annullamento può essere esercitata soltanto prima che l'esecuzione del contratto sia iniziata²⁴⁶ e in ogni caso l'azione mai potrebbe essere posta in essere qualora la violazione riguardi le disposizioni di un codice di condotta adottato successivamente alla conclusione del contratto.

Sembra, pertanto, che al momento il rispetto e l'*enforcing* delle disposizioni contenute nei codici di condotta sia lasciato ad azioni diverse rispetto a quelle che tradizionalmente sono utilizzate nel diritto dei contratti.

Un primo strumento a garanzia della *compliance* delle norme contenute nei codici di condotta potrebbe essere determinato dai consumatori e cioè dal mercato. In tal senso si potrebbe ritenere che qualora un'azienda adottasse politiche di *fair behavior* resi pubblici attraverso l'adozione di codici di condotta, in termini di *marketing* sarebbe un rischio non indifferente contravvenire in seguito a tali "promesse", poichè ciò potrebbe dare adito ad azioni di boicottaggio da parte dei consumatori, come di fatto è accaduto nei confronti di molte imprese transnazionali.

Su un piano diverso si segnalano meccanismi di comunicazione periodica cui potrebbero impegnarsi le imprese ed attraverso i quali rendere note le modalità attraverso le quali intendono dare attuazione ai codici sottoscritti²⁴⁷; oppure, nel caso dei codici di condotta collettivi, si possono istituire forme di controllo

²⁴⁶ L'errore sulle caratteristiche soggettive della controparte è preso in considerazione per la *validity of contract* anche nei Principles Unidroit, ma l'art. 3.2.2., comma 1 lett. b) ammette l'azione di annullamento soltanto a condizione che la controparte che ha fatto affidamento nel contratto non ne abbia iniziato l'esecuzione.

²⁴⁷ Esempio di tale modalità è il cosiddetto "bilancio sociale", strumento nato intorno agli anni '70 negli USA e che si successivamente esteso anche all'Europa. Si distinguono principalmente modelli di bilancio sociale che affrontano soltanto la gestione sociale e modelli che regolano anche la rendicontazione; tra questi ultimi si segnala il modello della Global Reporting Initiative (GRI), del Gruppo Bilancio Sociale (GBS), dell'Istituto Europeo del Bilancio Sociale e dell'ABI: per una illustrazione dei primi due modelli v. *Global reporting initiative*, Linee guida per il reporting di sostenibilità, in www.globalreporting.org; Gruppo di studio per il bilancio sociale, Principi di redazione del bilancio sociale, in www.gruppobilanciosociale.org. Sul tema in generale L. HINNA (a cura di), *Il bilancio sociale*, Milano, 2002.

sull'implementazione da parte delle associazioni di categoria che li elaborano e che prevedano l'obbligo degli associati di sottoscriverli: negli statuti associativi possono essere previste sanzioni graduate a seconda della gravità della violazione fino all'espulsione.

Il secondo strumento di adozione della CSR è rappresentato dal c.d. social labelling, ossia la marchiatura di beni che ha lo scopo di informare il consumatore sul fatto che il bene che sta acquistando è stato prodotto nel rispetto di criteri e regole lavoristiche, etiche ed ambientali.

In questo ambito risultano di particolare interesse i marchi del Commercio Equo e Solidale (*Fair Trade, Trans Fair, Max Havelaar*). Esempio è il caso Fair Trade, sia per il suo notevole sviluppo, sia per l'accuratezza attraverso cui sono descritti gli *standards* dei prodotti che portano il marchio e le modalità di verifica del loro rispetto, inoltre esso non solo ha ad oggetto la tutela dei diritti sociali di coloro che sono implicati nella produzione del bene bensì tiene in considerazione anche la distribuzione del valore lungo tutta la catena produttiva, incidendo quindi su uno degli aspetti più rilevanti ai fini dello sviluppo delle economie più deboli²⁴⁸.

4.3. Segue. Gli *international frameworks agreements* (IFAs)

Tra gli strumenti di regolazione riconducibili all'interno della categoria di quelli di *soft law*, non possono non essere menzionati gli International Framework Agreements (IFA).

Tali accordi quadro sono negoziati tra le imprese transnazionali e le unioni sindacali internazionali, Global Union Federations: attualmente si contano 114 IFAs che interessano approssimativamente 10 milioni di lavoratori²⁴⁹.

²⁴⁸ F. PERNAZZA, "Il commercio equo e solidale tra autoregolamentazione ed eteronomia", in "Il Commercio equo e solidale. Principi, regole, modelli organizzativi", F. PERNAZZA (a cura di), 2009, p.111. E' comunque opportuno ricordare che tale indirizzo relativo alla alle modalità di descrizione degli standards, alle verifiche di essi e alle politiche di gestione dei prezzi lungo tutta la filiera produttiva, era già stato suggerito dall'Unione europea nel suo Libro verde sulla Responsabilità Sociale dell'Impresa.

²⁴⁹ Dati estratti dal sito www.ewcdb.eu/agreements.php. riferiti all'anno 2012.

Secondo il dizionario europeo delle relazioni industriali²⁵⁰ il termine “accordo quadro internazionale” serve per distinguere in modo chiaro gli accordi negoziati dai codici volontari di condotta. Mentre questi ultimi rappresentano iniziative di tipo unilaterale, dal negoziato di accordi quadro, quali accordi aziendali bilaterali tra federazioni sindacali globali e direzione centrale dell'impresa transnazionali può scaturire l'avvio di una potenziale trattativa a livello transnazionale.

Volendo fare un paragone con le forme di negoziazione note alle relazioni industriali italiane, gli IFAs sono come i contratti collettivi aziendali di diritto italiano.

Nonostante il numero di questi strumenti regolativi sia inferiore se paragonato al numero dei codici di condotta²⁵¹, essi stanno continuando a crescere ad un ritmo piuttosto sostenuto da quando, nel 1988, fu firmato il primo accordo. In particolare è interessante notare che nei 15 anni che vanno dal 1988 al 2002 furono sottoscritti 23 IFAs e altri 33 ne furono firmati nel periodo 2003-2006, per arrivare infine agli ulteriori 58 che sono stati conclusi nel quinquennio 2007-2012.

In dottrina si è talvolta sostenuto che gli IFAs siano un'iniziativa di matrice Europea per favorire il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori²⁵². Infatti, la maggior parte delle imprese transnazionali che hanno sottoscritto IFAs sono di origine europea - in particolare tedesche, francesi e scandinave e solo 10 tra esse sono imprese con sede legale extra UE²⁵³. Per tale ragione gli studiosi della

²⁵⁰ Cfr. www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary

²⁵¹ K. PAPADAKIS, "Cross-border social dialogue and agreements: an emerging global industrial relations framework?", K. PAPADAKIS (a cura di), 2007, p. 2. dove si segnala, inoltre, che il numero di lavoratori interessati dall'applicazione dei codici di condotta è di circa 100 milioni).

²⁵² I. DAUGAREILH, "Les accords-cadres internationaux: une réponse européenne à la mondialisation de l'économie?", M. DESCOLONGES, B SAINCY "Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale", 2006. pp. 116-135.

²⁵³ Si tratta degli IFAs sottoscritti dalle seguenti MNEs: Chiquita (USA, 2001); Fonterra (Nuova Zelanda, 2002); Anglo-Gold (Sud Africa, 2002); Lukoil (Federazione Russa, 2004); Coca-Cola Company, (USA, 2005); Nampak (Sud Africa, 2006); National Australia Group (Australia, 2006); Manpower (USA, 2008); Telkom Indonesia (Indonesia, 2010); Fors (USA, 2012), cfr. www.ewcdb.eu/agreements.php.

materia talvolta distinguono gli accordi in esame tra IFAs e European Framework Agreements (EFAs)²⁵⁴

Volendo fare un paragone con le forme di negoziazione note alle relazioni industriali italiane, gli IFAs sono come i contratti collettivi aziendali di diritto italiano.

Il principio è il medesimo, cambiano i contenuti e l'estensione della loro applicazione.

Sebbene ci siano diverse differenze nei contenuti dei diversi IFAs, tutti gli accordi sono basati sui principali labour standards promossi e riconsociuti dall'ILO.

La maggior parte degli IFAs si riferisce alla convenzione n. 87/1948 sulla libertà di associazione, alla convenzione n. 98/1949 sul diritto di contrattazione collettiva (*right to collective bargaining*), alle convenzioni n. 29/1930 e n. 105/1950 sull'abolizione del lavoro forzato, alle convenzioni 105/1951 e 111/1958, rispettivamente sulle condizioni di retribuzione proporzionata al lavoro e sulla prevenzione alla discriminazione nei luoghi di lavoro e infine alle convenzioni 138/1973 e 182/1999 sull'eliminazione del lavoro infantile. Alcuni IFAs si riferiscono, inoltre, alla Convenzione n. 135/1971 sulla non discriminazione dei rappresentanti dei lavoratori²⁵⁵.

Tuttavia vi sono vari IFAs che vanno al di là del riconoscimento dei *labour standards* assicurando migliori condizioni di retribuzione e di lavoro come anche luoghi di lavoro sicuri e igienici²⁵⁶.

L'applicazione degli IFAs è estesa a tutte le *branches* o *subsidiaries* dell'impresa e anzi essi spesso vengono utilizzati come strumento per assicurarne la *compliance* anche da parte delle sedi situate in paesi dove il rispetto dei diritti dei lavoratori è ancora incerto. Inoltre, negli ultimi anni all'interno di detti accordi è frequente trovare una clausola attraverso la quale le imprese sono tenute ad

²⁵⁴ J. KARPINEN, "European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches", paper edito da European Foundation for the improvement of living and working conditions, in www.eurofound.europa.eu, 2009, p. 21.

²⁵⁵ I. GIBB, "International framework agreements: Increasing the effectiveness of core labour standards", 2005, p. 25.

²⁵⁶ I. GIBB., *ivi*, p. 27.

informare fornitori e *subcontractors* e ad incoraggiarli al rispetto dei principi ivi contenuti²⁵⁷.

Le disposizioni per l'applicazione e l'efficace controllo di un IFA sembrano essere importanti nel caso in cui lo stesso accordo abbia un qualche impatto effettivo nella regolazione delle relazioni industriali. In tal senso le esperienze riguardanti gli accordi esistenti variano in maniera considerevole.

In alcuni casi i dipendenti sono stati appena informati riguardo all'esistenza di un IFA sottoscritto dall'azienda, rendendo in tal modo difficile anche la sola consapevolezza degli impegni presi. In altri casi, invece, sono stati posti in essere concreti strumenti per implementare una rete sindacale internazionale e per sviluppare *action plans* che assicurino il massimo utilizzo delle disposizioni contenute nell'IFA²⁵⁸.

Con riferimento all'esecuzione di tali accordi si deve prendere atto che non esiste alcun meccanismo globale legale di esecuzione. Questo significa che, di fatto, l'attuazione di qualsiasi disposizione concernente l'*enforcement* di un IFA è rimessa alla disponibilità del management a cooperare sulla capacità dei sindacati a persuadere le aziende a risolvere le eventuali lamentele dei lavoratori.

Ad oggi ci sono relativamente pochi esempi di ricorsi presentati per l'inadempimento di un'IFA. Tali ricorsi spesso si riferiscono a violazioni di disposizioni relative alla libertà di associazione e alla libertà di contrattazione collettiva²⁵⁹.

²⁵⁷ N. EGELS-ZANDEN, P. HYLLMAN, "Evaluating strategies for negotiating workers' rights in transnational corporations: the effects of codes of conduct and global agreements on workplace democracy", in *Journal of business ethics*, Vol 76, 2007, pp. 207.

²⁵⁸ In tal senso si veda il caso IKEA che sin dal 1999 prevede un Comitato Aziendale Europeo (*European Works Council*), cfr IKEA EWC Agreement, No. 15, 1999.

²⁵⁹ S. COLEMAN, "Enforcing international framework agreements in U.S. courts: a contract analysis", Columbia law School paper, 2010, p. 602.

5. Le tecniche regolative di integrazione regionale*.

Un'ulteriore tecnica di regolazione è individuabile nelle politiche di integrazione a livello regionale di quanto disposto tra interlocutori istituzionali in sede di negoziati tra Stati e Organizzazioni internazionali.

Esempio di tali metodi di implementazione regolativa è rappresentato dalle politiche di *policy integration* portate avanti dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro. In particolare tali programmi sono volti a supportare progetti cardine della *core activity* dell'ILO e cioè lo sviluppo a livello globale di standard di lavoro equi e la promozione di una globalizzazione sostenibile.

Nel 2004 la Commissione Mondiale sulla dimensione sociale della Globalizzazione ha notato come, a livello regionale, gli obiettivi sociali tendano ad essere una questione secondaria, affrontati solo in un secondo tempo dopo le questioni di natura economica e politica.

Tuttavia, se l'integrazione a livello regionale rappresenta una pietra d'angolo verso obiettivi quali il raggiungimento di una *fair globalization* o di *fair labour standards*, una sua ben definita dimensione sociale sarà essenziale.

La Commissione mondiale, affinché sia più facile il raggiungimento di tali scopi, ha suggerito che le politiche di integrazione regionale siano portate avanti attraverso un sistema di partecipazione e di riscontro democratici (per esempio attraverso la costituzione di organi tripartiti) e che gli obiettivi sociali ivi richiamati siano sostenuti attraverso l'analisi dei dati effettivi forniti con regolarità.

A cavallo tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso si riteneva che lo sviluppo economico avrebbe parimenti comportato una riduzione della cosiddetta economia informale²⁶⁰, ossia quel settore dell'economia caratterizzato da un

* In generale sull'argomento trattato in questo paragrafo si vedano gli atti raccolti durante il convegno "*Symposium on the Social and Labour Policy Dimensionsof Regional Integration*" tenutosi a Venezia il 30 novembre 2012, organizzato dall'Università Ca' Foscari e dall'Organizzazione Mondiale del Lavoro sotto la direzione scientifica del Prof. Adalberto Perulli e della dott.sa Vania Brino.

²⁶⁰ SINHA, A. "*Trade and the informal economy*", in *Trade and Employment: from myths to facts*, di AA. VV., Geneva, 2011, p. 125.

basso livello di investimento tecnologico, una produzione poco specificata e che accede a mercati non selezionati²⁶¹.

In realtà le speranze di quegli anni sono state smentite e infatti i risultati delle indagini dimostrano come, in media, il 60% dei lavoratori nei paesi in via di sviluppo è impiegato in settori economici informali e come tra gli anni '90 e 2000 la globalizzazione e le riforme del commercio internazionale abbiano dimostrato una tendenza ad incoraggiare forme di lavoro precario.

E' evidente che gli accordi e le politiche negoziate dagli attori istituzionali difficilmente riescono ad avere il risultato sperato ad un livello geografico ed economico perfierico.

La consapevolezza di una tale carenza di capillarità spinge l'ILO a promuovere le succitate politiche di integrazione a livello regionale che consentono la penetrazione particolare delle strategie di sviluppo sociale negoziate a livello bilaterale.

Il primo sistema di integrazione è rappresentato dal NAALC, il North American Agreement on Labor Cooperation, stipulato l'1 settembre 1993 successivamente alla sottoscrizione del NAFTA dai paesi ad esso aderenti (Usa, Canada, Messico).

Esso fornisce un meccanismo per i paesi aderenti di assicurare l'effettiva applicazione degli standards e delle leggi lavoristiche domestiche, presenti e future, senza interferire nella funzione sovrana dei differenti sistemi lavoristici nazionali. Parimenti, la Commissione per la cooperazione sul lavoro è l'unico organo internazionale dalla fondazione dell'ILO (1919) ad essere esclusivamente votato ai diritti dei lavoratori e a materie relative a diritti lavoristici.

Insieme all'altro accordo sulla cooperazione ambientale, il NAALC aggiunge una dimensione sociale al NAFTA.

Attraverso il NAALC i partners commerciali regionali cercano di sviluppare le condizioni di lavoro e la qualità della vita, nonchè di proteggere e presidiare i principali diritti dei lavoratori.

²⁶¹ HUGON P., “*The informal sector revisited (in Africa)*”, in D. TURNHAM B. SALOME'; A.SCHWARZ (eds): *The informal sector revisited* (OECD), 1990.

Per raggiungere questi obiettivi il NAALC stabilisce un insieme di Obiettivi, Obbligazioni e Principi lavoristici²⁶² che tutte le parti sono tenute a promuovere. Esso, crea, altresì, dei meccanismi per le attività cooperative e le consultazioni intergovernative come anche per valutazioni indipendenti e risoluzioni di controversie relative all'applicazione delle leggi del lavoro di ogni nazione.

Un altro esempio di accordo interstatale che agevola la penetrazione nel territorio delle politiche negoziate a livello centrale è rappresentato dall'ASEAN (Association of South East Asian Nations). L'ASEAN è un'organizzazione politica, economica e culturale di nazioni fondata nel 1967 con lo scopo principale di promuovere la cooperazione e l'assistenza reciproca fra gli stati membri per accelerare il progresso economico e aumentare la stabilità della regione.

Nell'ambito delle sue attività riconducibili alla cooperazione in ambito sociale l'ASEAN ha portato avanti numerose *policies* relative al lavoro.

Nel 2007 fu emanata la Dichiarazione ASEAN sulla protezione e promozione dei diritti dei lavoratori immigrati; nel 2010 furono emanate le Linee Guida sulle buone pratiche in merito alle relazioni industriali; nel 2012 infine fu emanata la Dichiarazione ASEAN sui diritti umani.

Dal momento che lo sviluppo delle politiche sociali rappresenta uno degli obiettivi specifici nell'agenda dell'ASEAN, all'interno di esso sono previsti organi addetti all'implementazione del lavoro. Tra di essi meritano di essere menzionati:

- Il Gruppo di lavoro dello SLOM (Senior Labour Official Meetings) relativo alle prassi lavoristiche progressiste in merito allo sviluppo della competitività dell'ASEAN (SLOW - WG).
- Il Comitato sull'implementazione della Dichiarazione ASEAN relativa alla promozione e protezione dei diritti dei lavoratori immigrati (ACMW).

²⁶² Le obbligazioni previste sono: 1) I livelli di protezione; 2) l'azione governativa di applicazione; 3) l'azione privata; 4) le garanzie procedurali; 5) la pubblicazione; 6) Informazione pubblica e consapevolezza. I principi: 1) libertà di associazione e protezione della libertà di organizzare; 2) diritto di negoziazione collettiva; 3) diritto di sciopero; 4) proibizione di lavoro forzato; 5) tutele contro il lavoro minorile; 6) standard minimi di lavoro garantiti; 7) eliminazione della discriminazione sul lavoro; 8) parità di retribuzione tra uomini e donne; 9) prevenzione agli infortuni e malattie sul lavoro; 10) risarcimento in caso di infortuni e malattie sul lavoro; 11) tutela per i lavoratori immigrati.

- La rete ASEAN sulla sicurezza e la salute sul posto di lavoro (ASEAN-OSHNET).
- Il gruppo di lavoro dello SLOM sulla prevenzione e il controllo dell'HIV sul luogo di lavoro (SLOM-WG-HIV).
- La Commissione intergovernativa dell'ASEAN sui diritti umani (AICHR).

Con riferimento agli impegni in programma è importante ricordare che l'agenda dei ministri del lavoro dell'ASEAN relativa al periodo 2010-2015 contiene 4 priorità regionali nello specifico campo del lavoro.

La prima priorità è quella legale, nell'ambito della quale è prevista la promozione di *best practices* e la promozione e protezione dei diritti dei lavoratori, inclusi quelli immigrati.

In secondo luogo l'attenzione si sposta sul ruolo istituzionale, in particolare in merito al rispetto delle leggi giuslavoristiche, protezione sociale, salute pubblica sul luogo del lavoro.

La terza priorità riguarda i *social partners*, attuata attraverso il rafforzamento della cooperazione sociale, la promozione delle politiche di responsabilità sociale delle imprese, lo sviluppo della cooperazione internazionale.

Infine, la quarta priorità è rappresentata dallo sviluppo del mercato del lavoro e della forza lavoro. Naturalmente, benchè tale ultimo punto del programma, al pari degli altri, abbia un respiro programmatico e generico, la situazione di crisi globale impone delle misure concrete. Infatti, in questo ambito l'agenda prevede di correggere l'impatto che il commercio internazionale e la crisi hanno sul lavoro promuovendo politiche sociali progressiste e rafforzando l'analisi e le informazioni relative al mercato del lavoro.

Benchè tutte le misure sopra citate siano un chiaro segnale di impegno da parte dei Paesi che aderiscono all'ASEAN, ciò non di meno le politiche che prevedono la promozione sociale ed in particolare il rafforzamento ed il presidio dei diritti dei lavoratori siano di fatto misure recentemente introdotte in seno all'agenda dell'associazione.

In particolare, l'elemento che maggiormente adombra gli aspetti positivi contenuti nel programma dell'ASEAN è rappresentato dall'effettività dei meccanismi per assicurare che i diritti dei lavoratori e le altre misure sociali previste negli accordi raggiunti dall'associazione siano effettivamente applicati dagli Stati membri.

CAPITOLO QUARTO

LE REGOLE ED IL MERCATO DEL LAVORO IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Le regole del lavoro in Italia tra passato, presente e futuro. - 2. L'assorbimento dell'"onda lunga" delle politiche economiche globali antecedenti alla crisi economica nel mercato del lavoro italiano. - 2.1. Segue. - 2.2. La flessibilizzazione del mercato del lavoro. - 2.3. Un'auspicabile "flessibilizzazione in uscita". - 3. Flessibilizzazione in entrata e flessibilità in uscita alla luce della recente riforma del mercato del lavoro. - 4. Nuovi approcci di regolazione negoziale in ambito giuslavoristico: differenze e punti in comune con la contrattualistica privatistica. L'esempio delle camere di commercio. - 5. Rimedi alla proliferazione dei tipi di contratto di lavoro: irrigidire la flessibilizzazione.

1. Le regole del lavoro in Italia tra passato, presente e futuro.

Oggi più che mai risulta difficile effettuare una prognosi circa le possibili evoluzioni che in futuro potranno caratterizzare il mercato del lavoro in Italia. L'ultima riforma del lavoro nel nostro paese va calata all'interno di un contesto molto particolare, dove le modifiche alla regolazione del mercato del lavoro italiano sono state sollecitate all'Italia non tanto dalle parti sociali bensì dalla Banca Centrale Europea²⁶³.

Tuttavia, nonostante quest'incertezza legata alle negative contingenze economiche, è indubbio che in l'Italia, passato il periodo del *garantismo normativo* e con lo spirare della *legislazione c.d. promozionale*, culminata con l'emanazione dello Statuto dei lavoratori, salvo alcuni importanti interventi normativi degli anni '90 orientati alla soluzione di situazioni di sottoprotezione

²⁶³ In questo senso si veda la lettera del 5 agosto 2011 inviata all'allora Presidente del Consiglio italiano, Silvio Berlusconi, da parte del presidente uscente della BCE, Jean-Claude Trichet e dal presidente entrante Mario Draghi, dove, tra le sfide principali che erano richieste all'Italia dalle Istituzioni europee al fine di "ristabilire la fiducia degli investitori" vi era quella di "sostenere l'efficienza del mercato del lavoro".

sociale del lavoratore²⁶⁴, si sia grandemente attenuata la produzione normativa rivolta a tutelare i diritti individuali e collettivi dei lavoratori.

Dalla metà degli anni '70, infatti, si può individuare una nuova fase della legislazione del lavoro, ricollegabile in un primo tempo alla recessione economica e poi più stabilmente legata all'evoluzione del mercato del lavoro ed alla trasformazione del sistema produttivo. In tal senso la dottrina ha parlato di *diritto del lavoro della crisi*²⁶⁵, caratterizzato dalla produzione di leggi il cui obiettivo prevalente era quello di favorire la difesa e la crescita dei livelli di occupazione, prevedendo l'estensione, sia pure controllata e contrattata, delle forme di impiego flessibile della forza-lavoro. In questi anni si assiste ad un'inversione di tendenza determinata da una crescente deregolamentazione del mercato del lavoro, a cui faceva da contrappeso un'estensione dell'autonomia negoziale privata al fine di tutelare l'occupazione, ciò a discapito della posizione contrattuale debole del lavoratore: si pensi all'introduzione dei contratti di lavoro con finalità formative (l. n. 285/77 e l. n. 479/78), alla disciplina delle riconversioni industriali sui rapporti di lavoro (l. n. 675/77) o alla parziale liberalizzazione del mercato del lavoro, anche relativamente ai contratti di lavoro flessibili (l. n. 79/83, l. n. 863/84, l. n. 56/87).

La successiva produzione legislativa degli anni '90, è stata determinata da uno sviluppo della politica di diritto del lavoro perseguita nel decennio precedente, ciò è avvenuto, da un lato, aprendo la strada a nuovi paradigmi di gestione delle relazioni industriali, attraverso il consolidamento delle pratiche concertative tra Governo e parti sociali avvenuto con la sottoscrizione del c.d. Protocollo Ciampi-Giugni, 23 luglio 1993, dall'altro, consolidando le politiche di flessibilizzazione e snellimento burocratico del mercato del lavoro. Con riferimento al primo ambito si deve menzionare la legge a disciplina dello sciopero nei servizi

²⁶⁴ Tra tali interventi si ricordano quelli in tema di tutela del posto di lavoro (l. n. 108/90), di pari opportunità per le donne (l. n. 125/90) a difesa del tempo di vita e di cura della famiglia (l. n. 53/2000), di tutela dei minori (d. lgs. n. 345/99), della salute (d. lgs. n. 626/94)

²⁶⁵ Si tratta del rilievo formulato dal Prof. Matteo Dell'Olio durante il Convegno "*Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*", svoltosi a Roma nei giorni 25 e 26 giugno 1998, i cui atti sono ora raccolti in AA.VV., "*Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*", Roma, 1999. ivi cfr M. DELL'OLIO, "*L'evoluzione della subordinazione nell'esperienza italiana*", p. 54

pubblici essenziali (l. n. 146/90); per quanto attiene il secondo, si ricorda la normativa in materia di licenziamenti collettivi e di gestione delle eccedenze del personale (l. n. 223/91 e l. n. 236/93), sulla riforma del collocamento (l. n. 608/96) e sui contratti di lavoro flessibili (l. n. 196/97 e l. n. 61/00); con riferimento infine, alle politiche di senellimento burocratico ci si riferisce alla normativa sul decentramento amministrativo (d. lgs. n. 469/97 e d. lgs. n. 112/98). In questo periodo inizia, altresì, il lungo percorso della riforma del pubblico impiego (d. lgs n. 29/93), incentrato sulla contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, sulla loro sottoposizione alle norme del Codice Civile e alle leggi speciali, comprese quelle in materia di lavoro flessibile, seppure con i limiti propri del lavoro pubblico²⁶⁶.

Tuttavia è solo nel 2001 che il nuovo codice genetico delle politiche del lavoro mostra il suo volto. In quell'anno, la pubblicazione da parte del governo del *Libro bianco sul mercato del lavoro* rende evidente quali saranno le nuove linee regolative che determineranno le future scelte politiche in ambito giuslavoristico²⁶⁷. Il documento è concentrato sull'esigenza di maggiore liberalizzazione del mercato del lavoro, sulla rivalutazione del ruolo dell'autonomia individuale rispetto a quello dell'autonomia collettiva, nonché, sulla necessità di sciogliere il nodo gordiano dell'unanimismo sindacale sul quale si imperniava il precedente sistema di concertazione con le parti sociali, considerato inefficiente di fronte alle nuove istanze decisionali caratterizzate dal confronto con un'economia globalizzata²⁶⁸.

In quest'ottica e su queste premesse vedono la luce le riforme normative in tema di contratto di lavoro a tempo determinato (d. lgs. n. 368/01) e di orario di lavoro (d. lgs n. 66/01), sebbene, l'epigono di tutto quanto il portato teorico sulla

²⁶⁶ Per un'analisi critica delle politiche del lavoro negli anni Novanta cfr. R. SEMENZA, "Le trasformazioni del lavoro. Flessibilità, disuguaglianze, responsabilità dell'impresa", 2004, p. 53 ss.

²⁶⁷ Cfr. M. SACCONI, M. BIAGI (a cura di), "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia", Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2001.

²⁶⁸ Per un'analisi generale sull'argomento cfr. F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), "Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge di delega 2002", Milano, 2002, v. anche V. FILI, "Una riflessione sul Collegato Lavoro 2010 alla luce del Libro Bianco del 2001", in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di) "Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 182/2010", 2011, p. 99 ss.

flessibilizzazione sino ad allora elaborato è rappresentato dal d. lgs. n. 276/03, il quale, nel ridisegnare i contorni del mercato del lavoro italiano, ha introdotto nell'ordinamento nuove figure contrattuali c.d. atipiche (ancorchè il riferimento all'atipicità risulti in questo caso fuorviante) e ridisciplinato alcune figure contrattuali già esistenti. Di fatto ne è risultato un mercato del lavoro all'interno del quale trovano spazio numerose opzioni contrattuali, molte delle quali inedite nel precedente sistema legislativo, testimoni del nuovo atteggiarsi delle tendenze economiche globali²⁶⁹.

Come detto in apertura, da pochi mesi - 28 giugno 2012 - è stata approvata l'ultima riforma del lavoro in Italia. La legge n. 92/2012, c.d. "Riforma Fornero", si è proposta come una riforma di rilievo storico²⁷⁰, finalizzata ad attrarre l'investitore straniero, secondo i suggerimenti della Banca centrale Europea.

Benchè un riesame della precedente grande riforma del mercato del lavoro, quella avvenuta nel 2003 ad opera del d.lgs 276/2003, fosse stata da tempo - talvolta da subito²⁷¹ - auspicata, esso arriva durante una particolare fase storica in cui le tipiche esigenze di contemperamento di esigenze e interessi contrapposti, ma anche compromesso politico, soccombono di fronte alle urgenze di natura economica, sollecitate dalle istituzioni comunitarie.

Tuttavia, nonostante questa perplessità di partenza, la legge n. 92/2012 tocca tre punti che da sempre sono considerati temi "caldi" nell'ambito della regolazione del lavoro in Italia: ammortizzatori sociali; c.d. flessibilità in entrata e riordino delle tipologie contrattuali; c.d. flessibilità in uscita e revisione della disciplina dei licenziamenti.

²⁶⁹ Per un'analisi sulle reazioni della dottrina italiana in seguito all'emanazione del c.d. Decreto Biagi, cfr. R. DEL PUNTA, *"Dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi"*, in *"Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo"*, P. ICHINO (a cura di) 2007, pp. 331 ss.

²⁷⁰ La legge 92/20120 presenta un iter molto tormentato e più versioni prima della stesura finale: relazione del Consiglio dei Ministri del 23 marzo 2012, articolato presentato al Senato il 5 aprile 2012, testo approvato dalla Camera il 27 giugno 2012, Decreto Sviluppo (D.L. 83/2012, conv. in L. 134/2012).

²⁷¹ Perplessità sulla bontà della flessibilizzazione si destarono a ridosso dell'emanazione del d.lgs 276/2003 all'interno della dottrina giuslavoristica; sul tema cfr A. PERULLI *"Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile"*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti delle Giornate Aidlass di Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, 2003, p. 39 ss. v. anche G. PROIA *"Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato"*, ivi, p. 140 ss; ma anche di quella economica economica, cfr. G. RODANO, *"Il d.lgs 276/2003: il punto di vista della teoria economica"*, in DLRI, 2004, p. 419 ss.

Con riferimento agli ammortizzatori sociali la nuova legge propone il mantenimento di un sistema di prestazioni assicurative finanziate dai contributi sociali, e il rigetto del progetto di un reddito minimo garantito posto a carico della fiscalità generale. Il sistema si basa su due pilastri, uno volto alla tutela contro la disoccupazione parziale – ovvero la sospensione o riduzione dell’orario di lavoro – e l’altro a tutela della disoccupazione totale.

Nei casi di disoccupazione parziale le innovazioni prevedono l’abrogazione della C.I.G.S. per procedure concorsuali e dell’indennità di mobilità con decorrenza dal 1° gennaio 2016, coerentemente con la ratio dell’istituto e una “prospettiva di universalizzazione”: cioè un ampliamento del campo di applicazione.

Nei casi di disoccupazione totale, invece, si segnala l’introduzione dell’Assicurazione Sociale per l’Impiego (A.S.p.I.), in sostituzione dell’indennità di disoccupazione e dell’indennità di mobilità. L’A.S.p.I., che avrà una durata massima di 12 mesi tranne che per i lavoratori di età pari o superiore ai 55 anni per i quali si può arrivare a 18 mesi, ampliando il campo di applicazione precedente, si estenderà a tutti i lavoratori dipendenti (compresi apprendisti, soci-lavoratori di cooperativa, dipendenti P.A. a tempo determinato e impiegati settore agricolo).

Relativamente all’entrata nel mondo del lavoro la riforma del ministro Fornero mira ad elevare il contratto di apprendistato, che è una tipologia di contratto di lavoro subordinato, a modalità “prevalente” per l’ingresso nel mercato del lavoro²⁷².

Infine, per ciò che attiene alla regolazione del rapporto di lavoro in corso e alla sua cessazione, le novità della riforma investono un "ridistribuzione" più equa delle tutele dell’impiego, da un lato contrastando l’uso improprio e strumentale delle tipologie contrattuali cd. “flessibili”²⁷³, dall’altro rielaborando la disciplina

²⁷² A rafforzare tale impostazione la legge interviene altresì prevedendo l’abrogazione del contratto di inserimento.

²⁷³ In particolare si vedano le modifiche introdotte in merito alla disciplina del contratto di lavoro autonomo, delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto e della somministrazione di lavoro, sebbene quest’ultima solo marginalmente lambita dalla riforma, in quanto già oggetto delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 24/2012.

del licenziamento²⁷⁴ e creando un procedimento giudiziario specifico al fine di accelerare la definizione delle relative controversie.

Quelle sopra brevemente delineate sono le principali modifiche dell'ultima riforma del mercato del lavoro che ha interessato il nostro paese. E' ragionevole ritenere che eventuali ulteriori riforme, almeno in un futuro prossimo, saranno indirizzate a correggere le conseguenze della crisi economica ancora in atto. Si tratterà, probabilmente, di aggiustamenti che ogni paese membro provvederà ad emanare autonomamente, al di fuori di una strategia Europea.

In definitiva, le modifiche che negli ultimi anni hanno interessato il sistema regolatorio su cui si basa il mercato del lavoro italiano sembrano aver "assorbito", piuttosto che anticipato, i cambiamenti che andavano delineandosi su scala internazionale.

In tal senso l'Italia non sembra pronta, al momento, a recepire legislativamente suggerimenti di riforma come, ad esempio, quello del *Single Employment Contract*, di derivazione francese²⁷⁵, e di cui si dirà approfonditamente nel terzo paragrafo di questo capitolo, attraverso il quale si vorrebbe da un lato ridurre il divario di trattamento economico che esiste tra lavoratori precari e lavoratori a tempo determinato, c.d. segmentazione del mercato del lavoro e dall'altro attenuare le tutele, in particolare contro il licenziamento per motivi economici, attualmente ancora appannaggio del contratto di lavoro standard²⁷⁶.

²⁷⁴ Su tutti la modifica dell'art. 18 St. lav., che fa della reintegrazione un'eccezione rispetto alle conseguenze meramente indennitarie del recesso illegittimo, comminabile solo in caso di "manifesta infondatezza" dei motivi addotti.

²⁷⁵ Tra gli autori che hanno teorizzato il di lavoro v. O. BLANCHARD - J. TIROLE, "*Protection de l'emploi et procédures de licenciement*", 2003, consultabile al sito www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000592/index.shtml, sul punto si veda anche P. CAHUC - F. KRAMARZ, "*De la precarietà à la mobilité*", 2004, anch'esso consultabile su www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000092/index.shtml.

²⁷⁶ A. PERULLI, "*Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 02, p. 249.

2. L'assorbimento dell'"onda lunga" delle politiche economiche globali antecedenti alla crisi economica nel mercato del lavoro italiano.

L'Istituto nazionale di statistica nel 2010 ha pubblicato dei dati che si riferiscono all'utilizzo di alcuni "nuovi" contratti di lavoro flessibili, già noti da anni agli addetti ai lavori, giacché presenti nella "legge Biagi", ma diventati operativi solo da alcuni anni. Tali dati dimostrano un incremento considerevole nel ricorso, da parte delle imprese, al *job on call*, con un aumento di tale contratto atipico del 75% tra il 2007 e il 2009. L'Istat ci dice, altresì, che sei su dieci nuovi contratti di lavoro conclusi in Italia nel 2009/2010 non sono contratti a tempo indeterminato. Inoltre vi è da segnalare un rilevante incremento dell'utilizzo dei *voucher* lavoro, in special modo nel settore agricolo²⁷⁷.

Tali dati attestano la situazione così come si presentava fino all'anno 2009. Negli ultimi ultimi 3-4 anni si è inserito un ulteriore fenomeno globale, che più di tutti attualmente influisce nell'andamento dei mercati, compreso naturalmente il mercato del lavoro, e cioè la crisi economica in atto dal 2008.

In questo contesto è allora opportuno citare anche i dati da riferirsi al rapporto tra andamento del mercato del lavoro italiano e crisi economica, sarebbe a dire i dati statistici relativi all'ultimo biennio. Ebbene da tali dati emerge che nel nostro Paese il tasso di disoccupazione è in crescita²⁷⁸ e che quello di occupazione è in calo²⁷⁹, ciò che pone l'Italia agli ultimi posti della classifica dei Paesi dell'Unione europea, seguita solo da Ungheria e Malta²⁸⁰. Infine, con riferimento ai contratti di lavoro flessibili, si nota il permanere di un trend in ascesa, in

²⁷⁷Tutti i dati citati sono disponibili al sito <http://www.istat.it/it/archivio/statistica+flash>.

²⁷⁸ Il tasso di disoccupazione è cresciuto dal 7,8% del 2009 all'8,4% del 2010 e 2011, per poi salire ancora al 9,8% nel mese di marzo 2012, cfr. *Istat Flash occupati e disoccupati*, riferito rispettivamente agli anni 2010, 2011 ed al mese di marzo 2012, tutti disponibili al sito <http://www.istat.it/it/archivio/statistica+flash>.

²⁷⁹ Il tasso dal 57,5% nel 2009 si è abbassato al 56,9% nel 2010 e 2011 per risalire leggermente al 57% nel marzo del 2012, cfr. *Istat Flash occupati e disoccupati*, cit. riferito rispettivamente agli anni 2010, 2011 ed al mese di marzo 2012.

²⁸⁰ Cfr. per quanto riguarda il tasso di occupazione nella fascia tra i 20 ed i 64 anni i dati italiani ed europei in Istat, 2012, p. 234.

particolare per il lavoro a termine²⁸¹ ed il lavoro *part-time*²⁸² (quest'ultimo, peraltro, in larga parte involontario²⁸³ in quanto comprensivo dei lavoratori ad orario ridotto con intervento della Cassa integrazione guadagni).

Per identificare l'effettiva relazione esistente tra andamento del mercato del lavoro in Italia e dinamiche economiche globali un riferimento alla crisi è imprescindibile, anche perchè, come visto nel primo capitolo, il concetto stesso di crisi per gli economisti della Scuola della Regolazione è qualcosa di immanente e ciclico nei processi economici e deriva dall'inadeguatezza del sistema di produzione di un determinato periodo storico.

Tuttavia, a ben vedere già nei primi anni 2000, in periodi ancora non sospetti, in Italia i tassi di disoccupazione apparivano più alti rispetto alla media europea, mentre i tassi di occupazione risultavano tra i più bassi²⁸⁴.

Così, per quanto riguarda la segmentazione del mercato del lavoro, già dal 2004 una percentuale via via crescente della forza lavoro era impiegata tramite contratti non standard, quali il lavoro subordinato a termine e le collaborazioni a termine²⁸⁵, il lavoro autonomo part-time e il lavoro subordinato part-time²⁸⁶, a scapito del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato²⁸⁷.

Pertanto, la crisi è solo l'ultimo, almeno in termini cronologici, tra i fattori che hanno determinato modifiche di rilievo all'interno del mercato del lavoro.

Ma non sono stati solamente la dimensione quantitativa dell'impiego o le sorti dei diversi tipi di contratti di lavoro, ad aver subito delle modifiche in seguito all'integrazione commerciale e produttiva che ha caratterizzato l'economia mondiale negli ultimi decenni.

²⁸¹ 12,8% nel 2010 sul totale dei dipendenti (si tratta di 2,2 milioni di persone comprensive però di 400 mila lavoratori autonomi, cfr. Istat, 2012, p. 238). La percentuale di lavoratori a termine rispetto al totale degli occupati in Italia è in linea con la media europea che è pari al 14%, cfr. Istat, 2012, p. 238 ed anche CNEL, 2011, p. 118.

²⁸² Il 15% nel 2010, comprensivo di dipendenti e autonomi, cfr. Istat, 2012, p. 240.

²⁸³ Il 49,3% nel 2010 dei lavoratori part-time, cfr. Istat, 2012, p. 240 ss.

²⁸⁴ Nel 2001 i tassi di occupazione e disoccupazione italiani nella fascia di età tra i 15 ed i 64 anni ammontavano rispettivamente al 54,5% ed al 9,6%, contro una media della Unione europea a 15 paesi del 63,9% e del 7,4%, Istat, 2003, p. 181.

²⁸⁵ Rispettivamente pari al 10,7% nel 2004; 11,9% nel 2007 e nel 2008 sul totale degli occupati, cfr. Istat, 2009, p. 176.

²⁸⁶ Rispettivamente pari al 9,9% nel 2004; 10,5% nel 2007 e 11,1% nel 2008, cfr. Istat, 2009, p. 176.

²⁸⁷ Rispettivamente pari al 79,4% nel 2004; 77,6% nel 2007 e 77% nel 2008, cfr. Istat 2009, p. 176.

Infatti, in un ottica di mercato globale, per beni, servizi e fattori produttivi i confini hanno perso gran parte della loro importanza. Si è così avuta una riallocazione delle risorse mondiali e una frammentazione della produzione, con fasi o singole mansioni localizzate in paesi diversi²⁸⁸.

Ne è derivata una nuova divisione internazionale del lavoro e l'aumento degli attori negli scambi internazionali, ciò ha messo in discussione i tradizionali vantaggi comparati dei paesi industrializzati²⁸⁹ ed ha indotto una serie di aggiustamenti strutturali, diversi da paese a paese, a seconda della specializzazione produttiva, della posizione nella catena del valore del livello di sviluppo dei servizi di supporto all'internazionalizzazione²⁹⁰.

A livello internazionale, gli effetti della globalizzazione sul mercato del lavoro nel periodo antecedente all'insorgere della crisi economica del 2008 erano già tali da aver profondamente mutato l'andamento del mercato del lavoro.

In particolare, nell'intervallo che va dal 1950 al 2007, il volume degli scambi internazionale è aumentato costantemente e a tassi maggiori rispetto a quelli del prodotto mondiale²⁹¹, raggiungendo ora un livello quindici volte superiore a quello di quasi sessant'anni fa²⁹². Anche i servizi sono cresciuti con ritmi non dissimili rispetto a quelli che hanno interessato i flussi di scambi dei beni, arrivando a rappresentare tra gli anni 2005 e 2006 circa il 6% del PIL mondiale²⁹³. Un altro elemento di rilievo ai fini dell'analisi qui svolta riguarda la composizione dei flussi commerciali, dove gli scambi di beni intermedi sono

²⁸⁸ G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro italiano", in AA.VV. "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro: verso un nuovo welfare", 2008, p. 39. A proposito della relazione tra spazio e regole che sottendono al processo di creazione di uno Stato, così come di un luogo organizzato v. C. SCHMITT "Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum" op. cit., ripreso da A. PERULLI "Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi", op. cit., a proposito degli effetti che la globalizzazione e la deterritorializzazione regolativa hanno nei confronti della tutela dei diritti sociali.

²⁸⁹ Ed ha al contempo creato dei nuovi vantaggi comparati a favore dei Paesi in via di sviluppo, come già analizzato nel secondo paragrafo del terzo capitolo.

²⁹⁰ G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro italiano", op.cit. 39.

²⁹¹ Il prodotto mondiale (PML) è una grandezza che rappresenta la somma dei prodotti interni lordi di tutte le nazioni del mondo.

²⁹² I dati qui citati sono elaborati dalla Fondazione Masi e forniti dall'UNCTAD e sono reperibili su G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro italiano", op.cit. p. 41 e ss.

²⁹³ cfr. G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, *ivi*, p. 41 e ss.

aumentati a tassi doppi rispetto a quelli dei beni finali, circa il 30% tra il 1970 ed 1990 e ancora di più nei successivi quindici anni²⁹⁴.

Devono inoltre essere prese in considerazione altri due fattori che hanno determinato il mutamento delle condizioni preesistenti e cioè l'avvento sul mercato di nuovi attori decisive quali Cina e India, che hanno raddoppiato l'offerta di lavoro e il rapido sviluppo tecnologico, in particolar modo nelle comunicazioni.

Ne è derivata una modifica nella divisione internazionale del lavoro: molte imprese, specialmente nei paesi industrializzati, per rispondere alle nuove dinamiche derivate dalla globalizzazione, hanno incrementato gli investimenti nei rami c.d. "collaterali", quali marketing, ricerca e sviluppo, reti commerciali e specularmente hanno diminuito il valore aggiunto generato in fabbrica²⁹⁵.

Nei paesi industriali, il settore dove commercio internazionale, sviluppo tecnologico e avvento di paesi emergenti hanno maggiormente influito è evidentemente quello manifatturiero.

Infatti, per contrastare l'enorme e conveniente offerta di lavoro non qualificato proveniente dai paesi in via di sviluppo, i paesi industrializzati, dove il capitale umano è qualificato e costoso, sono indotti ad incrementare la produzione di beni o servizi a maggiore intensità di capitale finanziario ed intellettuale²⁹⁶. Questo assunto può essere facilmente dimostrato attraverso il corollario che deriva dal noto teorema di Stolper e Samuelson, secondo il quale il calo del prezzo relativo di un bene abbassa la remunerazione del fattore maggiormente utilizzato nella

²⁹⁴ cfr. D. HUMMELS, J. ISHII, KEI-MU YI, "The nature and growth of vertical specialization in world trade", *Journal of International Economics*, n. 54, 2001, pp. 75- 76. v. anche H. CHEN, M. KONDRATOWICZ, KEI-MU YI, "Vertical specialization and three facts about U.S. international trade", in *North American Journal of Economics and Finance*, 2005.

²⁹⁵ R.C. FEENSTRA, G.H. HANSON, "Globalisation, Outsourcing and Wage inequality", in *American Economic Review*, 1996, vol. 86, n. 2, pp. 240-245.

²⁹⁶ Tale intuizione è peraltro nota nelle scienze economiche in quanto rappresenta il risultato principale del modello di Heckscher-Ohlin, secondo il quale i paesi esporteranno i prodotti che utilizzano in maniera più intensiva il fattore di produzione di cui sono più dotati ed importeranno i prodotti intensivi del fattore di cui sono meno dotati, cfr. S. DE NARDIS, F. TRAU' "Il modello che non c'era: l'Italia e la divisione internazionale del lavoro industriale", 2005, p. 43.

produzione di quel bene, muovendo verso l'equalizzazione in basso dei prezzi dei fattori di produzione²⁹⁷

Alla luce di ciò la maggiore concorrenza dei paesi emergenti spingerebbe verso la riduzione dei salari dei lavoratori non qualificati che operano nei paesi industrializzati. Inoltre, alla presenza di rigidità istituzionali e in assenza di politiche di flessibilizzazione, si possono determinare perdite di posti di lavoro, soprattutto nel settore manifatturiero (in particolare tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero), particolarmente esposto alla concorrenza.

In linea con quanto sopra esposto, negli anni precedenti alla crisi, si è registrata un'effettiva riduzione del peso dei settori a maggiore intensità di capitale "lavoro" a favore delle industrie a maggiore intensità di capitale intellettuale.²⁹⁸

Altri fattori che hanno pesantemente inciso sul mercato del lavoro sono riscontrabili nelle notissime politiche di *outsourcing*, a causa delle quali il lavoro meno qualificato viene delocalizzato lì dove è più conveniente, e nelle modifiche all'interno dei settori, in altre parole di cambiamenti strategici all'interno di settori non concorrenziali dove le aziende invece di puntare sulla convenienza del prezzo si concentrerebbero sulla qualità del prodotto, aumentando il divario tra lavoratori qualificati e non qualificati²⁹⁹.

²⁹⁷ G. BASEVI, "Teoria pura del commercio internazionale", 1967, p. 100.

²⁹⁸ I dati relativi a Stati Uniti, Canada e Unione Europea indicano che effettivamente il numero dei lavoratori che hanno perso il lavoro negli ultimi anni precedenti al 2008 è molto più alto nell'industria manifatturiera che nei servizi e, all'interno di essa, il calo è molto più alto nei settori soggetti a concorrenza internazionale: secondo Falk e Wolfmayer fra il 4 ed il 17% delle perdite avvenute nell'arco di tempo tra il 1995 e il 2000 sono dovute alla globalizzazione ed in particolare dall'importazione di "input" intermedi da paesi a basso costo, cfr. M. FALK, Y. WOLFMEYER, "The impact of international outsourcing on employment, empirical evidence from EU countries", Austrian Institute for Economic Research, 2005. Sinn, nel periodo 1991-2003, indica un calo dell'11% in Olanda, del 12% in Francia, del 23% in UK, del 26% in Giappone e del 27% in Germania, cfr. W. SINN, "The welfare State and the forces of Globalization", CESIFO working paper, n. 1925, 2007.

²⁹⁹ A. LANZA, B. QUINTIERI, "Eppur si muove: come cambia l'export Italiano" (a cura di), 2007.

2.1. Segue.

In questo quadro, l'Italia si afferma come un paese il cui tessuto produttivo è prevalentemente specializzato nel settore manifatturiero tradizionale³⁰⁰ e in settori manifatturieri a più elevata densità tecnologica³⁰¹.

In Italia, nell'intervallo che va dal 1997 al 2007, i settori tradizionali hanno rappresentato una quota del 14% del valore raggiunto dell'intero settore manifatturiero, vale a dire il doppio rispetto alla media di molti paesi dell'Unione Europea e addirittura tre volte le quote riscontrabili in Francia, Germania e Regno Unito³⁰².

Questa specializzazione "anomala" presentata dall'Italia si riflette anche nell'occupazione, giacché in Italia, nel 2005, un quarto dei lavoratori erano impiegati nel settore manifatturiero, contro il 10% riscontrabile nel Regno Unito³⁰³.

Un altro dato interessante è rappresentato dal fatto che in Italia, benché l'occupazione sia concentrata soprattutto nei c.d. settori "maturi"³⁰⁴, cioè quei settori in cui la crescente saturazione del mercato determina il rallentamento della crescita, particolarmente sottoposti alla concorrenza dei paesi emergenti, la sua parziale tenuta³⁰⁵ è stata migliore di quella della Germania e del Regno Unito. In questi due paesi, infatti, dove la specializzazione è particolarmente concentrata nei settori della manifattura ad alta tecnologia e dei servizi, ci si sarebbe aspettati una situazione di miglior tenuta, mentre il calo del livello occupazionale è stato superiore al 30%³⁰⁶.

In particolare, la specializzazione italiana nei settori manifatturieri tradizionali ha determinato che l'occupazione in tali settori fosse molto più elevata rispetto a quella degli altri Paesi Europei. Ad esempio in Italia, nel 2005, i settori tessile-

³⁰⁰ Con manufatti tradizionali si intendono quelli che provengono dai settori tessile-abbigliamento, cuoio, calzature, mobili e gioielli.

³⁰¹ I dati sono relativi al periodo antecedente al 2008 e sono reperibili sul sito www.istat.it

³⁰² G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro italiano", op.cit. p. 49.

³⁰³ G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, *ivi*, p. 50

³⁰⁴ R. M. GRANT "L'analisi strategica per le decisioni aziendali", 2011, p. 380.

³⁰⁵ Un calo del 10% fra il 1991 ed il 2005, cfr. G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro italiano", op.cit. p. 49.

³⁰⁶ G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, *ivi*, p. 49.

abbigliamento e calzaturiero hanno fatto registrare una quota pari al 14% dell'occupazione totale contro il 3% di quella registrata in Germania³⁰⁷.

Anche in questo caso, come nel settore dei beni "maturi", nonostante la crescente concorrenza effettuata dai paesi emergenti, la flessione dell'occupazione, nel periodo 200-2005, si è assestata al 18,7%, cioè un valore piuttosto inferiore rispetto a quello degli altri paesi europei³⁰⁸.

Ciò che ha contribuito alla resistenza del mercato italiano nella produzione e nell'esportazione dei beni è stata la particolare unione di delocalizzazione produttiva delle fasi di lavoro a basso valore e *upgrading* della qualità dei prodotti³⁰⁹.

A proposito dell'aumento della qualità dei prodotti italiani, va anche segnalato l'apporto fondamentale giocato dal *marketing* che, in particolare con la creazione e la diffusione del marchio *Made in Italy*, ha determinato un successo mondiale nell'esportazione della manifattura italiana, rendendo spesso il marchio alla stregua di uno status simbol.

2.2. La flessibilizzazione del mercato del lavoro

Come detto nel paragrafo che precede, la crisi economica ha avuto un effetto decisamente più drammatico rispetto alle dinamiche globalizzanti nel mercato del lavoro italiano. Tuttavia, è opportuno domandarsi se in questo quadro anche le politiche di diritto del lavoro abbiano avuto una responsabilità.

Sul punto la dottrina italiana si è espressa in senso positivo, riconoscendo che la situazione attuale del mercato del lavoro italiano sia, in parte, frutto di scelte che si riferiscono alle politiche di regolazione dei rapporti di lavoro, in particolare

³⁰⁷ G. GIOVANNETTI, B. QUINTIERI, *ivi*, p. 51.

³⁰⁸ In particolare nel settore tessile nel periodo 2000-2005 la Germania ha subito una flessione occupazionale del 25,5%, la Francia del 30,6%, il Regno Unito del 39,2%.

³⁰⁹ A. LANZA, B. QUINTIERI, "*Eppur si muove: come cambia l'export Italiano*", *op. cit.* p.121. In particolare nel settore dell'abbigliamento, l'indice della delocalizzazione relativa è passato dal 15,1% al 50,9% nel periodo tra il 1998 ed il 2003.

con riferimento alla dicotomia che si è creata fra lavoratori "a tempo indeterminato" e lavoratori precari³¹⁰.

Molte sono state le riforme che nel corso degli anni hanno progressivamente allontanato il rapporto di lavoro dal paradigma del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Nel corso degli anni Novanta, infatti, si è assistito alla privatizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la riforma del collocamento ed il c.d. "pacchetto Treu", in materia di promozione dell'occupazione. Tali misure, in particolare la privatizzazione del pubblico impiego, che ha introdotto la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato e collaborazioni occasionali con le pubbliche amministrazioni e l'introduzione del lavoro interinale, hanno modificato profondamente le prospettive del rapporto di lavoro. Ma è all'inizio degli anni Duemila che le forze politiche hanno risposto più decisamente alle richieste di riduzione delle rigidità regolative del fattore di produzione "lavoro" avanzate dalle imprese per rispondere a quelle sfide imposte dalla globalizzazione che si sono analizzate nel precedente paragrafo.

In questo senso sono state emblematiche la riforma del contratto subordinato a tempo determinato ad opera del d.lgs. n. 368/2001, che ha allargato le condizioni d'uso dell'istituto e successivamente la rivisitazione o l'introduzione *ex novo* di una molteplicità di contratti di lavoro sia subordinato³¹¹, sia autonomo³¹², sia di tipo ibrido³¹³, molti dei quali regolati dal d.lgs. n. 276/2003, la legge della flessibilizzazione per antonomasia.

³¹⁰ M.G. GAROFALO, "Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro", in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2007, p. 141, che sottolinea come la segmentazione del mercato del lavoro derivi prima di tutto da fattori sociali: le imprese tendono infatti ad assumere ed a promuovere gli uomini e non le donne, i nativi e non gli immigrati, i c.d. normodotati e non i portatori di handicap, gli eterosessuali e non gli omosessuali ecc. perché li ritengono più produttivi. È proprio per contrastare questi fenomeni che sono state varate le norme che vietano le discriminazioni.

³¹¹ Contratto di somministrazione, part-time, contratto di lavoro intermittente o a chiamata, contratto di lavoro ripartito, contratto di apprendistato, contratto di inserimento.

³¹² Lavoro a progetto e lavoro occasionale.

³¹³ Ci si riferisce al contratto di lavoro accessorio, che molto ha interessato la dottrina in merito ad una sua classificazione tipologica, poichè vi è chi lo ricollega sostanzialmente nell'area del lavoro autonomo, cfr., tra molti, M. MURATORIO, "Il lavoro accessorio", in MISCIONE, D.GAROFALO "Il commentario alla l. 133/2008", 2009, 466-472. Altra dottrina, invece, sostiene che non sia rilevante una qualificazione precisa della tipologia, che appunto, in quanto dotata di autonomia causale è disciplinata dalle sue proprie regole, sul punto, *ex multis*, VALLEBONA, "La riforma dei lavori", 2004, p. 26. Per una sintesi sul tema,

La scelta politica degli anni passati è pertanto stata quella di introdurre una molteplicità di figure di lavoro flessibile quali strumenti di accesso al mercato del lavoro, indubbiamente più convenienti per le imprese in termini di disciplina³¹⁴, di costi retributivi³¹⁵ e soprattutto contributivi³¹⁶. Specularmente, si è deciso di non intervenire sulla disciplina del contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato di cui all'art. 2094 c.c., eccezion fatta per la normativa sull'orario di lavoro (d. lgs 66/2003) e al contempo bisogna considerare che da una riforma del contratto di lavoro standard ne potrebbe conseguire la messa in discussione delle garanzie ad esso collegate.

A ciò si aggiunga che tutte tali tipologie contrattuali non sono state regolate dal legislatore in maniera sempre chiara³¹⁷ e per nessuna di esse emerge una chiara specializzazione funzionale³¹⁸. Ne è conseguita in questi anni la possibilità per le imprese di effettuare un vero e proprio "shopping contrattuale" alla ricerca del modello più conveniente ed una prevedibile utilizzazione strategica e in successione di diverse tipologie contrattuali per sfuggire ai limiti fissati dalla legge, soddisfacendo al contempo un'identica esigenza produttiva³¹⁹.

v. M GAMBACCIANI, "Il lavoro accessorio", in "I nuovi contratti di lavoro" a cura di M. PERSIANI, 2010, pp. 249 ss.

³¹⁴ Si pensi all'assenza di stabilità che caratterizza tutte le figure di contratto a termine, per loro natura destinate ad estinguersi automaticamente allo spirare del termine e, dunque, sottratte alla disciplina del licenziamento ed al conseguente controllo del giudice.

³¹⁵ Per esempio la modulazione del principio di parità di trattamento in materia di somministrazione o la possibilità del sottoinquadramento nel contratto di apprendistato.

³¹⁶ È il caso dell'apprendistato, del lavoro a progetto, del lavoro autonomo.

³¹⁷ C.ZOLI, "Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro", in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004 p. 359 ss. Si pensi alla nozione di «ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive» (art. 1, d.lgs. n. 368/2001) che legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, con riferimento alle quali si è a lungo dibattuto se dovessero ritenersi temporanee o meno; o ancora al dibattito circa il significato da attribuire alla locuzione «progetto, programma o fase di esso» elemento centrale dell'attuale nozione di contratto di lavoro a progetto (art. 61, d.lgs. n. 276/2003).

³¹⁸ Per esempio, per valutare le capacità del lavoratore non è raro che le imprese facciano ricorso indifferentemente al patto di prova, al contratto a termine o al contratto di lavoro somministrato.

³¹⁹ Il panorama è poi arricchito dai coevi interventi in materia di decentramento produttivo (appalto e trasferimento d'azienda) che, pur non introducendo nuove figure di contratto di lavoro, tuttavia incidono sul panorama complessivo rendendo più agevole e meno costoso l'utilizzo indiretto e l'acquisizione indiretta di lavoro subordinato da parte delle imprese.

2.3. Un'auspicabile "flessibilizzazione in uscita".

Nel paragrafo che precede si è sunteggiata in termini molto essenziali quella che potrebbe essere definita la flessibilizzazione in "entrata", tuttavia, come noto, essa non è l'unica forma di flessibilizzazione. Forse più nota è, infatti, la c.d. flessibilizzazione "in uscita", conseguente alla cessazione del rapporto di lavoro. Essa può declinarsi in diversi modi, a seconda del modello europeo di riferimento: da quello danese, più famoso e virtuoso, a quello francese, che presuppone la flessibilità piena, ovvero il licenziamento libero indennizzato.

Nel 2006, la Commissione Europea, attraverso il Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro³²⁰, introdusse in maniera decisa il concetto di *flexicurity*.

Con questo vocabolo ossimorico la Commissione ha individuato il modello da prendere a paradigma per riformare la regolamentazione lavoristica dei Paesi europei. Riassumendolo in maniera schematica, il concetto consiste nel conciliare la flessibilità nel rapporto - intesa come abbassamento delle tutele poste a beneficio del lavoratore, in particolare la disciplina del licenziamento - con la sicurezza nel mercato, cioè la previsione di forme di assistenza al reddito e di misure attive di sostegno e di riqualificazione professionale durante i periodi di disoccupazione, tali da garantire un passaggio agevole da un posto di lavoro all'altro³²¹. Questo è parso alla Commissione il miglior modello regolativo per garantire, da un lato, alle imprese la necessaria adattabilità per rispondere alle sfide del mercato globale e dall'altro, ai lavoratori, il superamento della segmentazione del mercato del lavoro grazie al suo rinnovamento ciclico (almeno in teoria).

Tuttavia, nel periodo successivo all'uscita del Libro verde il concetto di *flexicurity* ha subito una sorta d'interpretazione estensiva che ne ha quasi

³²⁰ Commissione CEE, Libro Verde, "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo", Bruxelles, 22.11.2006, COM (2006) 708.

³²¹ Per una definizione generale del concetto di *flexicurity* cfr. B. CARUSO, "Flexibility in Labour Law: The Italian Case", in B. CARUSO, M. FUCHS (editors), "Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy", 2004.

stravolto l'originario significato, facendo sì che esso passasse ad indicare più una strategia politica di riforma dei modelli giuslavoristici nazionali che un modello regolativo. Tale dibattito, che andato via via estendendosi anche alla dottrina in seguito all'acuirsi della crisi economica³²², era nato, in un primo tempo all'interno delle sedi istituzionali della stessa UE³²³.

Infatti, com'è stato osservato dalla Commissione, il bilanciamento dei due fattori (flessibilità e sicurezza) può essere rivolto non solo a sostegno della competitività delle imprese e a ridurre la segmentazione del mercato del lavoro³²⁴ ma anche alla gestione di congiunture economiche, alla riduzione della disoccupazione, all'aumento della produttività del lavoro e l'acquisto di professionalità³²⁵.

In particolare, com'è stato osservato da P. K. Madsen, secondo l'interpretazione fornita dalle istituzioni comunitarie, i concetti di flessibilità e sicurezza si riferiscono non solo al rapporto, bensì anche al mercato del lavoro, e di conseguenza la loro combinazione consentirebbe la creazione di molteplici modelli di flessicurezza³²⁶.

Come segnalato dalla stessa Commissione Europea, ciò significa che diversi modelli di flexicurity dovrebbero essere applicati ai vari Paesi a seconda della loro particolare situazione politico-economica e sindacale³²⁷.

³²² L. ZOPPOLI, "La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia", in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 141, 2012, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.

³²³ Cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo dell'11.7.2007, (2007/2023(INI)), su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, Risoluzione del Parlamento europeo del 29.11.2007 Bruxelles, (2007/2209(INI)).

³²⁴ Cfr. Commissione CEE "Libro Verde", op cit. cit.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2010) 682 "Un'agenda per nuove competenze e per l'occupazione: Un contributo europeo verso la piena occupazione".

³²⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione, COM (2010) 2020 def., *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*; Comunicazione della Commissione COM (2012) 173 final, *Towards a job-rich recovery*.

³²⁶ P.K. MADSEN, "Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe", in *Tilburg Law Review*, n. 1&2, 2007, p. 57 ss. In particolare si veda p. 61 dove l'autore è possibile individuare quattro tipi di flessibilità (numerica, oraria, funzionale e retributiva) e quattro tipi di sicurezza (del posto di lavoro, dell'impiego, economica, relativa alla possibilità di conciliare vita e lavoro) così da dar luogo a sedici potenziali combinazioni e quindi ad altrettante forme di flexicurity.

³²⁷ Comunicazione della Commissione CEE al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2007) 359, "Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza".

I singoli Paesi che compongono l'Unione Europea, infatti, presentano sostanziali differenze nei modelli regolativi che sovrintendono alla disciplina dell'uscita dal mercato del lavoro.

Ad esempio in Danimarca il modello attuato rappresenta il tipo ideale di *flexicurity*, secondo le indicazioni contenute nel Libro Verde dell'2006. Il paradigma danese è improntato a condizioni di massima *flexibility* nel rapporto e massima *security* nel mercato. In particolare tale modello si basa su tre "dogmi": la pressochè assente stabilità del rapporto di lavoro; il sostegno al reddito del lavoratore in caso di disoccupazione; un efficiente servizio di collocamento attuato attraverso la (ri)formazione e la successiva ricollocazione professionale del lavoratore³²⁸.

In Francia, invece, paese non dissimile all'Italia per quanto riguarda dimensioni, cultura, sviluppo e struttura del mercato del lavoro, sebbene con le differenze sopra delineate, negli ultimi anni la scelta regolativa si era indirizzata verso una pura flessibilità in uscita. Infatti, con l'introduzione del *Contrat Première Embauche (CPE)*, e del *Contrat Nouvelle Embauche (CNE)*, il Paese aveva mutato in maniera piuttosto considerevole le condizioni che precedentemente regolavano le condizioni di cessazione del rapporto di lavoro. Tuttavia, proprio per le eccessive novità che incorporavano, le sorti del CPE e del CNE non sono state positive e non hanno superato il vaglio del popolo o della Suprema Corte³²⁹. Pur con delle differenze relative ai soggetti "beneficiari", tali tipologie contrattuali erano entrambe caratterizzate dal fatto di essere esclusi per un periodo iniziale di due anni, detto di *consolidation*, dalla regola del licenziamento giustificato.

³²⁸ B. AMOROSO, "Luci ed ombre del modello sociale danese", in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, p. 227 ss.

³²⁹ Il CPE, introdotto dalla loi n. 2006-396 del 31.3.2006 osteggiato dall'opinione pubblica ed in particolare dal movimento giovanile è stato ritirato dal Governo dopo 3 settimane dal suo varo; il CNE, introdotto con ord. 2005-893 e d. n. 2005-894 entrambi del 2.8.2005, invece, è rimasto in vigore per 3 anni, fino al 2008, quando, preso atto dell'illegittimità per contrasto con la convenzione OIL 158/1982 (cfr. Cour d'Appel de Paris 6 juillet 2007 n. 06/06992 Cour de cassation Chambre sociale, 1 juillet 2008 n. 07-44124), è stato abrogato e sostituito da un nuovo istituto, la *rupture conventionnelle*, un accordo soggetto ad omologazione amministrativa. In particolare loi n. 2008-596 del 25.6.2008, art. 9 ha esteso ai CNE in corso le regole del normale contratto a tempo indeterminato.

Aboliti i suddetti esperimenti di flessibilizzazione, in Francia la situazione è tornata ad essere quella che si presentava a metà anni 2000. Il licenziamento nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, pertanto, continua ad essere disciplinato in maniera rigida: un obbligo generale di giustificazione *réelle et sérieuse*, seppur non a pena di invalidità; divieto del licenziamento discriminatorio a pena di nullità e conseguente tutela reintegratoria e risarcitoria, nel limite delle retribuzioni non percepite; differenti regole procedurali, a seconda che il licenziamento sia disciplinare, individuale per motivi economici o collettivo³³⁰.

In Italia sono noti i dibattiti che da molti anni hanno ad oggetto la riforma della disciplina sul licenziamento, in particolare per quel che riguarda l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori³³¹.

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di accennare alle novità che la recente riforma c.d. "Fornero" ha introdotto nel mercato del lavoro in Italia. Come detto tali novità hanno interessato un po' tutti i principali ambiti critici del tessuto normativo giuslavoristico, tra i quali vi sono anche i licenziamenti, che analizzati ad uno con le discipline previste per gli ammortizzatori sociali, costituiscono il (nuovo) modello di *flexicurity* italiano. Della neo introdotta Assicurazione Sociale per l'Impiego già si è detto, seppure brevemente, nel primo paragrafo di questo capitolo e tuttavia, ciò che ha destato maggiori perplessità nell'ambito delle discipline introdotte dalla riforma è stato probabilmente il

³³⁰ J. PELLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, "*Droit du travail*", 2010, p. 546 e ss.

³³¹ Si fa riferimento al referendum sull'abrogazione dell'art. 18, promosso da radicali, PRI e Forza Italia, del 21.5.2000 che non ha peraltro raggiunto il *quorum*. In seguito l'art. 10, d.d.l. 848/2001 del 15.11.2001 aveva previsto la delega al governo per l'emanazione di «uno o più decreti legislativi per introdurre in via sperimentale (...) disposizioni relative alle conseguenze sanzionatorie a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato ai sensi della legge 15 luglio 1996 n. 604 e, successive modificazioni, in deroga all'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300, prevedendo in alternativa il risarcimento alla reintegrazione, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) conferma dei divieti attualmente vigenti in materia di licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della Legge 20 maggio 1970 n. 300, licenziamento della lavoratrice in concomitanza con il suo matrimonio a norma degli articoli 1 e 2 della Legge 9 gennaio 1963 n. 7 e licenziamento in caso di malattia o maternità a norma dell'articolo 2110 del Codice Civile; b) applicazione in via sperimentale della disciplina per la durata di quattro anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi, fatta salva la possibilità di proroghe in relazione agli effetti registrati sul piano occupazionale; c) identificazione delle ragioni oggettive connesse a misure di riemersione, stabilizzazione dei rapporti di lavoro sulla base di trasformazioni da tempo determinato a tempo indeterminato, politiche di incoraggiamento della crescita dimensionale delle imprese minori, non computandosi nel numero dei dipendenti occupati le unità lavorative assunte per il primo biennio, che giustificano la deroga all'articolo 18 della Legge 20 maggio 1970 n. 300».

nuovo regime dei licenziamenti illegittimi, che ha emendato l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori³³².

La norma appare subito di non facile lettura nè di facile interpretazione.

Quello che appare è che le nuove regole non sembrano introdurre un sistema più chiaro o di più immediata intellegibilità e applicazione, rispetto al previgente art. 18.

Risulta evidente, infatti, che la disposizione è frutto di un dilaniante ed irrisolto conflitto tra ideologie e teorie, che però mal si conciliano con la necessità per tutti di poter contare su regole fruibili.

Come emerge dal tenore letterale della norma, il legislatore ha previsto regimi sanzionatori tra loro differenti, fondati su discipline giuridiche complesse, e dai quali discende la necessità di accertamenti di fatto che renderanno assai difficile garantire una giustizia celere e aderente al principio di certezza del diritto. In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è stata introdotta una diversificazione delle conseguenze dell'illegittimità, di carattere meramente economico (da un minimo di 15 ad un massimo di 27 mensilità) in caso di insussistenza e di annullabilità con reintegra in caso di “manifesta insussistenza”.

Nei casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa, la questione risarcitoria viene invece rimessa alla discrezionalità del giudice (salve le classiche tutele di reintegra dipendenti dai requisiti dimensionali dell'impresa), rimanendo invece ferma la sanzione della nullità in caso di licenziamento discriminatorio (ossia determinato da ragioni politiche, sindacali, di fede religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali), con conseguente reintegra a prescindere dal numero dei dipendenti.

Inoltre, sempre a titolo esemplificativo non sarà certo facile per le parti prima e per il giudice poi, ad esempio, provare, contestare e stabilire – ai fini della quantificazione dell'indennità risarcitoria – quanto il lavoratore nel periodo di

³³² A causa della corposità della norma si ritiene più opportuno fare rinvio ad essa senza citarne il testo in questa sede, cfr. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Art. 1, comma 42 -Tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

disoccupazione “*avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*”.

In definitiva, le innovazioni sostanziali non sembrano di particolare impatto, mentre dal punto di vista formale e procedurale, la nuova norma sembra essere più incisiva.

Certo è che la riforma "Fornero", non ha introdotto nel sistema regolativo italiano quelle modifiche di *security* nel mercato assimilabili al sistema danese³³³, che rappresenta l'*optimum* in termini di aderenza al modello comunitario.

Questo è evidente già con riferimento al sostegno passivo al reddito del lavoratore disoccupato: la Danimarca adotta un modello di tutela universalistico, che assicura una protezione omnicomprensiva al lavoratore, sia carico del sistema assicurativo privato, sia a carico del sistema pubblico di sicurezza sociale; al contrario, nella legge 92/2012 l'ASpI, pur in qualche misura apprezzabilmente estesa, si struttura ancora, sulla base del principio mutualistico. Inoltre, come detto, le novità in "uscita" relative alla cessazione del rapporto non fanno registrare apprezzabili novità, il sistema continua a presentare le tradizionali rigidità e pertanto il conseguimento di un modello flessibile rimane, al momento, ancora lontano dalle concrete prospettive regolatorie del Paese.

3. Flessibilità in entrata e flessibilità in uscita alla luce della recente riforma del mercato del lavoro in Italia.

Nei paragrafi precedenti si è accenato all'ultima riforma del mercato del lavoro italiano, la c.d. riforma Fornero, senza tuttavia analizzare in dettaglio quali siano concretamente le misure di flessibilità in entrata e in uscita introdotte da tale legge.

Con particolare riferimento alle politiche di flessibilità in entrata ed uscita e tralasciando in questa sede le misure relative agli ammortizzatori sociali, Il disegno di legge – come specificato nell’art. 1 e ribadito dalla Relazione

³³³ F. CARINCI, “*Provaci ancora, Sam*”: ripartendo dall’art. 18 dello Statuto”, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 3.

illustrativa³³⁴ – si propone, in via generale, di realizzare "un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica ed alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione". Secondo il disegno complessivo del legislatore tale obiettivo dev'essere raggiunto attraverso due sub-finalità fra loro, almeno nelle intenzioni³³⁵, coordinate: a) il riordino delle politiche di flessibilità in entrata, attraverso l'individuazione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come contratto modello e, al contempo, il contrasto all'uso improprio e strumentale dei contratti atipici introdotti nel corso degli anni nell'ordinamento; b) una revisione della flessibilità in uscita, adeguando la disciplina del licenziamento, in particolare "per alcuni specifici motivi oggettivi" "alle esigenze del mutato contesto di riferimento".

Quando si parla di flessibilizzazione il pensiero corre istantaneamente a quel vocabolo ossimorico che da alcuni anni imperversa nelle discussioni dottrinali e politiche: la *flexsecurity*. Nonostante il modello "base" di *flexsecurity* tracciato nel 2006 dalla Commissione Europea all'interno Libro Verde e di cui si è discusso nel paragrafo *supra*, è stato recentemente notato che le politiche di flessicurezza sono state attuate in concreto secondo due varianti: la *flexsecurity at the margin* e la *flexsecurity "classica"*³³⁶. Spuria, la prima, la *flexsecurity at the margin*, sperimentata nella realtà mediterranea, col creare una flessibilità «periferica», per mezzo di una moltiplicazione della tipologia contrattuale «atipica» a tempo determinato, destinata a convivere con quella «tipica» a tempo indeterminato, mantenuta «vincolata» nella disciplina del recesso datoriale. Genuina, la seconda variante, la *flexsecurity* applicata nella realtà nord-europea, col dar vita ad una flessibilità «centrale», per tramite di una riduzione della

³³⁴ La Relazione illustrativa al d.d.l. 3249 riprende i due testi – «Linee di intervento sulla disciplina delle tipologie contrattuali» e «Ammortizzatori sociali. Proposta di riforma. Bozza» – presentate dal Governo il 23.3.2012 nell'ambito della fase di confronto con le parti sociali.

³³⁵ V. Relazione illustrativa: "Le singole parti del testo – al di là dell'apparente eterogeneità degli aspetti disciplinati – sono caratterizzate da una forte interconnessione sistematica e mirano a creare uno stabile e coerente rapporto fra settori di intervento troppo spesso in passato disciplinati secondo logiche 'di settore' e in sostanziale assenza di un organico disegno riformatore". Si sottolinea, peraltro, che in questa sede non sono analizzate le misure che riguardano gli ammortizzatori sociali, terzo pilastro della riforma.

³³⁶ F. CARINCI, "Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto", op. cit., p. 2.

tipologia «atipica» e di una generalizzazione di quella «tipica», resa più o meno «libera» nella regolamentazione del licenziamento³³⁷.

In assoluta coerenza con la precedente tradizione normativa, aderente al modello di *flexsecurity at the margin*, anche la recente riforma del lavoro contiene numerose disposizioni relative alle varie tipologie contrattuali "atipiche" e benchè un degli obiettivi specifici della legge sia la razionalizzazione degli strumenti contrattuali atipici e la lotta all'abuso di questi, non vi è stata la tanto invocata *reductio ad unum* dei contratti di lavoro.

La scelta del legislatore di non ridurre il numero di contratti flessibili presenti nel sistema, né di comporre in un quadro coeso e razionale le varie figure di lavoro subordinato e autonomo, dimostra che le forze tecnico-politiche sono consapevoli che l'attuale mercato del lavoro non è ancora pronto a un tale cambio di rotta e che una semplice riforma non è sufficiente a sanare il livello occupazionale.³³⁸

La strada perseguita dalla riforma si limita ad un intervento di manutenzione su una serie di figure contrattuali esistenti, nell'intento di renderne più stringenti le condizioni di utilizzo e di favorire incentivare il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Esaminando in dettaglio le modifiche apportate dalla legge all'apparato contrattuale, l'unica tipologia abrogata riguarda quella del contratto di inserimento ad opera dell'art. 1, comma 14 della legge n. 92/2012.

Quanto al contratto di lavoro subordinato a termine, le nuove disposizioni introdotte dalla riforma all' art. 1, comma 9, si muovono nella direzione di un ampliamento delle possibilità di utilizzo (e della convenienza) dell'istituto. In particolare la riforma interviene derogando, con riferimento *al primo* contratto di

³³⁷ F. CARINCI, "Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto", op. cit., p. 2.

³³⁸ F. CARINCI " Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro", in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, p. 1. 2012, Disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>, sul punto cfr. anche A. MARESCA, "La scommessa di un mercato del lavoro meno duale", in *Newsletter Nuovi Lavori*, n. 87, p. 1. Disponibile al sito <http://www.nuovi-lavori.it/newsletter/article.asp?qid=1019&sid=97>.

lavoro a termine fra datore e lavoratore di durata piuttosto considerevole (“non superiore a 12 mesi”, il doppio rispetto a quanto previsto nel testo predisposto dal Governo), il requisito della necessaria temporaneità delle ragioni tecnico-organizzative che legittimano l’apposizione del termine ³³⁹. In definitiva il famoso "causalone" trova ora una deroga alla sua apposizione, seppure nei limiti del primo rapporto di lavoro e per una durata non superiore ai 12 mesi, così come precisato dalla circolare interpretativa del Ministero del Lavoro n. 18/2012, secondo cui "la deroga al causalone può trovare applicazione una e una sola volta tra due medesimi soggetti".

Il contratto a termine a-causale, pertanto, è ammesso dalla legge di riforma solo nell’ipotesi in cui si tratti del primo rapporto a termine fra le parti, relativo ad ogni tipologia di mansione e compresa altresì l’utilizzazione del lavoratore inviato in missione nell’ambito di un contratto di somministrazione a termine. Tuttavia è pur vero che una durata di 12 mesi è sufficientemente lunga per permettere al datore di lavoro, senza pregiudicare la funzionalità della propria organizzazione, di programmare il continuo *turnover* di lavoratori, tutti assunti una prima e unica volta con un contratto di lavoro a termine.

Al contrario, la fissazione di un termine di durata massima più breve per il primo contratto a-causale (come previsto nel testo originario del d.d.l.) avrebbe reso meno conveniente il *turnover* del personale – in considerazione dei tempi richiesti per l’adattamento del lavoratore al contesto lavorativo, almeno per le mansioni non elementari – e così avrebbe potuto persuadere il datore ad assumere a tempo indeterminato il lavoratore dimostratosi capace.

La nuova norma, inoltre, da un lato dilata i periodi di legittima continuazione del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine da 20 a 30 giorni se l’iniziale contratto dura meno di 6 mesi; da 30 a 50 giorni negli altri casi; dall’altro apre la strada ad una riduzione degli intervalli fra la stipulazione di un contratto a

³³⁹ I contratti collettivi, inoltre, possono prevedere che, in luogo dell’ipotesi riportata nel testo, il requisito della temporaneità non sia richiesto quando l’assunzione a termine avvenga nell’ambito di un processo organizzativo determinato da specifiche ragioni previste dalla legge nel limite del 6% del totale dei lavoratori occupati nell’unità produttiva.

termine ed il successivo, per mezzo della contrattazione collettiva o di un decreto Ministeriale³⁴⁰.

Dal punto di vista delle sanzioni la legge n. 92/2012 non aggrava le conseguenze che derivano dalla carenza dei presupposti o dalla violazione delle regole in tema di continuazione, proroga, rinnovo del contratto a termine, ma si limita a confermare le previsioni dell'art. 32, c. 5, l. 183/2010³⁴¹ che fissa un tetto massimo (12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) all'indennità dovuta al lavoratore in caso di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Sul versante dei rapporti di lavoro di natura subordinata la legge n 92 del 2012 è intervenuta anche sulla disciplina del contratto di apprendistato incidendo sul regime della durata, sul numero complessivo degli apprendisti in servizio e sul regime delle conferme dei lavoratori apprendisti.

La disciplina generale del contratto di apprendistato è stata recentemente riordinata con il TU in materia - D.Lgs. n 167 del 2011; le novità introdotte dalla Legge n 92 del 2012 si innestano dunque sulle disposizioni di tale Testo Unico.

Le principali novità introdotte dalla Legge n 92 del 2012 alla disciplina dell'apprendistato contenuta nel citato Testo Unico interessano in particolare quattro ambiti: a) durata minima del contratto; b) il regime del periodo di preavviso conseguente al recesso; c) la percentuale di apprendisti ed i divieti di assunzione con contratto di somministrazione a tempo determinato; d) i limiti all'assunzione di nuovi apprendisti.

³⁴⁰ Sul punto si veda M. T. CARINCI *"Il rapporto lavoro ai tempi della crisi"*, versione provvisoria presentata della relazione al XVII congresso nazionale AIDLASS, 2012 p. 15 secondo cui "I più lunghi intervalli previsti dalla Legge per il rinnovo del contratto rispetto al d.lgs. 368/2001 (da 10 a 60 giorni se il contratto ha una durata inferiore a 6 mesi; da 20 a 90 giorni se il contratto ha una durata superiore a 6 mesi) non appaiono in verità molto significativi se si considera il fatto che non solo i contratti collettivi sono abilitati a ridurli nuovamente (rispettivamente fino a 20 e fino a 30 giorni) in una serie ampia di casi, ma che è comunque previsto che essi vengano ridotti ad opera di un decreto Ministeriale".

³⁴¹ C. Cost. 11.11.2011 n. 303.

A proposito della durata del contratto L'art. 1, comma 16, lett. a) della legge di riforma, attraverso l'introduzione della lett. a-bis), ha previsto, all'art. 2, d.lgs. n. 167/2011, una durata minima del contratto non inferiore a sei mesi³⁴².

Con riferimento alla disciplina del preavviso, la lett. b) del comma 16, dell'art. 1, della legge di riforma, specifica che durante il periodo di preavviso, successivo al recesso datoriale, intimato al termine del contratto, ai sensi dell'art. 2118 c.c., *“continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato”*.

In relazione alla percentuale di apprendisti che possono essere impiegati dal datore di lavoro, la legge, alla lett. c) del menzionato art. 16, modifica il rapporto tra il numero complessivo di apprendisti e le maestranze specializzate, disponendo, come principio generale che il numero di apprendisti non può superare il rapporto di 3 a 2 rispetto al numero di maestranze specializzate.

Infine, per quanto riguarda i limiti all'assunzione, ai sensi del nuovo art. 2, comma 3 bis, d.lgs. n. 167/2011, introdotto dalla lett. d), del comma 16, dell'art. 1, della legge di riforma, *“L'assunzione di nuovi apprendisti (da parte dei datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze un numero di lavoratori superiori alle 10 unità) è subordinata alla prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato, nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione, di almeno il 50 per cento degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro. [...] Qualora non sia rispettata la predetta percentuale, è consentita l'assunzione di un ulteriore apprendista rispetto a quelli già confermati, ovvero di un apprendista in caso di totale mancata conferma degli apprendisti pregressi. Gli apprendisti assunti in violazione di detto limite sono considerati lavoratori subordinati a tempo indeterminato, al di fuori delle previsioni del presente decreto, sin dalla data di costituzione del rapporto”*.

Ad essere interessato dalle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012 vi è anche la tipologia del lavoro a chiamata, ad opera dell'art. 1, comma 21 della legge. In

³⁴² Tale limite non si applica alle ipotesi, previste dall'art. 4, comma 5, TU, relative all'attività lavorativa prestata in cicli stagionali, rispetto alle quali rimane fermo il principio per cui i contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato, anche a tempo determinato.

relazione ai requisiti soggettivi che interessano tale tipo contrattuale, il comma 2 dell'art. 24, d. lgs n. 276/2003 presenta tale nuova formulazione. *"Il contratto di lavoro intermittente puo' in ogni caso essere concluso con soggetti con piu' di cinquantacinque anni di eta' e con soggetti con meno di ventiquattro anni di eta', fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di eta"*. In tal senso, tuttavia, il legislatore non dice nulla rispetto ai lavoratori con più di 55 anni, soggetti che sostituiscono i lavoratori ultraquarantacinquenni nel vecchio sistema normativo ante riforma, i quali sono stati privati del previgente riferimento testuale alle pensioni. La nuova previsione lascia dunque il dubbio per quanti hanno superato i 55 anni e sono già in pensione di essere occupati con rapporto di lavoro a chiamata come si vorrebbe ritenere plausibile nello spirito originario dell'istituto introdotto dal d.lgs. n. 276/2003³⁴³.

Nell'ambito delle politiche di flessibilità in entrata l'intervento della riforma si è esteso anche ai contratti di lavoro autonomo ai limiti della subordinazione, con riferimento ai quali significativi sono gli strumenti previsti per scongiurare l'utilizzo improprio e presidiare così il contratto di lavoro subordinato³⁴⁴.

Riguardo al lavoro a progetto la legge accogliendo l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, intende, prima di tutto, circoscrivere la fattispecie, specificando che il progetto³⁴⁵ *"non può consistere nella mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente"*, ma deve *"essere funzionalmente collegato ad un risultato finale"* il quale deve trovare puntuale descrizione nel contratto. In secondo luogo la riforma vuole rafforzarne i precetti, prevedendo esplicitamente, da una parte, in caso di mancanza del progetto, la "trasformazione" del contratto in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato³⁴⁶ ed, inoltre, una

³⁴³ P. RAUSEI, *"Fra luci e ombre la prima circolare sulla riforma del lavoro"*, Dir. & prat. Lav., n. 32/2012, p. 2000.

³⁴⁴ M. T. CARINCI *"Il rapporto lavoro ai tempi della crisi"*, op. cit. p. 16.

³⁴⁵ È significativamente eliminato il riferimento al «programma di lavoro o fase di esso». Per la nozione di progetto si veda, ex multis, A. PERULLI, *"Lavoro a progetto fra problema e sistema"*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 87 ss

³⁴⁶ L'art. 1, comma 24, della legge n. 92/2012 modifica però, rispetto alle previsioni dell'art. 69, c. 1, d.lgs. 276/2003 la tecnica di intervento. La norma in gestazione non configura, infatti, una presunzione, ma dispone che «l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del

presunzione di subordinazione, salva la prova contraria fornita dal committente, *"nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità"* (art. 1, comma 23, legge n. 92/2012).

Similmente, per quanto concerne le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione ad albi professionali, la riforma precisa che l'esclusione dalla disciplina del lavoro a progetto (art. 61, c. 3, D.Lgs. 276/2003) opera solo nell'ipotesi in cui il contenuto concreto dell'attività svolta dal collaboratore sia riconducibile alle attività professionali per cui è richiesta l'iscrizione all'albo professionale (art. 1, comma 27, legge 92/2012).

In caso contrario la mancanza del progetto, requisito che è richiesto dalla legge di riforma a pena di validità, determinerà la "trasformazione" del contratto d'opera intellettuale caratterizzata da coordinamento e continuità in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La tecnica delle presunzioni è utilizzata dalla legge 92/2012 anche al fine di evitare un uso distorto del lavoro autonomo *tout court* reso "da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto" (art. 1, comma 26, legge 92/2012).

Anche in questo caso – in presenza di determinati presupposti – la legge introduce una presunzione *iuris tantum* di collaborazione coordinata e continuativa che, però, in conseguenza della probabile mancanza del progetto determina la successiva automatica "trasformazione" del contratto in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Affinchè operi la presunzione è necessario che si verificano almeno due dei tre presupposti di seguito elencati: *"a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi; b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti*

rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato» e dovrebbe così porre fine al contenzioso sviluppatosi sul punto. Come noto, non vi è stata unanimità in giurisprudenza circa la natura (assoluta o relativa) della presunzione in parola, v. sul punto G. SANTORO PASARELLI, " *Diritto dei lavori*", 2009, p. 367 ss.

riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca piu' dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi; c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente" (legge n. 92/2012).

Al contrario, benchè ricorrano le condizioni di cui sopra, la legge (art. 1, comma 26) prevede che non si applichi la presunzione in parola se la prestazione è: *a) connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacita' tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attivita'; b) sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233.*

3. La presunzione di cui al comma 1 non opera altresì con riferimento alle prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attivita' professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni".

La dottrina che per prima ha fornito un'analisi della norma da subito ha rilevato come questa in futuro potrebbe dare luogo a numerose e perigliose incertezze applicative³⁴⁷. Al centro di tale critica vi sono due osservazioni che riguardano in primo luogo la tecnica redazionale della norma, che indubbiamente non si fa apprezzare per chiarezza espositiva e in secondo luogo il fatto che essa pone fra i propri criteri applicativi un parametro “mobile”, che potrà essere individuato solo a posteriori, quale l’ammontare del corrispettivo percepito dal collaboratore nell’arco dell’anno solare³⁴⁸.

Ciò detto bisogna altresì considerare che la norma, letta nell'interezza delle previsioni inclusive ed esclusive, si applicherà in quei casi in cui la prestazione

³⁴⁷ M. T. CARINCI "Il rapporto lavoro ai tempi della crisi", op. cit. p. 17.

³⁴⁸ O. RAZZOLINI, "Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo", in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2011, p. 638.

sarà resa con continuità e in regime di sostanziale monocommittenza da parte di un soggetto non iscritto ad albi o registri, con un basso livello di istruzione ed alle prime esperienze lavorative, titolare di un reddito annuo non elevato³⁴⁹.

Ecco che se letta in questi termini, tale presunzione costituisce in ogni caso un notevole deterrente al “cattivo uso” del contratto di lavoro autonomo, in luogo del contratto di lavoro subordinato.

Il secondo obiettivo che il legislatore della riforma si prefigge – una sorta di *pendant* alle restrizioni previste dalla flessibilità in entrata – è la rivisitazione della flessibilità in uscita tramite l’adeguamento della disciplina del licenziamento del contratto di lavoro subordinato standard «alle esigenze del mutato contesto di riferimento» (art. 1, comma 1 legge n. 92/2012).

Più in particolare la legge si propone di sostituire all’unitaria tutela reintegratoria prevista dall’art. 18 St. lav. una pluralità di regimi di tutela, reintegratori e/o risarcitori. Segno indicativo del cambiamento è la nuova rubrica dell’articolo che da "Reintegrazione nel posto di lavoro" diviene "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo."³⁵⁰

Il disegno di legge interviene, come detto, sul regime di tutela posto dall’art. 18 St. lav., senza modificarne il campo di applicazione³⁵¹: ai datori di lavoro che non raggiungano le soglie dimensionali individuate dalla norma continuerà ad applicarsi la tutela obbligatoria di cui all’art. 8, l. 604/1966.

Non si è pertanto creata quella *reductio ad unum* delle tutele previste a favore dei lavoratori che rimangono "distinti" in due sottogruppi garantiti in maniera differente a seconda dei requisiti dimensionali del datore di lavoro.

Passando ad analizzare in dettaglio le novità introdotte dalla legge 92/2012 in materia di licenziamento individuale è opportuno evidenziare come la riforma

³⁴⁹ In questi casi è vero che la legge n. 92/2012 ammette la prova contraria da parte del committente – la presunzione introdotta è infatti *iuris tantum* – ma è improbabile che quest’ultimo sia in grado di dimostrare l’assenza di coordinamento per evitare così la successiva trasformazione del contratto, in assenza di progetto, in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

³⁵⁰ M. T. CARINCI "Il rapporto lavoro ai tempi della crisi", op. cit. p. 18.

³⁵¹ F. CARINCI "Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro", op. cit., p. 17.

abbia inciso il sistema previgente non solo introducendo nuove forme di tutela ma anche individuando i presupposti applicativi di queste.

Con riferimento alle forme di tutela, così come riconfigurate dalla nuova legge, la dottrina³⁵² ha proposto una classificazione che riassume in maniera molto chiara le novità in parola.

a) La "tutela reintegratoria piena" ex art. 18, commi 1, 2 e 3 nuovo testo.

Sancisce il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro oltre il risarcimento del danno con un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso l'indennità non potrà essere inferiore a cinque mensilità. Tale tutela è prevista nei casi di licenziamenti dichiarati illegittimi perché discriminatori, licenziamenti intimati in concomitanza di matrimonio, licenziamenti disposti in violazione delle norme a tutela della maternità e della paternità, ovvero perché riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge, o per motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c. Inoltre, si applica anche ai licenziamenti dichiarati inefficaci perché intimati in forma orale. Nei casi su menzionati, tale tutela si estende anche ai dirigenti e prescinde dal numero dei dipendenti dell'azienda.

b) La "tutela reintegratoria attenuata" ex art. 18, comma 4 nuovo testo.

Prevede il diritto alla Reintegrazione nel posto di lavoro oltre il risarcimento del danno con un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso l'indennità non potrà essere superiore a dodici mensilità. Tale tutela è prevista nei casi in cui il Giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato

³⁵² A. MARESCA, " *Il nuovo regime del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*", consultabile sul sito http://host.uniroma3.it/facolta/economia/db/materiali/insegnamenti/668_5754.pdf, 2012, p. 11 e ss.

motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa secondo quanto previsto dai CCNL o dai codici disciplinari applicabili. Il Giudice applica la medesima disciplina anche quando accerta il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore o per violazione dell'art. 2110 c.c. relativamente al periodo di comporta. Inoltre, può applicare tale tutela anche nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

c) La "*tutela indennitaria forte*" ex art. 18, comma 5 nuovo testo.

Essa non rimuove gli effetti del licenziamento poiché non prevede la reintegra, ma attribuisce solo il diritto al pagamento di una indennità risarcitoria tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione ad alcuni criteri indicati dalla legge (anzianità lavorativa, numero dei dipendenti occupati in azienda, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti). Essendo confermata la cessazione del rapporto di lavoro non è previsto alcun diritto sul piano previdenziale (in questo caso, a differenza di quella in cui opera la reintegrazione, il lavoratore avrà però diritto a conservare i benefici di reddito e copertura contributiva collegati all'indennità di disoccupazione; egualmente, rimarranno fermi i pagamenti del preavviso e del TFR, quali conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro). Questa tutela (residuale) si applica nelle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo e della giusta causa adottati dal datore di lavoro, nonché nelle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo (ipotesi diverse da quelle del comma 4 che prevede l'insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa). Ciò ad esempio può accadere quando il fatto contestato o il motivo indicato sussiste ma non giustifica il licenziamento.

d) La "*tutela indennitaria dimidiata*" ex art. 18, comma 6 nuovo testo.

La tutela obbligatoria “ridotta”, prevista dal 6° comma, consiste in un’indennità variabile tra sei e dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro. Tale regime sanziona il vizio formale di carenza di motivazione e quelli di inosservanza degli obblighi procedurali previsti per il licenziamento disciplinare e per il giustificato motivo oggettivo.

Come accennato in precedenza, una novità introdotta dalla riforma riguarda i presupposti applicativi delle tutele appena descritte, giacchè per tutte le patologie dell’atto di recesso il testo precedente dell’art. 18 St. lav. prevedeva comunque l’unitaria tutela reale.

E' stato notato che una prima lettura della legge riformata suggerisca come la scelta del tipo di tutela applicabile dipenda, in prima battuta, non da determinati presupposti fissati dalla legge e demandati alla verifica del giudice, ma dalla *motivazione addotta* dal datore di lavoro nell’atto di intimazione del licenziamento³⁵³. L’attività decisionale del giudice sarà svolta nell’ambito individuato dalla dichiarazione del datore di lavoro.

In tal senso la legge 92/2012, art. 1, comma 42 prevede che *"il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro"* è tenuto ad applicare la c.d. “tutela reintegratoria attenuata” o la “tutela indennitaria forte”. Diversamente, qualora il giudice *"accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato [...] per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore"*, dovrà applicare la “tutela reintegratoria attenuata”. Parimenti, nell’eventualità di licenziamento intimato per motivi economici il giudice sarà tenuto ad applicare la “tutela indennitaria forte” o la “tutela reintegratoria attenuata” in base a criteri diversi stabiliti dalla legge.

³⁵³ In tal senso v. M. MAGNANI, *"La riforma del mercato del lavoro"*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>, 2012, p. 4, v. anche A. MARESCA, *"La scommessa di un mercato del lavoro meno duale"*, op. cit., 2012. e A. MARESCA, *"Il nuovo regime del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori"*, op. cit., 2012.

Ragionare in questi termini vuol dire, però, in buona sostanza rimettere al datore – pur nell’ambito di un *range* predefinito, ma ampio (dal momento che spazia dalla “tutela reintegratoria attenuata” alla “tutela indennitaria forte”) – il rimedio nel caso di licenziamento illegittimo a beneficio della controparte, qui fra l’altro in posizione di massima debolezza contrattuale, con buona pace del principio di ragionevolezza della legge (art. 3 Cost.).

Ciò non di meno, vi sono delle disposizioni, presenti nella legge di riforma che suggeriscono come, al contrario, le diverse tutele derivino non dalle giustificazioni addotte dal datore all’atto del licenziamento, bensì dall’effettiva ragione che sta alla base del recesso.

Anzi tutto è disposto che, nel caso di licenziamento discriminatorio, viziato da motivo illecito o altrimenti nullo "*indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro*" (l. n. 92/2012, comma 42), il giudice applichi la “tutela reintegratoria piena”; in secondo luogo, qualora si tratti di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "*qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo*"; in ultima, nel caso in cui vi sia stata violazione del requisito di motivazione, il giudice "*sulla base della domanda del lavoratore*" deve accertare se vi sia "*anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste [...] le tutele*" disposte per vizio di giustificazione.

Tali norme dimostrano che in realtà le diverse forme di tutela non dipendono dalla giustificazione formalmente adottata dal datore a fondamento del proprio atto di recesso, ma dalla giustificazione effettiva che, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice è chiamato ad accertare.

Pertanto se il *discrimen* tra il campo di applicazione dell’uno o dell’altro regime di tutela dipende dall’effettiva ragione giustificatrice alla base del licenziamento,

è allora necessario delineare le linee di confine fra le diverse causali previste dalla legge.

Al riguardo si segnala la prima e fondamentale regola enunciata dal comma 42, art. 1, l. 92/2012, che riguarda il concetto e l'estensione della discriminazione e del "*motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.*" e dal quale deriverà la nullità del licenziamento e l'applicazione della "tutela reintegratoria piena".

Secondo l'opinione prevalente in dottrina i divieti di discriminazione individuano alcuni *interessi* di particolare rilievo antisociale e, stigmatizzandoli come illeciti, evidenziano alcune specifiche ipotesi di illiceità della causa³⁵⁴ degli atti datoriali.

Il divieto a porre in essere atti di natura discriminatoria è sancito, in particolare, dall'art. 15 dello St. Lav., grundnorme della tutela antidiscriminatoria, secondo cui per il datore di è vietato porre in essere atti "diretti a" realizzare alcuni interessi particolarmente riprovati dall'ordinamento (ragioni politiche, sindacali, religiose ecc.) e perciò illeciti³⁵⁵.

Da tempo, inoltre, una parte significativa della dottrina ritiene che le ipotesi di discriminazione previste dalla legge abbiano portata esemplificativa e non tassativa³⁵⁶.

³⁵⁴ La causa astratta è qui intesa non nel senso di mera sintesi degli effetti tipici dell'atto (contratto *ex art.* 1325, c. 2, c.c., o atto unilaterale, *ex art.* 1324 c.c. che sia), ma degli interessi che tramite quegli effetti si vogliono soddisfare. Per questa nozione di causa cfr. G.B FERRI, "*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*", 1966, che parla di «funzione economico-individuale»;

Con specifico riferimento al contratto di lavoro accolgono la nozione di causa come sintesi degli interessi che con il contratto si vogliono soddisfare: L. MENGONI, "*Il contratto di lavoro nel diritto italiano*", in Boldt G. (a cura di) *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, 1965, p. 461 s.; P. ICHINO, "*Il contratto di lavoro. Soggetti e oggetto del contratto – Sicurezza del lavoro – Retribuzione – Qualità, luogo e tempo della prestazione lavorativa*", II, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., (già diretto da), SCHLESINGER P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale* 2003, p. 19 s.; adottano invece il concetto di causa come sintesi degli effetti tipici, fra gli altri: C. ZOLI, "*La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*", 1988, p. 195 ss.; R. DEL PUNTA, "*L'abuso nel diritto del lavoro*", in *Dir. Priv.*, 1998, p. 422. Chi accede a questa seconda opinione si preclude però qualsiasi controllo sulla liceità o illiceità della causa concreta dei singoli negozi tipici, dal momento che le parti si determinano a stipulare contratti tipici o il singolo a porre in essere atti unilaterali tipici proprio per produrre quegli effetti tipici che l'ordinamento prevede. Si tenga comunque presente che anche ove si adotti la tesi di causa come mera sintesi degli effetti tipici, rimane il fatto che nel caso dei negozi unilaterali – com'è l'atto di licenziamento – causa e motivi finiscono per confondersi: è sufficiente per produrre la nullità dell'atto che il motivo illecito sia determinante, ma non è richiesto che sia comune (cfr. artt. 1343 e 1324 c.c.).

³⁵⁵ G. GHEZZI, "*Commento agli artt. 15 e 16*", in Ghezzi G., Mancini G. F., Montuschi L., Romagnoli U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*", 1972, p. 204.

³⁵⁶ L'opinione è assolutamente da condividere anche alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento. Se, infatti, a fronte dell'art. 4, l. n. 604/1966 e poi dell'art. 15 St. lav., come integrato dall'art. 13, l. n. 903/1977, poteva forse ancora sostenersi che le ragioni discriminatorie che rendevano illecito l'atto di

Insomma già nel sistema previgente il licenziamento non era discriminatorio – non è, cioè, connotato da causa illecita – solo se il datore di lavoro perseguiva l'unica finalità tipica ammessa nel sistema: l'interesse, di rilievo costituzionale *a disporre di un'organizzazione* in vista dello svolgimento di un'attività che si specifica poi ulteriormente *nell'interesse a modificare* (giustificato motivo oggettivo di tipo economico) e *a garantire la funzionalità dell'organizzazione*, senza rimanere vincolato ad un contratto di cui risulti alterata, in fase funzionale, la causa, vuoi per inadempimento del lavoratore (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), vuoi per impossibilità sopravvenuta, non imputabile, della prestazione (giustificato motivo oggettivo di tipo personale³⁵⁷).

Al di fuori delle ragioni specificamente ammesse dalla legge l'atto di licenziamento è discriminatorio³⁵⁸.

Quella conclusione trova ora ulteriore conferma nella legge 92/2012 che, prevedendo per entrambi il medesimo regime di tutela, equipara il licenziamento determinato da un "*motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.*" al licenziamento discriminatorio.

In un area residuale rimangono così la "tutela reintegratoria attenuata" e "tutela indennitaria forte", destinate ad operare *solo* quando l'atto di recesso del datore non sia discriminatorio, ma al contrario *sorretto da una causa conforme all'ordinamento* e, però, la *giustificazione addotta* dal datore e comunicata al lavoratore risulti *diversa, quantitativamente o qualitativamente*, da quella che *concretamente costituisce causa dell'atto*.

licenziamento fossero solo quelle specificamente tipizzate dalla legge ragioni sindacali, politiche, religiose, e poi anche razziali, di lingua e di sesso – l'inclusione, ad opera del d.lgs. n. 216/2003, nel testo della norma statutaria delle ulteriori ragioni di handicap, di età, basate sull'orientamento sessuale e perfino sulle convinzioni personali del lavoratore hanno già dilatato il novero degli interessi vietati fino a ricomprendervi qualunque finalità.

³⁵⁷ Giusta causa e giustificato motivo soggettivo, da una parte, e giustificato motivo oggettivo per sopravvenuta impossibilità non imputabile della prestazione di lavoro, dall'altra, inglobano, infatti, nello spettro del lecito esercizio del potere di licenziamento figure che di per sé costituirebbero ipotesi di risoluzione del contratto: la risoluzione per inadempimento viene riassorbita dal licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo; la risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione di lavoro dal giustificato motivo oggettivo connesso a ragioni personali del lavoratore, cfr. M. NAPOLI, "*La stabilità reale del rapporto di lavoro*", 1980, p. 222 ss. e p. 385 ss. Queste specifiche causali del licenziamento danno così rilievo, al contempo, sia all'interesse del datore-creditore a non rimanere vincolato ad un contratto affetto da una patologia funzionale della causa, sia all'interesse del datore-organizzatore al funzionamento dell'organizzazione medesima.

³⁵⁸ M.T. CARINCI, "*Il rapporto lavoro ai tempi della crisi*", op. cit. p. 24.

Quanto alla diversità *quantitativa*, dev'essere operata una distinzione tra le ipotesi di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo da un lato, e il licenziamento disposto per giustificato motivo oggettivo, dall'altro.

Come noto il datore di lavoro potrebbe disporre un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo oggettivo laddove l'indempimento da parte del lavoratore non sia così grave da giustificare tali tipologie di provvedimento. In tali casi l'ordinamento riconosce in capo al datore di lavoro di irrogare una sanzione di natura conservativa.

La diversità quantitativa fra la tipologia di inadempimento del lavoratore e la causa addotta dal datore di lavoro per irrogare il licenziamento comporta l'applicazione della "tutela reintegratoria attenuata" tutte le volte che il "fatto" (inadempimento) ritualmente "contestato" al lavoratore sia comunque rilevante sul piano contrattuale in quanto rientrante "tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Diversamente, il licenziamento connotato da un giustificato motivo oggettivo non può essere soggetto a gradazioni quantitative. Infatti, se i tre aspetti attraverso i quali si articola il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di tipo economico – la modifica organizzativa effettiva, il nesso causale fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore e il c.d. obbligo di *repêchage* - non sussistono, il licenziamento o è discriminatorio con conseguente applicazione della "tutela reintegratoria piena" oppure è connotato da una causa lecita qualitativamente diversa, positivamente ammessa dal sistema, con le conseguenze che verranno subito descritte.

In due ipotesi il licenziamento può essere sorretto da una causa qualitativamente diversa da quella addotta dal datore di lavoro.

In primo luogo ciò può accadere quando il licenziamento venga irrogato per giustificato motivo oggettivo ma sia in concreto determinato da giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Viene qui in considerazione – in conseguenza del

rinvio operato dall'art. 18, c. 7, ultimo periodo³⁵⁹ – l'art. 18, c. 4, nuovo testo, il quale prevede che il giudice applichi la “tutela reintegratoria attenuata” nel caso di “insussistenza del fatto contestato”.

In un caso del genere, però, l'evenienza dell'“inesistenza del fatto contestato” (inteso come inadempimento) è destinata a realizzarsi sempre, con conseguente costante applicazione della “tutela reintegratoria attenuata”. È insito, infatti, nella premessa del ragionamento che il datore abbia intimato il licenziamento adducendo una ragione giustificatrice *diversa* da quella reale e dunque il “fatto” – la causa, cioè l'inadempimento imputabile – non sia stato in alcun modo “contestato” al lavoratore con la motivazione del licenziamento. Dunque, la discrepanza fra “fatto” che determina in concreto il licenziamento e “fatto contestato” diviene elemento assorbente, da cui dipende sempre e comunque l'applicazione della “tutela reintegratoria attenuata”.

4. Rimedi alla proliferazione delle tipologie contrattuali: irrigidire la flessibilizzazione in entrata.

Il modello *flexsecurity*, anche in seguito ai successi riscontrati dal sistema sociale dei paesi del nordeuropa, è stato considerato, a livello istituzionale, il modello consigliabile per la regolazione del mercato del lavoro e del sistema sociale. Tuttavia, una simile organizzazione del sistema sociale, dove la tutela della fase finale del rapporto di lavoro è affidata al mercato, "istituzione" naturalmente soggetta a fluttuazioni che non ne garantiscono la stabilità, presta il fianco a critiche e perplessità.

In particolare, è stato dimostrato che negli ultimi quattro anni i tassi occupazionali dei paesi aderenti al sistema di *flexicurity* hanno registrato una minor flessione rispetto a quelli dei paesi continentali ma al contempo il loro tasso marginale di disoccupazione è cresciuto in maniera estremamente più

³⁵⁹ Ai sensi dell'art. 18, c. 7, ultimo periodo: «Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele».

elevata³⁶⁰. A ciò fa da contrappeso che nei paesi del sistema continentale, per contrastare la flessione produttiva dovuta alla crisi, si è preferito ricorrere a sistemi quali la riduzione dell'orario di lavoro, in luogo dei licenziamenti³⁶¹. Tale approccio alle emergenze occupazionali che derivano dalle negative contingenze economiche senza dubbio, sul breve periodo, comportano un costo maggiore per le aziende. Tuttavia, in un'ottica di lungo periodo, la salvaguardia del livello occupazionale rappresenta un valore aggiunto sia per gli operatori del mercato, sia per solidità del sistema macroeconomico dei paesi³⁶².

In questo quadro è nato il concetto del Contratto unico di lavoro³⁶³, attraverso il quale si vuole integrare il modello di *flexicurity* con un controbilanciamento in "entrata". Il dibattito sul Single Employment Contract, promosso dalla Commissione europea, ruota attorno a tale nuovo strumento contrattuale per mezzo del quale si vorrebbe, da un lato, omogeneizzare la segmentazione del mercato del lavoro e dall'altro, attenuare le tutele che caratterizzano il contratto di lavoro standard, specie con riguardo alla materia dei licenziamenti per motivi economici³⁶⁴.

Secondo il progetto della Commissione la riduzione di un'eccessiva proliferazione tipologica, emblema della precarizzazione del mercato del lavoro, e la sua *reductio* ad un'unica tipologia, andrebbe bilanciata con una maggiore flessibilità in uscita, presidiata dai noti meccanismi di *flexicurity*³⁶⁵.

Il modello del Contratto unico prevede due fasi specifiche, una fase iniziale detta *entry phase* ed una fase successiva, caratterizzata da maggiore stabilità, detta *stability phase*. La fase della cessazione per recesso, mai impugnabile di fronte al giudice nella fase iniziale del rapporto, prevede la compensazione economica

³⁶⁰ A. PERULLI, "Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza" op. cit. p. 249.

³⁶¹ R. PESSI, *Riflessioni sull'occupazione: Italia ed Europa*, DRI, 2011, p. 315 ss

³⁶² CONSIGLIO CEE, *Flexicurity in times of crisis*, European Council Resolution, 2009, 2

³⁶³ L'originaria ideazione del Contratto unico di lavoro si deve alla dottrina economica francese, i cui autori suggeriscono la creazione di un *systeme unique de protection de l'emploi* e di un *contrat de travail unique* cfr. O. BLANCHARD - J. TIROLE, "Protection de l'emploi e procédures de licenciement", La documentation française, 2003 e P. CAHUC - F. KRAMARZ, "De la precarietà à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle" La documentation française, 2004.

³⁶⁴ A. PERULLI, "Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza", op.cit. p. 250.

³⁶⁵ cfr. *Employment in Europe 2010*, chapter 3, consultabile al sito <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=593>.

modulabile in ragione dell'anzianità di servizio, compresa fra una misura minima nella *entry phase* ed una massima nella *stability phase*. In generale, nelle intenzioni della Commissione, il Contratto unico dovrebbe prevedere tutele variabili a seconda del sistema di sicurezza sociale adottato dal singolo Paese. Sono stati così identificati tre modelli di applicazione delle misure protettive in uscita, che possono variare a seconda della fase del rapporto e della durata dello stesso: un primo modello, dove le misure protettive di natura normativa si riducono in favore di misure indennitarie economiche³⁶⁶; un secondo modello, più confacente ai paesi con un elevato tasso di protezione sociale normativa, dove il libero recesso è garantito ad entrambe le parti durante il periodo di prova³⁶⁷ e al termine del quale il rapporto dev'essere confermato; un terzo modello il livello di protezione sociale normativa è il medesimo di quello previsto per i contratti a tempo determinato successivamente alla conferma del periodo di prova³⁶⁸.

La proposta della Commissione relativa al Contratto unico non è passata indenne al vaglio delle parti sociali dei singoli paesi. Anzitutto, il modello in esame è stato messo in discussione poichè la mera indennizzabilità del licenziamento per ragioni economiche comporterebbe la sottrazione dei recessi al vaglio del diritto, tant'è che la motivazione del licenziamento verrebbe "barattata" con una somma di denaro³⁶⁹. In secondo luogo si è criticato l'effetto che tale contratto potrebbe comportare: disparità tra nuovi assunti e "vecchi" dipendenti, mancanza del controllo giudiziale dei recessi nella fase iniziale, possibile aumento dei licenziamenti, irrigidimento della fase iniziale dei rapporti di lavoro e conseguente riorganizzazione della fase produttiva da parte delle aziende e infine

³⁶⁶ Tale modello corrisponde ai sistemi sociali nordeuropei e necessita evidentemente di solide basi di protezione sociale del lavoratore licenziato.

³⁶⁷ In questa fase sarebbe comunque prevista una tutela legale minima, in ossequio ai principi sanciti con la convenzione OIL n. 158. A seguito del periodo di prova, il rapporto potrà essere riconfermato e durante la fase iniziale il lavoratore sarà protetto da una serie di diritti che cresceranno proporzionalmente alla durata del rapporto. Rimane invece preclusa la possibilità di rivolgersi al giudice.

³⁶⁸ cfr. A. PERULLI " *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*", op.cit. p 251.

³⁶⁹ F. EYMARD-DUVERNAY " *Calculer ou débattre? Applications aux situations de licenciement et du recrutement*, in *Le droit du travail confronté à l'économie*, a cura di A. JEAMMAUD, 2005, p 87 ss.

rischio di alto *turnover* e perdita della specializzazione giacché il licenziamento sarebbe meno oneroso nella fase iniziale del rapporto³⁷⁰.

Con particolare riferimento all'Italia, come detto nelle pagine che precedono, non sembra che il nostro Paese sia maturo per un simile modello regolatorio, tuttavia non sono mancate proposte di recepimento del progetto della Commissione.

In particolare sono stati due i tentativi di introduzione del Contratto unico nel nostro sistema, il primo è il disegno di legge n. 1418 del 25 marzo 2009 e il secondo è il modello prospettato da Garibaldi e Boeri³⁷¹.

Il disegno di legge n. 1418/2009 prevede la predisposizione di un "contratto collettivo di transizione" che disciplini l'istituzione di un "ente bilaterale o consorzio" costituiti da gruppi di imprese e sindacato e che dovrebbe erogare sostegno al reddito e aiuto al ricollocamento in caso di perdita del posto di lavoro. A fronte di ciò il lavoratore deve sempre garantire all'ente la propria disponibilità per partecipare ad iniziative di riqualificazione e avviamento a nuove esperienze professionali. Secondo tale modello il lavoratore verrebbe sempre assunto a tempo indeterminato, salvi i casi "espressamente" previsti dal contratto collettivo di transizione, tuttavia il licenziamento non sarebbe presidiato dal controllo giudiziale, salvo il caso di licenziamento disciplinare illegittimo³⁷².

Il modello proposto da Garibaldi e Boeri, invece, prevede una fase iniziale di durata triennale, durante la quale la tutela accordata al lavoratore di fronte ai casi di recesso è di natura indennitaria e una successiva fase di consolidazione del rapporto durante la quale la stabilità acquisisce tutela obbligatoria o reale a seconda del tipo di recesso.

Tale modello, per contro, non conosce un sistema di tutele "nel mercato", ciò potrebbe dare luogo ad una nuova forma di precarietà legata allo scadere del periodo triennale di inserimento, che potrebbe diventare il momento per le

³⁷⁰ A. PERULLI " *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*", op.cit. p 252.

³⁷¹ Modello ripreso in due progetti di legge, il p.d.l. 263/09 e il d.d.l 2000/10.

³⁷² Secondo Pietro Ichino, estensore della proposta di legge, il licenziamento libero è una scelta dell'imprenditore sottoposta "ad un filtro automatico, costituito dal costo del licenziamento - nella lingua franca degli economisti: il firing cost - assai più efficace e meno gravoso, per entrambe le parti interessate, di quanto possa essere il filtro giudiziale" cfr. P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011, p. 124

imprese di recedere il contratto di lavoro al fine di impedire il transito alla fase "stabile" del rapporto. La conseguenza sarebbe il permanere della segmentazione del mercato del lavoro, sebbene sotto la nuova forma di lavoratori in periodo di prova e lavoratori "confermati"³⁷³.

Tuttavia, uno spunto positivo fornito da tale modello è rintracciabile nelle due nuove forme contrattuali del contratto unico d'inserimento formativo (p.d.l. 263/09) e del contratto unico di ingresso (d.d.l. 2000/10), ai quali spetterebbe il compito di riordinare le molte tipologie contrattuali ora esistenti, diventando la tipica forma di assunzione.

Dall'analisi effettuata risulta che il Contratto unico presenta luci e ombre e la sua concreta applicazione sembra di difficile attuazione in generale in Europa - si veda il caso dei *Contrat Première Embauche (CPE)*, e del *Contrat Nouvelle Embauche (CNE)* in Francia - come anche in Italia.

Tuttavia, la segmentazione e la precarizzazione del lavoro, tipica di alcuni mercati del lavoro europei, richiede una razionalizzazione della flessibilità in entrata ed in uscita, che nel sistema europeo continentale ha raggiunto livelli preoccupanti.

5. Nuovi approcci di regolazione negoziale in ambito giuslavoristico: differenze e punti in comune con la contrattualistica privatistica. L'esempio delle camere di commercio.

Nel primo paragrafo di questo capitolo, si è compiuto un breve riepilogo delle vicende che hanno interessato la regolazione dei rapporti di lavoro in Italia negli ultimi quarant'anni. Tale inquadramento di ordine storico si è reso necessario poichè è la stessa dimensione diacronica dell'indagine ad imporlo. Non sarebbe ipotizzabile comprendere i motivi di un mercato del lavoro orientato sempre più verso l'utilizzo di forme contrattuali individuali e flessibili, se non si facesse riferimento al prologo di questa vicenda e cioè al precedente mercato del lavoro a contrattualizzazione rigida. Quel tipo di mercato del lavoro, all'interno del quale

³⁷³ A. PERULLI, "Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza", op.cit. p. 253.

l'unica vera tipologia contrattuale individuale era rappresentata dal contratto di lavoro subordinato, era caratterizzato da un sistema economico profondamente diverso da quello attuale. Nei primi anni '70, la crisi e la rottura delle principali regolarità riguardanti le tendenze di lungo periodo del sistema economico fordista, coinvolsero, naturalmente, anche il modo di produzione in cui esso si articolava. Il nuovo sistema organizzativo dell'impresa si distaccava sempre più dal modello di impresa all'interno della quale avveniva l'intera produzione del prodotto, in tutte le sue parti. In altre parole l'impresa fordista andava via via estinguendosi lasciando spazio alla moderna impresa che opera nell'economia globalizzata, dove l'azienda che detiene il *brand* si limita al *core business*, esternalizzando a terzi la produzione dei singoli componenti del prodotto finito. Siamo negli anni '80, la trasformazione relativa all'organizzazione aziendale è, ormai, compiuta. Quel che è avvenuto dopo è attualità. A questa mutazione degli assetti organizzativi del mercato e dei sistemi produttivi si sono "indicizzati" gli strumenti contrattuali di diritto del lavoro. Al tipo contrattuale rigido del lavoro subordinato, adeguato alle rigidità dell'impresa fordista e alle regolarità che essa determinava, si sono aggiunti nuovi tipi contrattuali in grado di adeguarsi alle frenesie del mercato attuale.

La dottrina italiana più attenta, già da alcuni anni ha posto l'accento sui cambiamenti che stanno investendo il diritto del lavoro, in relazione anche al rapporto esistente tra diritto del lavoro e diritto dei contratti³⁷⁴.

Nonostante le forti differenze che esistono tra il diritto civile ed il diritto del lavoro, descritte nella felice formulazione di F. Santoro Passarelli, secondo cui "*se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma l'essere per il lavoratore*"³⁷⁵, negli ultimi anni il diritto del lavoro ha via via stemperato il grado di antinomia con il diritto civile.

³⁷⁴ A. PERULLI, "Diritto del lavoro e diritto dei contratti", in *Riv. It. Dir. Lav.* 2007, 04, 427.

³⁷⁵ F. SANTORO PASSARELLI, "*Spirito del Diritto del Lavoro*", (1948), ora in Id. "*Saggi di Diritto Civile*", 1961, II, p. 1071.

In tal senso si è osservato come il diritto del lavoro più recente si sia preoccupato di "valorizzare il contratto come uno strumento attraverso cui realizzare la diversificazione delle discipline (costruzione di sottotipi di lavoro subordinato in deroga allo schema ordinario); di spostare il baricentro delle tutele dal rapporto contrattuale (caratterizzato dalla riduzione dell'autonomia negoziale individuale e dalla forte regolazione eteronoma inderogabile) al rapporto di mercato (con un incremento del potere contrattuale effettivo del lavoratore); di valorizzare della volontà delle parti tanto nella qualificazione quanto nella disciplina del rapporto"³⁷⁶. Il tradizionale rapporto esistente tra regole autonome e regole eteronome nel contratto di lavoro e che nel diritto del lavoro è riconducibile al rapporto tra contratto individuale e contratto collettivo, sta mutando in una prospettiva di autodeterminazione e valorizzazione dell'individualità, anche a prescindere dalla mediazione di fonti collettive³⁷⁷. D'altra parte l'"istituzione" storica della politica contrattuale collettiva italiana, il sindacato, negli ultimi anni sta registrando un forte calo di affezione, di rappresentatività e probabilmente anche di legittimazione³⁷⁸, ulteriore elemento, questo che incide nella ridefinizione dei criteri di contrattazione giuslavoristici.

Ecco che in questo processo di rimediazione del ruolo del contratto e dell'autonomia privata appaiono decisive le posizioni critiche che si sono andate creando negli ultimi anni relativamente all'antieconomicità delle regole giuslavoristiche di protezione, soprattutto in materia di licenziamenti, e che meriterebbero una profonda riflessione a proposito di una loro revisione.

Tali critiche si basano su principi di natura economica e, a differenza delle dispute puramente dogmatiche, hanno il vantaggio di evidenziare i punti deboli che concretamente si riflettono sui livelli occupazionali e sulle tutele degli *outsiders*: l'elevata protezione accordata ad alcune fasce di lavoratori unitamente

³⁷⁶ A. PERULLI, "Diritto del lavoro e diritto dei contratti" op. cit. p. 428

³⁷⁷ M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, 2005, 9 ss.; C. ZOLI, "Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro", *ibid.*, 73 ss.

³⁷⁸ E. SACCO, "Il sindacato tra crisi e prospettive", in "A chi serve il sindacato? I bisogni, le richieste e le aspettative dei lavoratori nella società che si trasforma", B. CICCONE, P. DE VIVO (a cura di), 2010, p. 133 ss.

ai vincoli alle assunzioni e ai licenziamenti comporta una sorta di congelamento del mercato del lavoro e un aumento della segmentazione tra *insiders* e *outsiders*, con forti difficoltà di accesso ai lavori "buoni" per le persone in cerca di occupazione³⁷⁹.

In Italia, come si è avuto modo di vedere nelle pagine che precedono, i tentativi, anche recenti, di flessibilizzare il rapporto di lavoro in "uscita" e segnatamente per quel che riguarda i licenziamenti, non hanno avuto un riscontro apprezzabile. Di conseguenza le istanze di flessibilità sono state accolte dal legislatore attraverso la proliferazione delle tipologie contrattuali alternative al modello standard del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La moltiplicazione dei contratti attraverso cui regolare il rapporto di lavoro sembra riportare il concetto di "lavoro" a definizioni antiche, in cui esso era considerato una merce di scambio come tante e che non necessitava di una tipologia di contratto che si distinguesse dagli altri negozi di scambio.

Mai attuale come oggi, allora, sembra quell'inciso di Romagnoli, secondo cui, la contrattualizzazione e la flessibilizzazione, che stanno caratterizzando il diritto del lavoro degli ultimi quindici anni, costituiscono la demolizione dell'antemurale costruito nel Novecento per separare il mercato del lavoro dal mercato delle merci³⁸⁰, con la conseguente infiltrazione di spazi regolativi affidati all'autonomia privata individuale.

Il potenziamento dell'autonomia negoziale si realizza, così, nella fase costitutiva del rapporto, attraverso la scelta per l'una o l'altra delle tipologie contrattuali a disposizione delle parti³⁸¹.

Tuttavia, le esperienze accumulate in molti anni di regolazione giuslavoristica improntata sul modello collettivo protezionistico non sono andate, per così dire, perdute.

³⁷⁹ A. PERULLI, "Diritto del lavoro e diritto dei contratti", op cit. p 429. Per queste posizioni, nella dottrina giuslavoristica italiana, cfr. P. ICHINO, "Il lavoro e il mercato", 1996, p. 18 ss.; M. BIAGI, "Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro", in Riv. It. Dir. Lav., 2001, I, p. 257. ss.

³⁸⁰ U. ROMANGNOLI, *Radiografia di una riforma*, Bologna, 2003.

³⁸¹ A. PERULLI "Diritto del lavoro e diritto dei contratti", op cit. p. 430

Anzi, in tal senso si può notare che il diritto privato, un ramo del diritto che già etimologicamente richiama la sua vocazione alla disciplina delle questioni giuridiche dei singoli individui, sta conoscendo delle evoluzioni di natura "collettiva".

In particolare, un esempio di come la tecnica regolativa concertata si sia estesa, nel nostro ordinamento, oltre l'ambito del diritto del lavoro, è rappresentato dalle nuove prassi contrattuali all'interno delle camere di commercio. Nel 1993, infatti, fu emanata la legge di riforma dell'ordinamento camerale n. 580/1993, in applicazione alla direttiva comunitaria 93/13, che prevedeva l'introduzione di tecniche di controllo amministrativo nei contratti dei consumatori. La legge 580/1993 è stata oggi novellata dal d. lgs 23/2010, dove, ai sensi dell'art. 2, comma 2, è previsto che *"le camere di commercio, singolarmente o in forma associata, svolgono in particolare le funzioni e i compiti relativi a [...] lett. h) predisposizione di contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti; lett i) promozione di forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti"*.

La legge pertanto, accorda alle Camere di Commercio il potere di predisporre contratti tipo tra imprese e consumatori attraverso l'intervento delle rispettive associazioni di rappresentanza. In ossequio a tale disposizione, Union Camere ha previsto un articolato procedimento di contrattazione a più fasi al quale partecipano, in contertazione tra loro, i rappresentanti delle categorie interessate - imprese e consumatori - esponenti del Ministero per lo sviluppo economico e rappresentanti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁸².

Allo stesso modo sono previste tecniche di controllo "concertato" in relazione alla presenza di eventuali clausole abusive all'interno di detti contratti e che vengono gestite da un'apposita Commissione in contraddittorio tra associazioni di consumatori e impresa predisponente o associazioni di categoria.

³⁸² Per un dettagliato esame delle procedure in parola si veda UNIONCAMERE, *"Linee Guida Unioncamere per l'attività di predisposizione dei contratti-tipo, dei pareri sulle clausole inique e dei codici di condotta e/o di etica commerciale"*, disponibile al sito www.contratti-tipo.camcom.it.

Il parallelismo insito tra tale modello di gestione della contrattazione e quello di contrattazione collettiva è piuttosto evidente, in particolare se si tiene in considerazione l'oggetto di tali negoziati - contratti quadro di applicazione generalizzata - e la tecnica di contrattazione, che prevede la partecipazione delle associazioni di rappresentanza delle categorie coinvolte.

Il legislatore sembra aver riconosciuto che ci siano dei punti in comune tra le "parti deboli" di un contratto di diritto del lavoro - i lavoratori - e quelle di un contratto standard di diritto privato - i consumatori - ed in quest'ottica ha riproposto il classico modello di contrattazione in sede sindacale in un ambito del tutto differente.

In questo quadro le Camere di Commercio esercitano un ruolo amministrativo di garanzia di imparzialità e di controllo, ricollegando le loro funzioni ad un'impostazione regolativa che affonda le sue radici nel modello anglosassone di *regulation*, e assunto così il ruolo di *Authority*. In tal senso è inequivocabile il dettato normativo di cui all'art. 1 della legge n. 580/93 che definisce le Camere di Commercio come “... *enti autonomi di diritto pubblico, che svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali*”.

La novità introdotta dalla legge di riordino degli enti camerali consiste proprio nell'aggiunta dell'aggettivo "autonomi", che descrive in maniera piuttosto chiara l'intento del legislatore di sganciare le Camere di Commercio da influenze di natura politiche rendendole così autorità, appunto, di natura tecnica.

CONCLUSIONI

Il concetto di "regolazione" può essere contestualizzato in ambito economico, giuridico ma anche sociologico-filosofico. Tuttavia, i diversi significati che il vocabolo può assumere a seconda del contesto in cui esso è considerato, non devono essere interpretati al di fuori dell'unico filo conduttore che sottende a tutte le diverse accezioni del termine in questione.

Durante l'analisi svolta nel presente lavoro si è visto come il fenomeno della Regolazione, benchè analizzato da diverse prospettive accademiche, da un punto di vista "sistematico" esso deve essere considerato in maniera unitaria.

La Teoria della Regolazione economica, riassumendo, spiega le ragioni per cui un sistema economico capitalista, pur essendo improntato alla durata, non può sottrarsi a delle crisi che ne interromperanno le ciclicità positive, introducendo periodi di crisi. Di conseguenza alcuni settori dell'economia (in particolare quelli da qui derivano pubblici servizi o che riguardano aree protette dei traffici economici) non possono essere lasciati al rischio dei default che interessano i mercati che operano secondo un principio di libera concorrenza ma necessitano di una fonte esterna al mercato che apporti delle correzioni alle asimmetrie del sistema di mercato libero concorrenziale.

Secondo la Teoria della Regolamentazione, invece, i settori strategici dell'economia (energia, trasporti, assicurazioni, sanità) possono essere estromessi dalla sola gestione centralizzata e introdotti nel mercato secondo una logica commerciale, tuttavia, data l'importanza e la delicatezza dei servizi che essi rendono sarà necessario che lo stato, indirettamente, attraverso l'istituzione di organismi terzi e tecnici (Agenzia Indipendenti) mantenga un ruolo attivo.

In definitiva Regulation e Regolamentazione spiegano perchè, talvolta, le regole del mercato non siano sufficienti nè affidabili di fronte ad aeree economiche che implicano l'essenza di diritti e/o servizi essenziali. E' allora necessario introdurre regole specifiche che scavalchino le dinamiche economico-

commerciali e le distorsioni che esse possono provocare al fine di tutelare i cittadini affinché possano godere dei servizi essenziali.

La Regolazione ha, pertanto, sempre uno sfondo di natura politica, poiché essa rappresenta il "motore" di scelte giuridico-economiche all'interno di un sistema liberale e che reagisce ai fallimenti del mercato in una maniera differente rispetto a quanto accade nei sistemi "amministrati", dove l'intervento è di natura statale.

In questo senso il concetto di Regolazione rappresenta il substrato ideologico attraverso il quale si cerca di fornire un contrappeso alle talvolta eccessive istanze liberali che caratterizzano lo sviluppo del commercio internazionale.

E' a proposito di questo importantissimo settore, che influisce globalmente a livello economico, politico e sociale, che la Regolazione si trasforma da teoria socio-politica a teoria tecnico-legislativa, cercando di trovare alternative non solo al tradizionale strumento della legge statale dal contenuto precettivo ma anche all'organo giudicante di natura statale, in favore di forme alternative di decisione.

Inoltre, come si è potuto vedere finalmente nell'ultimo capitolo di questa tesi, la Regolazione diventa uno strumento di analisi di un sistema legislativo particolare.

In particolare, in quest'ultimo caso grazie allo studio delle diverse regole che si sono succedute nel tempo a presidio di determinate materie, è stato possibile evidenziare qual'è stato il differente impatto che le dinamiche della globalizzazione da un lato e quelle della crisi economica in atto dall'altro hanno avuto sul mercato del lavoro italiano.

In definitiva, come detto in apertura del presente scritto, il significato Regolazione racchiude in sé molteplici significanti che, se presi un considerazione l'uno congiuntamente all'altro, consentono di analizzare allo stesso tempo fenomeni economici, giuridici e socio-politici che caratterizzano un particolare momento storico.

Bibliografia

- ABRIANI N., *"Diritto Commerciale"*, (a cura di), 2011.
- ACQUAVIVA G., *"Verso una responsabilità per le multinazionali per gravi violazioni dei diritti umani? Note in margine a Doe v. Unocal"*, in *La Comunità Internaz.* 2002.
- AGLIETTA M., *"Le système monétaire européen e t les conjonctures européennes face à la crise du dollar"*, 1980.
- AGLIETTA M., *"Regulation et crise du capitalisme"*, op.cit., p. 48.
- AGLIETTA M., *"Régulation et crises du Capitalisme. L'expérience des Etats Unis"*, 1976.
- AGLIETTA M., *"Régulation et crises du Capitalisme. L'expérience des Etats Unis"*, 1976.
- AGLIETTA M., trad. it. della *"Postface"* in *"Regulation et crises du capitalisme"*, Milano, 2000.
- ALTHUSSIER L., *"Per Marx"*, Roma, 1974.
- AMOROSO B., *"Luci ed ombre del modello sociale danese"*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010.
- ARROW J. K., G. DEBREU, *"The existence of an Equilibrium for a competitive Economy"*, *Econometrica*, XXII, 1954.
- ASCOLI M., *"La interpretazione delle leggi"*, Roma, 1928.
- AUFRICHT H., *"The International Monetary Fund: Legal Bases, Structure, Functions"*, 1964.
- BALDWIN R., *Rules and Governement*, Oxford, 1995.
- BALLESTRERO M. V., *"Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero"*, in *LD*, n. 2, 2008.
- BANTEKAS *"Corporate Social Responsibility in International law"*, in *Boston University law journal*, 2004.
- BASEVI G., *"Teoria pura del commercio internazionale"*, 1967.
- BENEDEK W., *"The World Trade Organization and Human Rights"*, in *Economic Globalisation and Human Rights* 2007.
- BIAGI M., *"Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001.
- BLANCHARD O., TIROLE J., *"Protection de l'emploi et procédures de licenciement"*, 2003.
- BOTERO J., DJANKOV S., LA PORTA R., *"The Regulation of Labor"*, in *NBER Working Paper Series, Working Paper 9756*, 1995.
- BOYER R., *"Fordismo e Postfordismo. Il pensiero regolazionista"*, Milano, 2004.
- BOYER R., *"Le lien salaire/emploi dans la théorie de la régulation. Autant de relations que de configurations institutionnelles"*, *Cahiers d'économie politique*, n. 34, Paris, 1999.
- BOYER R., *"Les institutions dans la théorie de la régualtion"*, *Cahiers d'économie politique*, 2003.
- BRANDO G., PUGLIESE A., *"I sistemi economici complessi e l'economia del mondo reale. La teoria dello sviluppo tra presente e passato"*, 2012.
- BRATTON W., MC CAHERY J. A., PICCIOTTO S., SCOTT R., *"International Regulatory Competition and Coordination"*, Oxford, 1997.

BROLLO M., "Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale", in *ADL*, 2010.

BRUUN N., "ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Ruffert case", in *European Review of Labour and Research*, Nov. 2010.

CAHUC P., KRAMARZ F., "De la precarietà à la mobilité", 2004.

CARINCI F., "Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro", 2012.

CARINCI F., "Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012.

CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), "Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge di delega 2002", Milano, 2002.

CARINCI M. T., "Il rapporto lavoro ai tempi della crisi", 2012.

CARTABIA M., "Dieci casi sui diritti in Europa", a cura di, 2011.

CARUSO B., "Flexibility in Labour Law: The Italian Case", in CARUSO B., FUCHS M. (editors), "Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy", 2004.

CARUSO B., "Il contratto di lavoro come istituzione europea" in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 84, 2010.

CHEN H., KONDRATOWICZ M., KEI-MU YI, "Vertical specialization and three facts about U.S. international trade", in *North American Journal of Economics and Finance*, 2005.

CLARICH M., "Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello", 2005.

CLARICH M., *Le grandi banche nei paesi maggiormente sviluppati*, Bologna, 1985.

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Riv. Impr. Soc.* 2003.

COLEMAN S., "Enforcing international framework agreements in U.S. courts: a contract analysis", Columbia law School paper, 2010.

D'ALBERTI M., *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

DE BENETTO M., "L'organizzazione della funzione di regolazione" in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, di AA.VV. 2005.

DE NARDIS S., TRAU' F., "Il modello che non c'era: l'Italia e la divisione internazionale del lavoro industriale", 2005.

DEAKIN S., "The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution", in Working Paper 203 of ESRC Centre for Business Research, 2001.

DEL PUNTA R., "Dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi", in "Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo", ICHINO P. (a cura di) 2007.

DEL PUNTA R., "L'abuso nel diritto del lavoro", in *Dir. Priv.*, 1998.

DELL'OLIO M., "L'evoluzione della subordinazione nell'esperienza italiana", Roma, 1999.

DELMAS-MARTY M., « *La refondation des Pouvoirs* », Paris, 2007.

DELMAS-MARTY M., « *Le pluralisme ordonné* », Paris, 2006.

DESCOLONGES M., SAINCY B., "Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale", 2006.

DI BLASE A., "Il progetto NU di codice di condotta per le società multinazionali", in "Diritto del Commercio Internazionale", A. GIARDINA, G. L. TOSATO, a cura di, 1996.

DI TURI C., "Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro", in Riv. dir. internaz. 2000.

DI TURI C., "Liberalizzazione dei flussi commerciali internazionali, norme di diritto internazionale del lavoro e promozione della dignità umana", in *Diritto comunitario e degli scambi int.*, 1998.

DJANKOV S., GLAESER E., LA PORTA R., "The New Comparative Economics", in *Journal of Comparative Economics* 31, 2003.

DODD E. M., "For Whom Are Corporate Managers Trustees", in *Harvard Law Review*, 45, 1932.

EGELS-ZANDEN N., HYLLMAN P., "Evaluating strategies for negotiating workers' rights in transnational corporations: the effects of codes of conduct and global agreements on workplace democracy", in *Journal of business ethics*, Vol 76, 2007.

EINAUDI L., "Lezioni di politica sociale" (1944), Torino, 1975.

ESTY D.C., GERADIN D., "Regulatory competition and Economic Integration", Oxford, 2001.

EYMARD-DUVERNAY F., "Calcouler ou débattre? Applications aux situations de licenciement et du recrutement", in *Le droit du travail confronté à l'économie*, a cura di JEAMMAUD A., 2005.

FALK M., WOLFMAYER Y., "The impact of international outsourcing on employment, empirical evidence from EU countries", Austrian Institute for Economic Research, 2005.

FEENSTRA R.C., HANSON G.H., "Globalisation, Outsourcing and Wage inequality", in *American Economic Review*, 1996.

FERRI G. B., "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico", 1966.

FILI' V., "Una riflessione sul Collegato Lavoro 2010 alla luce del Libro Bianco del 2001", in MISCIONE M., GAROFALO D., (a cura di) "Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 182/2010", 2011.

FREEMAN R. B., "International labor standards and world trade: friends or foes?", in *The World Trading System: Challenges Ahead*, a cura di J.J SCHOTT, 1996.

FRISON ROCHE M. A., "Le droit de la régulation", 2001.

FUMAGALLI A. e LUCARELLI S., "La finestra di fronte: la Scuola della Regolazione vista dall'Italia", in R. BOYER, "Fordismo e Postfordismo. Il pensiero regolazionista", 2004.

GALANTI E., "Diritto delle banche e degli intermediari finanziari", (a cura di), 2008.

GAMBACCIANI M., "Il lavoro accessorio", in "I nuovi contratti di lavoro" a cura di PERSIANI M., 2010.

GAROFALO M. G., "Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro", in Riv. Giur. Lav., I, 2007.

GHEBALY V. Y., "The International Labour Organization. A Case Study on the Evolution of United Nations Specialised Agencies", Dordrecht, 1989.

GHEZZI G., "Commento agli artt. 15 e 16", in GHEZZI G., MANCINI G. F., MONTUSCHI L., ROMAGNOLI U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*", 1972.

GIBB I., "International framework agreements: Increasing the effectiveness of core labour standards", 2005.

- GIOVANNETTI G., QUINTIERI B., "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro italiano", in AA.VV. "Globalizzazione, specializzazione produttiva e mercato del lavoro: verso un nuovo welfare", 2008.
- GIRI J., "Africa in crisi, trent'anni di non-sviluppo" Torino, 1991.
- GIULIANO M. "Cooperazione allo sviluppo e diritto internazionale", Milano, 1985.
- GLAESER E., SHLEIFER A, "The Rise of the Regulatory State", in *Journal of Economic Literature*, 41, 2003.
- GOTTARDI D., "Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico", in *Lav. e Dir.*, a. XXII, n. 3, 2008.
- GRANT R. M., "L'analisi strategica per le decisioni aziendali", 2011.
- HALL J. A., "The ILO's Better Factories Cambodia Program: A Viable Blueprint for Promoting International Labor Rights?", *Chapman University-school of law*, Working Paper 11/2011.
- HAMILTON B., "Evolutionary Economics: A Study of Change in Economic Thought", 1953.
- HEPPLE B. A., "Labour laws and global trade", 2000.
- HICKS A., "Social Democracy and Welfare Capitalism", 1999.
- HINNA L., *Il bilancio sociale*, (a cura di), Milano, 2002.
- HOBBS T., "De cive", a cura di T. MAGRI, 1992.
- HOWSE R., "The WTO System: Law, Politics & Legitimacy", 2007.
- HUGON P., "The informal sector revisited (in Africa)", in D. TURNHAM B. SALOME'; A.SCHWARZ (eds): *The informal sector revisited* (OECD), 1990.
- HUMMELS D., ISHII J., KEI-MU YI, "The nature and growth of vertical specialization in world trade", *Journal of International Economics*, n. 54, 2001.
- ICHINO P., "Il contratto di lavoro. Soggetti e oggetto del contratto – Sicurezza del lavoro – Retribuzione – Qualità, luogo e tempo della prestazione lavorativa", II, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., (già diretto da), SCHLESINGER P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale* 2003.
- ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011.
- IMPERIALI R., "Il nomos della terra di Carl Schmitt ovvero genealogia della globalizzazione", 2008.
- IRTI N., "Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà", in *Riv.dir.civ.*, 1997.
- IRTI N., "L'ordine giuridico del mercato", Bari, 2003.
- JAWARA F, KWA A., "Behind the Scenes at the WTO: The Real World of International Trade Negotiations", 2004.
- KARPINNEN J., "European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches", paper edito da *Europeand Foundation for the improvement of living and working conditions*, in www.eurofound.europa.eu, 2009.
- LA PORTA R, "Legal Determinants of External Finance", in *Journal of Finance* 52, 1997.
- LA SPINA A., MAJONE G., "Lo Stato regolatore", Bologna, 2000.
- LANZA A., QUINTIERI B., "Eppur si muove: come cambia l'export Italiano" (a cura di), 2007.
- LEIBENSTEIN H., "Beyond Economic Man: A new Foundation in Microeconomics", Cambridge, 1976.

LENSTADT A. L., "Dismissing ATCA claims by invoking the doctrine of forum non conveniens: a comparison of defensive tactics and a practical assessment", in www.ebokbrowser.com, 2010.

LIEBERMAN M., HALL R.E., "Introduction to economics", 2005.

LO FARO G., "Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking", in *LD*, n. 1, 2008.

LOMBARDI M., SQUAZZONI F., "Saggi di economia evolutiva", 2005.

LOMBARDO A., "Teoria del potere politico: Mosca e Pareto", 1976.

LYON CAEN A., "A proposito del dumping sociale", in *Lav e Dir.*, n. 1, 2011.

MADSEN P.K., "Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe", in *Tilburg Law Review*, n. 1&2, 2007.

MAGNANI M., "La riforma del mercato del lavoro", 2012.

MARELLA F., "La nuova lex mercatoria", 2003.

MARESCA A., "Il nuovo regime del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori", 2012.

MARESCA A., "La scommessa di un mercato del lavoro meno duale", 2012.

MARIUCCI L., "Note su un accordo singolare", 2010.

MARRELLA A., "Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali", in "L'impresa responsabile: diritti sociali e corporate social responsibility", a cura di PERULLI A. 2007.

MARRELLA F., GALGANO F., "Diritto e prassi del Commercio Internazionale", 2010.

MARX K., "Il Capitale", Milano, 2007.

MARX K., ENGELS F., "Manifesto del Partito Comunista", 1998.

MATTARELLA B.G., *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in DE SIERVO U., (a cura di), Osservatorio delle fonti, Torino, 1996.

MENGONI L., "Il contratto di lavoro nel diritto italiano", in Boldt G. (a cura di) *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, 1965.

MONTOUSSE' M., "Régulation et crises du Capitalisme", in "100 fiches de lecture en économie, sociologie, histoire et géographie économiques", di AA.VV., 2008.

MORETTINI R., "Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?", Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, luglio 2011.

MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

MURATORIO M., "Il lavoro accessorio", in MISCIONE, D.GAROFALO "Il commentario alla l. 133/2008", 2009.

NAPOLI M., "La stabilità reale del rapporto di lavoro", 1980.

NAPOLITANO G., "Regole e mercati nei servizi pubblici", Bologna, 2005.

NESI G., NOGLER L., PERTILE M., "Child Labour in a Globalized World: A Legal Analysis of ILO Action", 2008.

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2000.

NORTH D., "Growth and Structural Change" in *Economic History*, 1981.

PAPADAKIS K., "Cross-border social dialogue and agreements: an emerging global industrial relations framework?", PAPADAKIS K. (a cura di), 2007.

PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., "Droit du travail", 2010.

PERNAZZA F., "Il commercio equo e solidale tra autoregolamentazione ed eteronomia", in "Il Commercio equo e solidale. Principi, regole, modelli organizzativi", PERNAZZA F. (a cura di), 2009.

- PERNAZZA F., "Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali" in *Dir. Comm. Internaz.*, n. 01, 2012.
- PERNICE I., "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action", in *CJEL*, 2009.
- PERULLI A., "Lavoro a progetto fra problema e sistema", in *Lav. Dir.*, 2004.
- PERULLI A., "Lavoro e commercio internazionale", in *Digesto, Disc. Priv.*, Aggiornamento, 2000.
- PERULLI A., "Diritto del lavoro e diritto dei contratti", in *Riv. It. Dir. Lav.* 2007.
- PERULLI A., "Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012.
- PERULLI A., "Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile", in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti delle Giornate Aidlass di Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, 2003.
- PERULLI A., "Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?", in *Lav. e Dir.*, a. XXV, n. 1, 2011.
- PESSI R., "La contrattazione in deroga: il "caso" Pomigliano", in *ADL*, 2010.
- PESSI R., *Riflessioni sull'occupazione: Italia ed Europa*, DRI, 2011.
- PETERSMANN E. U., "Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organisations", *New York University School of Law, Working Paper 7/01*, 2001.
- PICONE P., LIGUSTRO A., "Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio", Padova, 2002.
- POLANY K., "The Great Transformation", 1944.
- POPPER K. R., "Contro Marx", 2000.
- RANGONE N., voce "Comunicazioni elettroniche", in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2005.
- RAUSEI P., "Fra luci e ombre la prima circolare sulla riforma del lavoro", *Dir. & prat. Lav.*, n. 32, 2012.
- RAZZOLINI O., "Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo", in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2011.
- ROCHER G., "Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles", in: "Le Droit soluble, Contributions Québécoises à l'étude de l'internormativité" sous la direction de BELLEY J. G., Paris, LGDJ, Droit et Société, n° 16, 1996.
- RODANO G., "Il d.lgs 276/2003: il punto di vista della teoria economica", in *DLRI*, 2004.
- ROMANGNOLI U., *Radiografia di una riforma*, Bologna, 2003.
- RUGGIE J., "Addendum on Business recognition of human rights: Global patterns, regional and sectoral variations", 2007.
- SACCO E., "Il sindacato tra crisi e prospettive", in "A chi serve il sindacato? I bisogni, le richieste e le aspettative dei lavoratori nella società che si trasforma", CICCONE B., DE VIVO P. (a cura di), 2010.
- SACCONI M., BIAGI M. (a cura di), "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia", Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2001.
- SACERDOTI G., "Stati e imprese multinazionali", in PICONE, G. SACERDOTI, "Diritto Internazionale dell'economia", Milano, 1994.
- SALMON J., "Dictionnaire de droit international public", 2001.
- SANTAMARIA A., "Imprese multinazionali e CEE", in *Riv. Soc.*, 1975.
- SANTORO PASARELLI G., "Diritto dei lavori", 2009.

SANTORO PASSARELLI F., "*Spirito del Diritto del Lavoro*", (1948), ora in Id. "*Saggi di Diritto Civile*", 1961.

SCHMITT C., "*Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*", Köln, trad. it. *Il nomos della terra*, Milano. 1994.

SCHMITT C., "*Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*"; Milano, 2002.

SCHMITT R., "*L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*", 1929.

SEMENZA R., "*Le trasformazioni del lavoro. Flessibilità, disuguaglianze, responsabilità dell'impresa*", 2004.

SEN A. "*Development as freedom*", 1999.

SHIVA V., "*Earth democracy*", 2005.

SINHA, A. "*Trade and the informal economy*", in *Trade and Employment: from myths to facts*, di AA. VV., Geneva, 2011.

SINN W., "*The welfare State and the forces of Globalization*", CESIFO working paper, n. 1925, 2007.

SOLARI G., "*La formazione storica e filosofica dello stato moderno*", 1985.

SRINIVASAN T. N., "*International Labour Standards once again!*, in *International Labour Standards and Global Economic Integration: Proceedings of a Symposium*", 1994.

STIGLITZ J., "*Globalization and Its Discontents*", 2002.

STIGLITZ J., "*Making Globalisation Work*", 2006.

TOSCANO M.A., "*Homo instabilis. Sociologia della precarietà*", a cura di, 2007.

TREVES T., voce "*Banca Mondiale*", in *Dig. pubb.* 1993.

VALLEBONA A., "*La riforma dei lavori*", 2004.

VERCELLONE C., "*Il capitalismo cognitivo*", 2006.

VITALE P., *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977.

VON HAYEK F. A., "*La confusione del linguaggio nel pensiero politico*", 1968.

VON HAYEK F., "*Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*", 1982.

WALRAS L., "*Elementi di economia politica pura*", 1874, Torino, 1974.

WEBER M., "*Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*", 1993.

ZANINI A., "*Adam Smith: economia, morale, diritto*", 1997.

ZEISEL K., "*The Promotion Of Human Rights by Selective Public Procurement Under International Trade Law*", in *Transnational Corporations and Human Rights*, 2006.

ZOLI C., "*Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*", in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004.

ZOLI C., "*La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*", 1988.

ZOPPINI A., "*Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*", in "*Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*", MAUGERI M., ZOPPINI A., (a cura di), 2009.

ZOPPOLI L., "*La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*", in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 141, 2012.

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: *Piero Chiavacci*

matricola: 962564

Dottorato: *Diritto Europeo dei contratti civili commerciali e del lavoro*

Ciclo: 25°

Titolo della tesi: Teorie e prassi della Regolazione. Contesti economici globali e implicazioni nel mercato del lavoro

Abstract:

Con la parola Regolazione si può fare riferimento a due accezioni tra loro differenti che trovano origine rispettivamente l'una nella ricerca e nella riflessione economico politica e l'altra nell'approfondimento e nell'esperienza del diritto civil e del diritto pubblico e amministrativo.

In ambito economico per Teoria della Regolazione si intende un programma di ricerca sorto in Francia all'inizio degli anni Settanta in cui l'attenzione del ricercatore è rivolta innanzitutto all'insieme delle regole e delle procedure, norme, consuetudini, leggi, che assicurano il funzionamento e la capacità di perdurare nel tempo del processo di accumulazione in un sistema capitalistico di produzione e alle cause che ne possono comportare la crisi o il fallimento.

In ambito giuridico, invece, la regolazione spesso assume la variazione semantica di Regolamentazione, di tradizione anglosassone, che, a sua volta, rappresenta le modalità secondo le quali lo stato dovrebbe delegare la gestione dei servizi pubblici e collettivi alle imprese private a condizione di istituire degli agenti collettivi indipendenti, definite *agenzie di regolazione*.

La Teoria della Regolazione francese spiega le ragioni per cui un sistema economico capitalista pur essendo improntato alla durata non può sottrarsi a delle crisi che ne interromperanno le ciclicità positive, introducendo periodi di crisi. Di conseguenza alcuni settori dell'economia (in particolare quelli da qui derivano pubblici servizi o che riguardano aree protette dei traffici economici) non possono essere lasciati al rischio dei *default* che interessano i mercati che operano secondo un principio di libera concorrenza ma necessitano di una fonte esterna al mercato che apporti delle correzioni alle asimmetrie del sistema di mercato libero concorrenziale.

Secondo la Teoria della Regolamentazione, invece, i settori strategici dell'economia (energia, trasporti, assicurazioni, sanità) possono essere estromessi dalla sola gestione centralizzata e introdotti nel mercato secondo una logica commerciale, tuttavia, data l'importanza e la delicatezza dei servizi che essi rendono sarà necessario che lo stato, indirettamente, attraverso l'istituzione di organismi terzi e tecnici (Agenzia Indipendenti) mantenga un ruolo attivo.

Anche la dottrina delle scienze sociali e delle scienze umane, in particolare la filosofia si è occupata del concetto di regolazione. Tali autori hanno soprattutto approfondito la relazione che intercorre tra lo spazio, la produzione e l'efficacia delle regole.

Questa impostazione fornisce la possibilità di inserire la trattazione dell'argomento della tesi all'interno del contesto internazionale, caratterizzato, come noto, da un costante processo di convergenza economica e culturale tra i vari paesi del mondo, meglio noto come Globalizzazione.

L'analisi si sposterà così alla funzione della Regolazione nel mercato globale e ai principali attori di tale attività regolativa: le organizzazioni internazionali e le imprese multinazionali.

Gli spunti di indagine raccolti sino a qui consentiranno un'analisi della situazione attuale del mercato del lavoro italiano, in particolar modo si cercherà di vedere quali sono stati gli effetti della Globalizzazione su di esso e se l'attuale crisi economica abbia inciso ed in quale modo.

The word Regolazione can refer to two different meaning that originate respectively, the first in the research and reflections and the other in the deepening economic policy and experience of civil law and public law and administrative law.

In the economic theory of regulation is depend a research program originated in France in the early seventies where the focus of the researcher is primarily directed to all the rules and procedures, standards, laws that ensure functioning, within a capitalist system of production, the ability of the accumulation process to endure over time and causes that may lead to the crisis or failure.

The French Theorie of Regolazione explains the reasons why a capitalist economic system while being directed to the duration can not escape the crisis that will interrupt the positive cycle, introducing periods of crisis. As a result, some sectors of the economy (particularly those derived from here or public services that affect protected areas of economic trade) can not be left to the risk of default affecting the markets that operate according to the principle of free competition but need an external source to the market leading corrections to the asymmetry of the system of free market competition.

According to the theory of regulation, however, the strategic economic sectors (energy, transport, insurance, healthcare) can be ousted only by centralized management and introduced in the market according to a commercial logic. However, given the importance and sensitivity of the services that they provide, it will be necessary that the state, indirectly, through the establishment of third parties and Technical Agency (Independent) maintains an active role.

Also the doctrine of the social sciences and philosophy in particular has deepened the concept of adjustment. These authors have mainly investigated the relationship between the space, the production and the effectiveness of the rules.

This setting provides the opportunity for the discussion of this thesis within the international context, characterized, as is known, by a constant process of

economic and cultural convergence between the various countries of the world, better known as globalization.

The analysis will move so the function of the adjustment in the global market and the main actors of this regulatory activity: international organizations and multinational enterprises.

The survey will examine the current situation of the Italian labor market, in particular will be examined which were the effects of globalization on it and if the current economic crisis has affected it and in which way.

Firma dello studente
